



**VRHOVNI SUD
REPUBLIKE HRVATSKE**



**REPUBLIKA HRVATSKA
PRAVOSUDNA AKADEMIJA**

NOVINE U KAZNENOM ZAKONODAVSTVU - 2020.

Zbornik radova

AUTORI:

Marijan Bitanga,

sudac Županijskog suda u Zadru

Ana-Marija Gospočić,

odvjetnica iz Zagreba

Željko Karas,

profesor na Visokoj policijskoj školi

Sanja Katušić Jergović,

sutkinja Županijskog suda u Velikoj Gorici

Damir Kos,

sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske i voditelj evidencije sudske prakse kaznenog odjela VSRH

Gordana Križanić,

zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

Mirta Kuharić,

zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

Petar Lalić,

Viši sudski savjetnik – specijalist, Županijski sud u Vukovaru

Goran Miličević,

Predsjednik kaznenog odjela Županijskog suda u Vukovaru

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.

Željka Mostečak,

zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

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

Dr.sc. Maja Munivrana Vajda,

izvanredna profesorica na Katedri za kazneno pravo, Pravnog fakulteta u Zagrebu

Mr.sc. Igor Periša,

sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Andrea Šurina Marton,

zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

Dr.sc. Laura Valković,

odvjetnica iz Zagreba

SADRŽAJ**ZASTARA KAZNENOG PROGONA I ZASTARA I ZVRŠENJA KAZNE U SUDSKOJ PRAKSI**

Marijan Bitanga	1
I. UVODNA RAZMATRANJA	1
II. UREĐENJE ZASTARE U KAZNENOM ZAKONU REPUBLIKE HRVATSKE	2
III. ZASTARA KAZNENOG PROGONA I ZASTARA IZVRŠENJA KAZNE U SUDSKOJ PRAKSI SUDOVA U REPUBLICI HRVATSKOJ	7
1. PRIMJENA ROKOVA ZASTARE	7
2. ZASTARA NAKON DONOŠENJA PRVOSTUPANJSKE PRESUDE	7
3. PRAVNI KONTINUITET KAZNENOG DJELA I ROKOVI ZASTARE	8
4. ZASTARA KAO ARGUMENT U ODLUKAMA O SUĐENJU U ODSUTNOSTI	8
5. ZASTARA PROGONA PRODULJENOG KAZNENOG DJELA	9
6. ZASTARA I PRAVILO „NE BIS IN IDEM“	10
7. ZASTARA IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA U TZV. NEPRAVOJ OBNOVI KAZNENOG POSTUPKA (ČLANAK 498. ZKP/08.)	10
8. TIJEK ZASTARE IZVRŠENJA KAZNE KOJA JE ZAMIJENJENA RADOM ZA OPĆE DOBRO (ČL.84.ST.1. I 3. U SVEZI ČL.55. KZ/11)	11
9. ZASTARA U ZAKONU O PRAVOSUDNOJ SURADNJI U KAZNENIM STVARIMA SA DRŽAVAMA ČLANICAMA EUROPSKE UNIJE (DALJE: ZPSKS-EU)	11
10. ZASTARA U ZAKONU O MEĐUNARODNOJ PRAVNOJ POMOĆI U KAZNENIM STVARIMA	12
11. ZASTARA U PREKRŠAJNOM POSTUPKU	13
12. ZASTARA U ZAKONU O NEZASTARIJEVANJU KAZNENIH DJELA RATNOG PROFITERSTVA I KAZNENIH DJELA IZ PROCESA PRETVORBE I PRIVATIZACIJE	14
13. ZASTARA U JUDIKATURI ESLJP I SUDA PRAVDE	15
IV. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA	16

ISPITIVANJE OSUMNJIČENIKA NA POLICIJI PREMA ČL. 208.A ZKP

Željko Karas	17
1. UVOD	17
2. UČESTALOST ODLUKA O ZAKONITOSTI ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA	18
3. PRELIMINARNA ANALIZA PRAKSE POLICIJSKIH UPRAVA	19
3.1. CILJ I METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA PRAKSE POLICIJSKIH JEDINICA	19
3.2. TRAJANJE ISPITIVANJA I PROSJEČNO VRIJEME	19
3.2.1. UTJECAJ POJEDINIH OKOLNOSTI NA TRAJANJE ISPITIVANJA	19
3.3. UDIO OBRANE ŠUTNJOM I DRUGI REZULTATI	20
3.4. PONAŠANJE OSUMNJIČENIKA	20
3.4.1. PONAŠANJE NAKON UHIĆENJA	20
3.5. NAZOČNOST BRANITELJA	20
3.5.1. UTJECAJ BRANITELJA NA NAČIN OBRANE	21

3.5.2. REPRODUKCIJA SNIMKE.....	21
3.6. PRAVILNOST POSTUPANJA.....	21
3.7. UTJECAJ OBILJEŽJA ISTRAŽITELJA	21
3.8. UMNAŽANJE SNIMAKA	22
3.8.1. POTEŠKOĆE U IZRADI PRIJEPISA.....	22
4. POJAM OSUMNJIČENIKA I OSNOVE SUMNJE.....	22
4.1. DEFINICIJA OSUMNJIČENIKA I OSNOVE SUMNJE NA KAZNENO DJELO	22
4.2. NEKE SITUACIJE BEZ SUMNJE O KAZNENOM DJELU	23
4.2.1. TERENSKI RAZGOVORI POVODOM NEODREĐENIH DOJAVA GRAĐANA	23
4.2.2. RAZGOVORI TIJEKOM POLICIJSKIH OVLASTI	24
4.2.3. KRIMINALISTIČKO ISTRAŽIVANJE BEZ KONKRETNOG OSUMNJIČENIKA.....	26
4.2.4. OGRANIČEN KRUG OSOBA KAO MOGUĆI OSUMNJIČENICI.....	26
5. NEKI OBLICI GOVORNOG IZRAŽAVANJA KOJI NE SPADAJU U ISPITIVANJE	27
5.1. SAMOINICIJATIVNO IZNOŠENJE IZJAVA	27
5.2. RAZGOVOR RADI PRUŽANJA POMOĆI	28
5.3. RAZGOVOR RADI RJEŠAVANJA DRUGIH SIGURNOSNIH PROBLEMA	28
6. ZAKLJUČAK.....	29
7. LITERATURA	30
8. PROPISI.....	30

ODBAČAJ KAZNENE PRIJAVE – „DRŽAVNOODVJETNIČKA PRESUDA“- PRAKTIČNI ASPEKTI

Gordana Križanić, Mirta Kuharić, Željka Mostečak*	31
UVOD	31
1. O KAZNENOJ PRIJAVI	32
2. O NADLEŽNOSTI.....	33
3. O POBIJANJU RJEŠENJA O ODBAČAJU	34
4. O UVIDU U SPIS.....	35
5. O KAZNENOJ PRIJAVI PREMA MALOLJETNIM I PROTIV MLAĐIH PUNOLJETNIH POČINITELJA KAZNENIH DJELA	36
6. O ODLUKAMA PO PRIJAVAMA	37
UMJESTO ZAKLJUČKA	44
LITERATURA.....	44

POVREDA DUŽNOSTI UZDRŽAVANJA U PRAKSI SUDOVA RH

Goran Miličević, Petar Lalić	45
1. UVOD	45
1.1. POVIJESNI PRIKAZ, PITANJE KONTINUITETA	46
1.2. NAČELO PRIMJENE BLAŽEG ZAKONA KZ/11.....	47
1.3. UZDRŽAVANJE DJETETA OD STRANE RODITELJA PREMA TUMAČENJU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	51
1.4. PRIMJENA TUMAČENJA ESLJP-A O POVREDI PRAVA DJETETA NA UZDRŽAVANJE NA HRVATSKI PRAVNI SUSTAV.	51
2. POVREDA DUŽNOSTI UZDRŽAVANJA	54
2.1. ANALIZA ČLANKA 172. KZ/11	54
2.2. ZAKONSKO BIĆE DJELA.....	55
2.3. VLASTORUČNO DJELO.....	56
3. SPORNA PITANJA IZ SUDSKE PRAKSE	57
3.1. OPOZIV UVJETNE OSUDE.....	57

3.3. POSEBNE OBVEZE IZ ČLANKA 62. KAZNENOG ZAKONA (KZ/11.).....	60
3.4. PITANJE PRESUĐENE STVARI – NAČELO NE BIS IN IDEM.....	61
3.5. PRAVNA SHVAĆANJA I ZAKLJUČCI	62
4. UČESTALOST KAZNENIH DJELA POVREDE DUŽNOSTI UZDRŽAVANJA	62
5. UMJESTO ZAKLJUČKA	62
6. LITERATURA.....	62

KAZNENOPRAVNI ASPEKTI NOVIJIH ODLUKA SUDOVA VIJEĆA EUROPE I EUROPSKE UNIJE

Marin Mrčela, Buga Mrzljak-Stenzel	65
--	----

1. ZBIRNI PREGLED ODLUKA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA DONESENIH U PREDMETIMA PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE U 2019.....	65
2. PREGLED OBJAVLJENIH ODLUKA ESLJP-A PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE IZ 2019. KOJE SE IZRAVNO ILI NEIZRAVNO ODNOSI NA KAZNENU GRANU SUDOVANJA	66
3. VAŽNIJE ODLUKE ESLJP-A DONESENE U POSTUPCIMA PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE U 2019. U KAZNENOJ GRANI SUDOVANJA	71
3.1. HODŽIĆ PROTIV HRVATSKE	71
3.2. BOSAK I DRUGI PROTIV HRVATSKE.....	74
3.3. A I B PROTIV HRVATSKE	76
3.4. KLASIĆ PROTIV HRVATSKE	77
4. ODLUKE SUDA EUROPSKE UNIJE (DALJE SEU) VAŽNE ZA KAZNENU GRANU SUDOVANJA	78
4.1. ODLUKE KOJIMA JE SEU TUMAČIO OKVIRNU ODLUKU O EUROPSKOM UHIDBENOM NALOGU I POSTUPCIMA PREDAJE IZMEĐU DRŽAVA ČLANICA.....	78
4.2. ODLUKA KOJOM JE SEU TUMAČIO DIREKTIVU 2012/29/EU O USPOSTAVI MINIMALNIH STANDARDNA ZA PRAVA, POTPORU I ZAŠTITU ŽRTAVA KAZNENIH DJELA I NAČELO NEPOSREDNOSTI - PRESUDA SEU C-38/18., GAMBINO I HYKA OD 29. SRPNJA 2019.....	81
4.3. ODLUKA KOJOM SEU TUMAČI DIREKTIVU (EU) 2016/343 EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA OD 9. OŽUJKA 2016. O JAČANJU ODREĐENIH VIDOVA PRETPOSTAVKE NEDUŽNOSTI I PRAVA SUDJELOVATI NA RASPRAVI U KAZNENOM POSTUPKU (SL 2016., L 65, STR. 1.) – PRESUDA SEU-A, C-377/18., AH I DRUGI, 5. RUJNA 2019.....	82
4.4. ZAHTJEV VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE ZA DONOŠENJE PRETHODNE ODLUKE I PRESUDA SEU-A U PREDMETU C-897/19. PPU, (RUSKA FEDERACIJA PROTIV I. N.) KOJI SE ODNOSI NA POSTUPAK IZRUČENJA DRŽAVLJANA DRŽAVE ČLANICE EUROPSKOG UDRUŽENJA SLOBODNE TRGOVINE (EFTA) I STRANKE EUROPSKOG GOSPODARSKOG PROSTORA (EGP).....	84
5. UMJESTO ZAKLJUČKA	87

ODGOVORNE OSOBE TRGOVAČKIH DRUŠTAVA KAPITALA I DJELOKRUG NJIHOVIH POSLOVA S KAZNENOPRAVNOG I GRAĐANSKOPRAVNOG ASPEKTA

Igor Periša, Sanja Katušić Jergović	91
---	----

1. UVOD	91
2. OSOBE KOJIMA JE OVLAŠT ZA ZASTUPANJE DANA ZAKONOM	92
2.1. DIONIČKO DRUŠTVO	93
2.1.1. DUALISTIČKI KONCEPT DIONIČKOG DRUŠTVA.....	95
2.1.1.1. UPRAVA DIONIČKOG DRUŠTVA	95
2.1.1.1.1. SASTAV UPRAVE	95

2.1.1.1.2. NADLEŽNOST UPRAVE I ODREDNICE ZA PROCJENU RADA UPRAVE.....	96
2.1.1.1.3. SAMOSTALNOST UPRAVE I ODNOS S DRUGIM ORGANIMA	96
2.1.1.1.4. NAČIN RADA UPRAVE.....	99
2.1.1.1.5. PRESTANAK ČLANSTVA U UPRAVI DRUŠTVA OPOZIVOM	100
2.1.1.1.6. DUŽNA POZORNOST I ODGOVORNOST ČLANOVA UPRAVE.....	101
2.1.1.2. NADZORNI ODBOR.....	104
2.1.1.2.1. SASTAV NADZORNOG ODBORA.....	104
2.1.1.2.2. OVLASTI NADZORNOG ODBORA.....	106
2.1.1.2.3. NAČIN RADA NADZORNOG ODBORA.....	108
2.1.1.2.4. PRESTANAK ČLANSTVA U NADZORNOM ODBORU.....	109
2.1.1.2.5. DUŽNA POZORNOST I ODGOVORNOST ČLANOVA NADZORNOG ODBORA.....	110
2.1.2. MONISTIČKI TIP DIONIČKOG DRUŠTVA.....	111
2.1.2.1. UPRAVNI ODBOR	112
2.1.2.1.1. SASTAV, STJECANJE ČLANSTVA U UPRAVNOM ODBORU, MANDAT ČLANOVA	112
2.1.2.1.2. ODNOS DRUŠTVA, PREDSEDNIKA I ČLANOVA UPRAVNOG ODBORA	112
2.1.2.1.3. OVLASTI UPRAVNOG ODBORA	112
2.1.2.1.4. NAČIN RADA UPRAVNOG ODBORA	114
2.1.2.1.5. DUŽNA POZORNOST I ODGOVORNOST ČLANOVA UPRAVNOG ODBORA	114
2.1.2.1.6. POJAM I IMENOVANJE IZVRŠNIH DIREKTORA.....	115
2.1.2.1.7. ODNOS MEĐU IZVRŠNIM DIREKTORIMA.....	116
2.1.2.1.8. OVLASTI IZVRŠNIH DIREKTORA I NJIHOV ODNOS S DRUŠTVOM	116
2.1.2.1.9. DUŽNA POZORNOST I ODGOVORNOST IZVRŠNIH DIREKTORA.....	117
2.2. DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU	118
2.2.1. UPRAVA.....	119
2.2.1.1. SASTAV UPRAVE	119
2.2.1.2. UVJETI ZA IMENOVANJE	119
2.2.1.3. ODNOS DRUŠTVA I ČLANOVA UPRAVE.....	120
2.2.1.4. OVLASTI UPRAVE	120
2.2.1.5. NAČIN RADA UPRAVE	121
2.2.1.6. ODNOS UPRAVE I DRUGIH ORGANA DRUŠTVA	122
2.2.1.7. PRESTANAK ČLANSTVA U UPRAVI DRUŠTVA	123
2.2.1.8. DUŽNA POZORNOST I ODGOVORNOST ČLANOVA UPRAVE	124
2.2.2. NADZORNI ODBOR.....	125
2.2.2.1. BROJ ČLANOVA NADZORNOG ODBORA	126
2.2.2.2. SVOJSTVA OSOBA KOJE MOGU BITI ČLANOVI NADZORNOG ODBORA	126
2.2.2.3. IZBOR ODNOSNO IMENOVANJE ČLANOVA NADZORNOG ODBORA.....	127
2.3. JEDNOSTAVNO DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU	127
3. OPUNOMOĆENICI.....	128
4. STEČAJNI UPRAVITELJI	130
5. LIKVIDATORI	133
LITERATURA.....	134

ZLOČINI IZ MRŽNJE U KAZNENOPRAVNOJ I PREKRŠAJNOPRAVNOJ PRAKSI

Andrea Šurina Marton, Maja Munivrana Vajda	137
1. UVOD	137
2. DILEME U KONTEKSTU KAZNENIH DJELA	138
2.1. <i>MOTIVIRANOST MRŽNJOM I MJEŠOVITI MOTIVI</i>	138
2.2. <i>NEUJEDNAČENOST PRAVNOG KVALIFICIRANJA ZLOČINA IZ MRŽNJE I VREDNOVANJA MRŽNJE KAO OTEGOTNE OKOLNOSTI</i>	139
3. RAZGRANIČENJE KAZNENIH DJELA I PREKRŠAJA	140
3.1. <i>KONCEPTUALIZACIJA PREKRŠAJA IZ MRŽNJE</i>	140
3.2. <i>UČINKOVITA ISTRAGA I MOGUĆNOST NJENOG OSTVARENJA KROZ PREKRŠAJNI POSTUPAK</i>	141
3.3. <i>NE BIS IN IDEM</i> 143	
4. ZAKLJUČAK	146
POTREBA MIJENJANJA PRAKSE SPORAZUMIJEVANJA? – U POVODU PRESUDE EUROPSKOG SUDA U PREDMETU C-377/18	
Dr.sc. Laura Valković, Ana-Marija Gospočić	149
UVODNE NAPOMENE	149
ODREDNICE ZAKONSKOG OKVIRA SPORAZUMIJEVANJA	151
PRIKAZ PRESUDE EUROPSKOG SUDA C-377/18	153
ZAKLJUČNA RAZMATRANJA	155

Marijan Bitanga*

ZASTARA KAZNENOG PROGONA I ZASTARA I ZVRŠENJA KAZNE U SUDSKOJ PRAKSI

I. UVODNA RAZMATRANJA

Tema ovog rada je „Zastara kaznenog progona i zastara izvršenja kazne u sudskoj praksi“ i kao takva jasno upućuje kako se u istom trebamo baviti pravnom empirijom, dakle, iskustvom praktičara kao temeljnim izvorima spoznaje. Međutim, sasvim je jasno kako je nemoguće razmatrati pitanja prakse, a da se pritom ista ne stave u kontekst teorijskih spoznaja (kako je zapisao Protagora: „Teorija bez prakse slijepa je, kao što je to i praksa bez teorije“). Stoga ću u uvodnom dijelu rada u osnovnim crtama izložiti teorijske i normativne okvire problema, kako bismo unutar tako postavljenih okvira mogli bolje razumjeti i primijeniti institut zastare u praksi. Razumljivo, gotovo je nemoguće biti sveobuhvatan, no, nastojat ćemo dati presjek aktualne prakse u njezinim najvažnijim aspektima. To može biti stanoviti vodič, ali i podloga za kritiku aktualne prakse, te prijedloge promjena s tim u svezi. Praksa se izlaže temeljem pregleda spisa predmeta županijskih sudova u kojima su odluke bile podložne kontroli Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: VSRH), bilo povodom redovnih ili izvanrednih pravnih lijekova. Kako je riječ o 224 odluke koje su donijete u vremenu od 2015. do 2019. godine može se reći kako se izlaže ustaljena i recentna praksa, njezina općeprihvaćenost ili neuralgičnost nekih aspekata.

Zastara (lat. praescriptio, engl. statute of limitation, fr. prescription, njem. Verjährung, tal. prescrizione) je rok kojeg određuje zakonodavac kao vremenski okvir unutar kojega država mora izvršiti svoju zadaću i pravo kažnjavanja (ius puniendi), odnosno, utvrđenja kako ne postoje uvjeti za isto.¹ U kontekstu negativnog određenja, riječ je o nemogućnosti kaznenog progona ili izvršenja kaznenopravne sankcije nakon proteka propisanog vremena.

Kada se baci pogled u povijest kaznenog prava, uvijek je dobro konzultirati što je o nekom institutu kaznenog prava napisao Cesare Beccaria². Pišući koncizno i razumljivo, ovaj velikan pravne misli je o zastari među ostalim zapisao: „Zakoni moraju točno odrediti kako vrijeme koje je potrebno za obranu okrivljenika, tako i ono koje je potrebno za dokazivanje krivnje³. Kad bi o tome odlučivao, sudac bi postao zakonodavcem. Isto tako, užasni zločini koje ljudi dugo pamte ne zaslužuju, kad su jednom već dokazani, nikakvu zastaru u korist krivca koji bi bijegom izbjegao kaznu. Ali kod lakših zločina i zločina manje poznatih široj javnosti zastara mora prekinuti nesigurnost građanina u pogledu sudbine koja ga čeka.“⁴ Sva suvremena doktrinarna

* Marijan Bitanga, sudac Županijskog suda u Zadru

¹ Riječ je o institutu kojeg nalazimo u kaznenim zakonodavstvima zemalja europske kontinentalne pravne tradicije. Postoje zakonodavstva, kao Ujedinjena kraljevina Velike Britanije i Sjeverne Irske, koja ne poznaju zastaru, osim za lakša kažnjiva djela (koja se sude pred magistratskim sudovima). Tamošnja stručna i opća javnost propituje ispravnost takvog pristupa i, u pravilu, kao podlogu rasprave uzima kazneno djelo silovanja.

² Cesare Beccaria, *Dei deliti e delle pene* (O zločinima i kaznama – Uvod i prijevod s talijanskog, Antun Cvitanić, Logos, Split, 1984.)

³ Pod dokazivanjem krivnje očito se misli na trajanje postupka do zastare.

⁴ ibidem, str. 111.

promatranja prirode ovog instituta (supstancijalna, procesna ili mješovita priroda zastare) mogu se pronaći u citiranih par rečenica, uključujući i refleksiju, odnos zastare prema institutu i načelu zakonitosti suvremenog kaznenog prava. Uostalom, navedene misli su kroz noviju povijest samo reinterpretirane. Tako su Josip Šilović i Stanko Frank o zastari naveli: "Razlozi za zastaru djelomice su sadržani u psihološkoj strani kazne, a djelomice u procesualnim uvažavanjima. Čim je veći vremenski razmak između kažnjiva djela i kazne, tim je djelovanje kazne manje. Javnost brzo zaboravlja, a krivac se međutim možda i popravio i duboko žali svoje djelo: zato nema smisla nakon duljeg vremena kazneni predmet iznova pokrenuti, odnosno izvršiti dosuđenu kaznu. Ali, baš kao što je izbljedila socijalna slika krivičnog djela u očima suvremenika, tako je potamnila i konkretna slika djela u očima ljudi, koji su to djelo vidjeli i doživjeli. Pitanje dokaza djela izminućem vremena nailazi na sve veće teškoće. Može se desiti slučaj da su pomrli ili zaboravili bitne momente upravo najvažniji svjedoci na korist učinitelja. O pravednom suđenju u ovakvom slučaju ne može biti govora. Sa tog je gledišta zastara uopće kao način poništenja krivičnog djela i socijalno i psihološki opravdana."⁵

Drugim riječima, u navedenim povijesnim isječcima vidimo kako je zastara mješoviti, supstancijalno (materijalno) - pravni i procesno - pravni institut (stanoviti pravni Janus). Pritom se u prvom aspektu (jedno lice) veže na načelo zakonitosti i zabranu retroaktivnosti s tim u svezi, dočim se iz procesno-pravne perspektive (drugo lice) stavlja u kontekst procesne smetnje glede kaznenog progona okrivljenika, odnosno, izvršenja kazne nad osuđenikom. Međutim, kako god sagledavali pravnu prirodu instituta zastare, ista se nužno dovodi u relaciju sa načelom poštenog (pravičnog) suđenja, kao stožernog načela suvremenog kaznenog postupnog prava. Riječ je o načelu koje je sadržano u Glavi I. Zakona o kaznenom postupku⁶ (dalje: ZKP) - Načela kaznenog postupka, gdje je pravo na suđenje u razumnom roku normirano kao jedno od tzv. minimalnih prava okrivljenika⁷. Dakle, država ima rok zastare kao najširi vremenski okvir u kojem može okrivljenika kazneno progoniti, odnosno, izvršavati pravomoćno izrečenu kaznu, a okrivljenik unutar toga okvira ima pravo i može inzistirati da pravorijek glede njegove (ne)krivnje bude donijet u razumnom roku, kao značajno užem vremenskom okviru. Takav odnos navedenog načela instituta zastare u praksi znači da će poštivanje okrivljenikovog prava na suđenje u razumnom roku eliminirati mogućnost nastupa zastare⁸. Treba napomenuti kako izložena zakonodavna rješenja koreliraju sa drugim relevantnim pozitivnim pravnim izvorima. Ovo se odnosi prije svega na Ustav Republike Hrvatske⁹ (dalje: Ustav), Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe¹⁰ (dalje: Konvencija) i na Povelju Europske unije o temeljnim pravima¹¹ (dalje: Povelja).

II. UREĐENJE ZASTARE U KAZNENOM ZAKONU REPUBLIKE HRVATSKE¹²

Zastara u Kaznenom zakonu Republike Hrvatske (dalje: KZ/11) propisana je u Glavi VII. (čl.81. do čl.86. KZ/11). Pritom se odredbe čl.81. i 82. KZ/11 odnose na zastaru kaznenog progona (rokovi i tijek zastare kaznenog progona), dočim se odredbe čl.83. i 84. KZ/11 odnose na zastaru izvršenja kazne (rokovi i tijek zastare izvršenja kazne). Svjesno apstrahirajući pitanje zastare izvršenja sigurnosnih mjera, oduzimanja imovinske koristi i predmeta (čl.85. KZ/11), za potrebe ovog rada treba ukazati i na odredbu čl.86. KZ/11, koja regulira primjenu rokova zastare.

Kazneni progon zastarijeva protekom vremena koje korespondira sa težinom kaznenog djela izraženom u propisanoj kazni za isto i to nakon:

⁵ Josip Šilović – Stanko Frank: „Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca“, Jugoslav. štampe d.d. Zagreb, 1929.

⁶ Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine broj 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/13, 56/213, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19

⁷ Čl.11.st.1. ZKP-a glasi: „Okrivljenik ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku odluči o optužbi u skladu sa zakonom.“

⁸ Ovo se prvenstveno odnosi na situaciju kaznenog progona, ne i situaciju (makar je teorijski moguća) izvršenja pravomoćno izrečene zatvorske kazne.

⁹ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine broj 56/90, 136/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

¹⁰ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori broj 18/97, 6/99, 14(02, 13/03, 9/05, 1/06,2/10

¹¹ Povelja o temeljnim pravima, Službeni list Europske unije 2016/C 202/02

¹² Kazneni zakon Republike Hrvatske, Narodne novine broj 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 – ispravak, 101/17, 118/19 i 126/19, stupio na snagu 01. siječnja 2013.

- 40 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna dugotrajnog zatvora i kazna zatvora u trajanju dužem od 15 godina,
- 25 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od 10 godina,
- 20 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od 5 godina,
- 15 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od 3 godine,
- 10 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od 1 godine
- 6 godina za ostala kaznena djela.

Zasebnu kategoriju čine kaznena djela za koja kazneni progon ne zastarijeva, koja su kao takva određena čl.81.st.2. KZ/11. To su slijedeća kaznena djela:

- genocid (čl.88. KZ/11),
- zločin agresije (čl.89. KZ/11),
- zločin protiv čovječnosti (čl.90. KZ/11),
- ratni zločin (čl.91. KZ/11),
- terorizam (čl.97.st.4. KZ/11),
- teško ubojstvo (čl.111. KZ/11)
- teška kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta (čl.166.st.3. KZ/11),
- ubojstvo osobe pod međunarodnom zaštitom (352. KZ/11),
- druga kaznena djela koja ne zastarijevaju prema Ustavu ili međunarodnom pravu.

Tijek zastare kaznenog progona počinje danom počinjenja kaznenog djela, a ukoliko posljedica kao obilježje kaznenog djela nastupi kasnije, zastara počinje teći od dana nastupa posljedice (čl.82.st.1. KZ/11).

Mirovanje tijeka zastare kaznenog progona regulirano je odredbom čl.82.st.2. KZ/11 na način da je određeno kako zastara kaznenog progona ne teče za vrijeme za koje se prema zakonu kazneni progon ne može poduzeti ili se ne može nastaviti. Kao tipičan primjer iz prakse navode se privremena duševna bolest nastala nakon počinjenja kaznenog djela, jer je u pitanju okolnost koju zakon predviđa kao prepreku vođenju postupka. S tim u svezi tijek zastare se produljuje za onoliko vremena koliko je trajalo mirovanje.

Poseban modalitet računanja početka zastare uređen je glede kazneno-pravne zaštite djece, odnosno, određenih kaznenih djela počinjenih na štetu djeteta, kada zastara kaznenog progona počinje teći od punoljetnosti djeteta – žrtve toga kaznenog djela (čl.82.st.3. KZ/11). U pitanju je katalog kojeg sačinjavaju slijedeća kaznena djela:

- ropstvo (čl.105.st.3. KZ/11),
- trgovanje ljudima (čl.106.st.2. i 3. KZ/11),
- ubojstvo (čl.110. KZ/11),
- teško ubojstvo (čl.111. KZ/11),
- usmrćenje (čl.112.st.1. KZ/11),
- sudjelovanje u samoubojstvu (čl.114.st.2. KZ/11),
- protupravni prekid trudnoće (čl.115. KZ/11),
- sakaćenje ženskih spolnih organa (čl.116.st.3. KZ/11),
- teška tjelesna ozljeda (čl.118. KZ/11),
- osobito teška tjelesna ozljeda (čl.119. KZ-a),
- teška kaznena djela protiv spolne slobode (čl.154. KZ/11),
- bludne radnje (čl.155.st.2. KZ/11),
- spolno uznemiravanje (čl.156. KZ/11),
- spolna zlouporaba djeteta starijeg od petnaest godina (čl.158. KZ/11),
- spolna zlouporaba djeteta starijeg od petnaest godina (čl.159. KZ/11),
- zadovoljenje pohote pred djetetom mlađim od petnaest godina (čl.160. KZ/11),
- podvođenje djeteta (čl.162. KZ/11),
- iskorištavanje djeteta za pornografiju (čl.163. KZ/11),
- iskorištavanje djeteta za pornografsku predstavu (čl.164. KZ/11).
- teška kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta (čl.166. KZ/11),
- prisila na sklapanje braka (čl.169. KZ/11),
- omogućavanje izvanbračnog života sa djetetom (čl.170. KZ/11),

- ostavljanje u teškom položaju blisku osobu (čl.171. KZ/11),
- napuštanje djeteta (čl.176. KZ/11) i
- povreda djetetovih prava (čl.177. KZ/11).

Zastara izvršenja teče od pravomoćnosti presude, kako je taj institut uređen odredbom čl.178. ZKP-a¹³. S tim u svezi, izrečena se kazna zbog zastare ne može izvršiti kad od pravomoćne presude protekne:

- 40 godina od izrečene kazne dugotrajnog zatvora,
- 25 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od 10 godina,
- 20 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od 5 godina,
- 15 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od 3 godine,
- 10 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od 1 godine i
- 6 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju do 1 godine, novčane kazne kao glavne ili sporedne kazne.

Ne zastarijeva izvršenje kazni izrečenih za posebno navedena kaznena djela, istovjetna onima kod kojih ne zastarijeva kazneni progon (čl.83.st.2. KZ/11).

Mirovanje zastare izvršenja kazne uređeno je istovjetno kao i kod zastare kaznenog progona, dakle, zastara ne teče za vrijeme za koje se prema zakonu izvršenje kazne ne može započeti ili (ako je bilo prekinuto) nastaviti (čl.84.st.2. KZ/11). Novom odredbom iz čl.84.st.3. KZ/11 riješena je dilema o tijeku zastare za vrijeme izdržavanja kazne – zastara izvršenja za to vrijeme ne teče. Praktična implikacija ove odredbe znači kako je dovoljno da je unutar rokova zastare osuđenik započeo sa izvršenjem kazne, pa je utoliko pravno irelevantno daljnje vrijeme poslije toga trenutka. Tako je u odluci VSRH VSRH Kzz 23/2013 (Županijski sud u Varaždinu Kž-231/13) navedeno: "...odredbu čl.84.st.3.KZ/11 treba tumačiti u skladu sa osnovnim pravilom o mirovanju zastare iz čl.83.st.2.KZ/11 prema kojem zastara ne teče za vrijeme za koje prema zakonu izvršenje kazne ne može započeti niti se nastaviti. Budući da činjenica što osuđenik već izdržava kaznu zatvora po drugoj odluci predstavlja pravni razlog zbog kojeg izdržavanje kazne zatvora u trajanju od deset mjeseci i ne može započeti, to zastara izvršenja te kazne miruje dok osuđenik raniju kaznu ne izdrži."

Mirovanje zastare je relevantno i u situaciji kada hrvatski sud od Suda Europske unije podnese zahtjev za donošenje prethodne odluke (čl.18.a ZKP). Naime, u takvoj situaciji nacionalni sud mora prekinuti postupak do donošenja odluke Suda Europske unije, a za to vrijeme ne teče zastara kaznenog progona (čl.18.a st.3.ZKP).

U sudskim odlukama mogu se naći i primjeri o određivanju zastare „od trenutka“ počinjenja kaznenog djela. Međutim, rokovi zastare (i kaznenog progona i izvršenja kazne) propisani su u godinama. Ako su rokovi propisani po godinama kao vremenskoj jedinici, onda bi suglasno odredbi čl.90.st.5. ZKP-a kod određivanja vremena zastare trebalo navoditi dan kao vremensku jedinicu. Ovo stoga što rokovi određeni godinama, završavaju protekom onog dana posljednje godine koji po svom broju odgovara danu kad je rok počeo.

Kao temeljne razlike uređenja instituta zastare u KZ/11 u odnosu na ranije važeći Kazneni zakon (dalje: KZ/97)¹⁴, izdvajaju se:

- u KZ/11 rokovi zastare razvrstani su u 6 raspona, umjesto u 5 raspona, kako je to bilo uređeno u KZ/97,
- produljenje rokova zastare u odnosu na trajanje rokova relativne zastare iz KZ/97, uz propisivanje nezastarijevanja određenih kaznenih djela (kao i u KZ/97); najdulji rok zastare je 40 godina (u KZ/97 25 godina), dočim je najkraći rok zastare 6 godina (3 godine u KZ/97)
- napuštanje koncepta propisivanja i razlikovanja relativne i apsolutne zastare kaznenog progona i zastare izvršenja kazne,
- nema prekida zastare koji je bio propisan odredbama čl.20.st.3. u 4.KZ/97 (zastara progona), te čl.23. st.3. i 4. KZ/97 (zastara izvršenja kazne). Ovakvo normativno uređenje eliminiralo je problem koji je u praksi bio povezan sa tumačenjem i primjenom generalne klauzule iz KZ/97 koja se odnosila na prekid „...svakom postupovnom radnjom koja se poduzima radi kaznenog progona počinitelja“, odnosno „... svakom radnjom nadležnog tijela za izvršenje kazne...“¹⁵,

¹³ Odredbom čl.178. ZKP-a definirana je tzv. formalna pravomoćnost na način da je propisano kako presuda i rješenje postaju pravomoćni kad se više ne mogu pobijati žalbom ili kad žalba nije dopuštena.

¹⁴ Kazneni zakon, („Narodne novine“ broj 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03. – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08., 57/11., 125/11. i 143/12.)

¹⁵ Čl.20.st.3. KZ/97 i čl.23.st.3. KZ/97

- specifični način produljenja rokova zastare progona i izvršenja kazne propisan je kao novum u čl.81. st.3. KZ/11. Riječ je o situaciji kada se prije nastupa zastare donese prvostupanjska presuda, kada se zastara kaznenog progona produljuje za 2 godine.
- kao različitost uređenja u KZ/11 neki autori¹⁶ su notirali i „prostorni“ razmještaj odredbi o zastari, jer su u KZ797 (čl.19. do čl.24. KZ/97) iste bile „bliže“ načelu zakonitosti iz čl.2. KZ/97, dočim su odredbe o zastari u KZ/11 propisane pri kraju Općeg dijela tog zakona (čl.81. do čl.86. KZ/11), a načelo zakonitosti kao temeljno načelo i nadalje je ostalo na poziciji čl.2. KZ/11. Takav raspored može biti indikativan kao poruka koju teorija šalje praktičarima o načinu kako zastaru treba shvaćati u dilemi prevalencije materijalno-pravnih ili procesno-pravnih karakteristika tog instituta.

Računanje rokova zastare nužno je u korelaciji sa vremenom počinjenja kaznenog djela kao danom od kojega počinju teći rokovi zastare. Utoliko je relevantna odredba čl.8. KZ/11 koja određuje da je kazneno djelo počinjeno u vrijeme kad je počinitelj poduzeo radnju (komisivni delikt) ili je propustio poduzeti dužnu radnju (omisivni delikt), bez obzira na to kad je nastupila posljedica iz zakonskog opisa kaznenog djela (teorija radnje, djelatnosti). Ako je počiniteljeva aktivnost sastavljena iz više vremenski odvojenih radnji, kazneno djelo je počinjeno danom posljednje radnje, a kod kaznenih djela kod kojih radnja traje, danom prestanka radnje. Potonjim rješenjem zakonodavac je upotpunio ranije (i naslijeđeno) rješenje iz čl.26. KZ/97, te je time odgovorio na pitanje vremena počinjenja višeaktnih kaznenih djela, produljenog kaznenog djela i kaznenog djela stanja. Međutim, nova je (i relevantna) odredba u čl.82. KZ/11 po kojoj kod kaznenih djela obilježje kojeg je i posljedica, zastara počinje teći od „tog trenutka“¹⁷. Ilustraciju ovog pristupa može se naći u većem broju odluka sudova, tako, npr, VSRH u presudi I Kž 182(2017) (Županijski sud u Varaždinu K-12/16) utvrđujući nastup zastare kaznenog progona u odnosu na kazneno djelo zlouporabe povjerenja iz čl.246.st.1.KZ/11 ističe kako je „...vrijeme počinjenja kaznenog djela vrijeme nastale posljedice koja je obilježje za kazneno djelo za koje mu je utvrđena krivnja, pa je zastara kaznenog progona počela teći od tog trenutka“. Naime, optuženik kao zakonski zastupnik trgovačkog društva dana 4. svibnja 2001.g. sklopio je ugovor o prodaji nekretnine, da bi potom doznaku prve rate kupoprodajne cijene u iznosu od 56.709,12 kuna primio osobno optuženik dana 16. srpnja 2001. Utoliko je potonji nadnevak kao dan nastale posljedice po trgovačko društvo i kao obilježje kaznenog djela iz čl.246.st.1.KZ/11, istodobno i dan počinjenja navedenog kaznenog djela od kojega teku i rokovi zastare kaznenog progona. Sličnu situaciju nalazimo i u presudi VSRH I Kž-11/2009 (Županijski sud u Zagrebu K-84/2017) u kojem se postupak vodi radi kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl.291.st.2.KZ/11. U situaciji kada zemljišnoknjižni referent poduzima nezakonite radnje temeljem kojih optuženik upisom u zemljišnoj knjizi stječe pravo vlasništva na nekretnini, VSRH naglašava kako „...valja imati na umu da je posljedica cjelokupnog kriminalnog postupanja – stjecanje prava vlasništva na nepripadajućem dijelu zemljišta, nastupila 4. lipnja 1997. kada je optuženik proveo upis rješenja Z-13601/97. Stoga od ovog datuma, sukladno odredbi čl.82.st.1. KZ/11 treba računati početak zastarnog roka kaznenog progona ...“ Ovdje treba notirati da postoje i shvaćanja kako je „...nejasan smisao ove odredbe (čl.82.st.1. rečenica druga o posljedici kao obilježju kaznenog djela, op.a.), jer je odgovor o danu kada zastara počinje dat u prvoj rečenici (od dana kad je djelo počinjeno)“¹⁸.

Iako se od optužnog akta u svim njegovim pojavnim oblicima zahtjeva, između ostalog, i navođenje vremena počinjenja kaznenog djela u opisu istog (čl.342.st.1.t.2. ZKP-a), ponekad to nije moguće precizno navesti iz različitih razloga (npr. neki davni kriminalni događaj, koji je naknadno otkriven). Praksa tužitelja kod tzv. trenutnih kaznenih djela u takvim situacijama navodi vrijeme počinjenja kaznenog djela kao npr. početak, sredina ili kraj mjeseca odnosno godine, prva polovina godine i slične formulacije. Kako je u pitanju (prvenstveno) činjenično pitanje, smatramo da je praksa uglavnom ispravno odgovorila na opisanu situaciju na način da kod računanja rokova zastare primjenjuje pravilo „in dubio pro reo“ (čl.3.st.2. ZKP-a), pa je npr. „početak mjeseca“ prvi dan u mjesecu. Međutim, čini nam se dvojbenim ocjena kako bi pod „sredinom mjeseca“ trebalo uzeti 15. dan u mjesecu, kako se to može pronaći u nekim odlukama. Naime, imajući na umu već spomenuto pravilo sadržano u pretpostavci okrivljenikove nedužnosti, čini nam se primjerenijim pod „sredinom mjeseca“ uzeti 10. dan u mjesecu kao početni i za okrivljenika najpovoljniji izbor. Ovo polazeći od diobe mjeseca na tri dijela: početak mjeseca od 01. do 10. dana u mjesecu, sredina mjeseca od 10. do 20. dana u

¹⁶ Ana Garačić, Zastara kaznenog progona (de lege lata – de lege ferenda), str.9.

¹⁷ Kritiku termina „trenutak“ već smo izložili infra, str.7

¹⁸ Šime Pavlović, Kazneni zakon, Libertin naklada, Rijeka, 2015., str.403...

mjesecu i kraj mjeseca od 20. do posljednjeg dana u mjesecu. Mutatis mutandi bi trebalo odgovoriti na pitanje dana zastare kaznenog progona za kazneno djelo koje je počinjeno „neutvrđenog dana u prvoj polovini godine“, ili „neutvrđenog dana u drugoj polovini godine“. Postoje i drugačiji pristupi, međutim, takva shvaćanja su u suprotnosti sa primjenom pravila „in dubio pro reo“, jer npr. pod „tijekom mjeseca“ podrazumijevaju „čitav taj mjesec“. Štoviše, takav pristup je contra rerum, unutar kojega se neodređenost vremena u optužnom aktu tumači upravo na štetu okrivljenika. Zato se priklanjamo stavu Županijskog suda u Bjelovaru koji je po optužnici po kojoj bi kazneno djelo bilo počinjeno „krajem 2006.g.“ rok zastare od 6 godina nastupio „...ako ne ranije, svakako u trenutku donošenja drugostupanjske odluke 13. prosinca 2012.“¹⁹, pri čemu bi dosljednom primjenom uvodno navedenog i godinu trebalo podijeliti na četvrtine (kvartale) te utvrditi da je zastara nastupila 1. listopada 2012.g.

Iako je jasno kako kod ovih situacija raspravljamo rubne slučajeve, koje u praksi ne srećemo često, šteta je što ni judikatura VSRH ne daje uvijek do kraja konzistentan odgovor na ovo pitanje. Tako se, primjerice, u predmetu I Kž Us 65/2019 (presuda Županijskog suda u Rijeci K-Us-4/2019) VSRH bavio pitanjem zastare kaznenog progona u uvjetima kada je optuženik odgovarao za dva kaznena djela primanja mita iz čl.347.st.3. KZ/97. Prvo od tih djela počinio bi „točno neutvrđenog dana tijekom mjeseca travnja 2011... svakako nakon 4. travnja 2011.“, a drugo „u drugoj polovici mjeseca travnja 2011“, kada je za obavljanju radnju uzeo zlatni lančić u restoranu „...dana 21.travnja 2011.“ Donoseći presudu kojom odbija optužbu radi zastare, VSRH u obrazloženju odluke navodi: „S obzirom na vrijeme počinjenja kaznenih djela, apsolutna zastara kaznenog progona za oba kaznena djela, prema čl.20.st.6. KZ/97 nastupila bi protekom travnja 2017.“ Štoviše, kako su u istoj kaznenoj stvari već bile donijete dvije presude, VSRH se u obrazloženju svoje odluke pozvao na primjenu rokova zastare iz novog KZ/11 i produljenje rokova zastare za dvije godine, sukladno čl.81.st.3.KZ/11. Međutim, i u takvoj činjeničnoj konstelaciji VSRH je ponovio raniju konstataciju po kojoj „...zastara kaznenog progona se produljuje za dvije godine i s obzirom na sve navedeno ona je nastupila protekom travnja 2019...“ U izloženom slijedu ne nalazimo razloge da se nastup zastare u odnosu na kazneno djelo pod t.2.) ne utvrdi sa danom 21. travnja 2019.g. kada je optuženik navodno primio zlatni lančić u svezi službene radnje koju je već obavio. Glede prvog kaznenog djela gdje se kao vrijeme počinjenja kaznenog djela navodi neutvrđeni dan u travnju, no, svakako nakon 04. travnja 2011, zastara bi trebalo utvrditi sa danom 4. travnja 2019., jer je riječ o činjeničnom utvrđenju vremena počinjenja kaznenog djela o kojoj ovisi primjena kaznenog zakona, glede kojega postoji dvojba koju valja razriješiti sukladno odredbi čl.3.st.2.ZKP.

Međutim, u vrlo sličnom i usporedivom predmetu koji se vodio radi kaznenog djela davanja mita iz čl.348.st.2.KZ/97 gdje se kao vrijeme počinjenja kaznenog djela navodilo razdoblje od 16. travnja 2011. do 26. kolovoza 2011. kada je optuženik povodom obavljene službene radnje dao dar, VSRH je u svojoj odluci I Kž Us 100/2019 (presuda Županijskog suda u Splitu K-Us-6/2019) bio sasvim određen: „Za kazneno djelo davanja mita iz čl.348.st.2.KZ/97 propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine...S obzirom na navedeno vrijeme počinjenja kaznenog djela apsolutna zastara kaznenog progona prema čl.20.st.6.KZ/97 nastupila bi 26.kolovoza 2017.“ Pritom je VSRH primjenom odredbi čl.86 i čl.81.st.3. KZ/11 o produljenju rokova zastare utvrdio kako je zastara nastupila dana 26. kolovoza 2019.

Slijedom izloženog kod utvrđenja vremena počinjenja kaznenog djela prethodno treba utvrditi prirodu kaznenog djela po kriteriju vremena njegovog počinjenja. Početak zastare kaznenog progona s tim u svezi treba računati:

- kod trajnih kaznenih djela, kod kojih počinitelj stvara protupravno stanje, a potom ga određeno (kraće ili dulje) vrijeme održava, od dana prestanka protupravnog stanja (npr. protupravno oduzimanje slobode iz čl.136. KZ/11, narušavanje nepovredivosti doma i poslovnog prostora iz čl.141.KZ/11),
- kod kaznenih djela stanja, gdje počinitelj stvara protupravno stanje, no, daljnje održavanje istog ne ovisi o počiniteljevoj volji, od dana ostvarenja tog protupravnog stanja (npr. dvobračnost iz čl.167. KZ/11),
- kod produljenog kaznenog djela kako je isto definirano odredbom čl.52.st.1.KZ/11, od dana poduzimanja posljednje radnje unutar bića istog²⁰,
- kod višeaktnih (višeaktnih, složenih) kaznenih djela (sastoje se od poduzimanja dvije ili više radnji), od trenutka poduzimanja posljednje radnje (ako se iste poduzimaju sukcesivno). Primjer su kazneno djelo silovanja iz čl.153.KZ/11 i kazneno djelo razbojničke krađe iz čl.231.KZ/11,

¹⁹ Županijski sud u Bjelovaru, Kž 385/2012

²⁰ O ovom više supra, str. 17. i 18.

III. ZASTARA KAZNENOG PROGONA I ZASTARA IZVRŠENJA KAZNE U SUDSKOJ PRAKSI SUDOVA U REPUBLICI HRVATSKOJ

U ovom, centralnom dijelu rada, izložit ću recentnu sudsku praksu u pitanju primjene instituta zastare. Metodološki, najprije ću nastojati opisati i uputiti na praksu koju ocjenjujem ustaljenom i općeprihvaćenom u radu sudova, a potom ću ukazati na praksu za koju ne možemo konstatirati kako bi bila takvih karakteristika. Uvažavajući pritom i činjenicu odnosa hrvatske nacionalne sudbene vlasti prema praksi Suda Europske unije u Luxembourg (dalje: Sud pravde) i praksi Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (dalje: ESLJP), izložit ćemo i praksu potonjih sudišta.

1. PRIMJENA ROKOVA ZASTARE

Mišljenja o ovoj situaciji u teoriji se razlikuju u ovisnosti o tumačenju pravne prirode zastare²¹. Međutim, kako u ovom radu izlažemo pregled prakse, valja konstatirati da je i glede ovog pitanja praksa ustaljena. Prema istoj (uz doktrinarni predložak po kojem je zastara mješoviti materijalno-procesni institut) na počinitelja će se primijeniti novi rokovi zastare propisani novim zakonom. Iznimka je jedino situacija u kojoj je prije stupanja na snagu novog zakona zastara već nastupila. U toj situaciji produljeni rokovi zastare iz novog zakona ne mogu „oživjeti“ kazneni progon i „reanimirati“ ga u rokove zastare novog zakona. Riječ je o pristupu koji se u odlukama obično formulira kao zaključak da zastara nije privilegij počinitelja kaznenog djela, već odraz oportuniteta za državu glede rokova u kojima nalazi svrhovitim progoniti počinitelja kaznenog djela²². Praktičari imaju i izrijeком ozakonjeno uporište za takvu praksu u čl.86.KZ/11.²³ Ta zakonska odredba u biti je samo nastavak pravnih shvaćanja koja je po tom pitanju već ranije zauzeo VSRH, najprije u odluci I Kž-256/83 od 9. studenog 1983.g., a potom i pravnom shvaćanju VSRH od 10. studenog 2006.g.

2. ZASTARA NAKON DONOŠENJA PRVOSTUPANJSKE PRESUDE

Pitanje je riješeno zakonskom odredbom (čl.81.st.3. KZ-a²⁴). Ratio odredbe je omogućiti pravomoćno okončati postupak u kojem je odluka o krivnji donijeta neposredno prije zastare kaznenog progona i destimulacija zlouporabe procesnih ovlaštenja, s tim u svezi. Tako je u odluci Kž-555/2017 VS RH, odbijajući prigovor zastare, utvrdio: „Opravdano tvrdi državni odvjetnik da prvostupanjski sud pri utvrđivanju termina nastupa zastare kaznenog progona, nakon što je ispravno zaključio da se zastara u ovom predmetu imaju primjenjivati odredbe KZ/11 propustio voditi računa o činjenici da je u ovom predmetu jednom bila donesena presuda kojom je optuženi D.T. bio proglašen krivim, koja presuda je ukinuta rješenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske...“ Judikatura VSRH dosljedno je opetovala ovakav pristup u nizu odluka koje su uslijedile (npr. odluke I Kž-400/2014, I Kž-86/2015, I Kž-644/2017, I Kž-U-44/2019:

Dvojba se u praksi pojavila glede dopuštenosti ponavljanja opisane procesne situacije, pa je Vrhovni sud po tom pitanju donio slijedeći zaključak: „Ako je prije proteka roka zastare iz čl.81.st.3. KZ/11 donesena prvo-

²¹ Prema teoretičarima koji zastaru, kao pretpostavku kažnjivosti, karakteriziraju kao materijalno-pravni institut, produljeni zastarni rokovi u novom zakonu znače zabranjenu retroaktivnu primjenu strožeg zakona.

²² O navedenom pristupu prvi je na izloženi način pisao je prof. Zlatarić

²³ Odredba čl.86. KZ-a bila je predmetom ocjene ustavnosti, te je odlučeno kako navedena norma nije nesuglasna sa Ustavom (rješenje Ustavnog suda RH broj U-I-3826/13, U-I-4190/13, U-I-5197/13, U-I-6366/14, U-I-4651/15, U-I-2094/16). Ustavni sud se referirao o pravnoj prirodi zastare kao institutu „mješovite prirode (procesno - materijalni) u kojem dominiraju upravo procesni elementi pa je tako zastara negativna procesna pretpostavka za donošenje meritorne odluke.“

²⁴ infra, str.7.

stupanjaska presuda, zastara kaznenog progona produljuje se za dvije godine, a to je moguće učiniti samo jedanput²⁵

3. PRAVNI KONTINUITET KAZNENOG DJELA I ROKOVI ZASTARE

U uvjetima intenzivnih promjena kaznenog zakonodavstva jedno od najzahtjevnijih pitanja za praktičare je primjena odgovarajućeg zakona. Glede primjena rokova zastare KZ/11 je u odredbi čl.86. propisao obvezu primjene rokova zastare novog zakona, tamo gdje zastara nije već nastupila. S tim u svezi praksa je u određenom broju slučajeva iznjedrila dvojbu primjenjuju li se rokovi zastare u odnosu na kazneno djelo sa zakonskim opisom i pravnom kvalifikacijom u optužnom aktu, ili u odnosu na zakonski opis i pravnu kvalifikaciju koja bi pripadala određenom činjeničnom opisu, sve u kontekstu načela primjene blažeg zakona iz čl.3. KZ/11? Naime, nema dvojbe o tome da sudovi u uvjetima promjene kaznenog zakona najprije moraju ispitati tzv kontinuitet neprava, odnosno, utvrditi je li neko ponašanje koje je ranije bilo označeno kao kazneno djelo i nadalje u katalogu kaznenih djela u posebnom dijelu novog kaznenog zakona, štoviše, „pokrivaju“ li obilježja djela identična ponašanja kao ranije, ili proširuju, odnosno, sužavaju ista.

Stav prakse glede ovog pitanja zrcali u odluci VSRH broj I Kž 160/2019 koja je donijeta povodom žalbe protiv rješenja Županijskog suda u Splitu broj K-1/19. Optuženik je u navedenom postupku progongen radi kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl.337.st.4. u svezi st.1.KZ/97, kažnjivo zatvorom od jedne do deset godina . U opisanoj situaciji prvostupanjski sud je rokove zastare računao u smislu odredbe čl.81. st.1.al.3. i st.3.KZ/11, po kojima je zastara kaznenog progona nastupila 27. studenog 2018.g. (dakle, 20 godina od dana počinjenja kaznenog djela, uvećano za rok od dvije godine, jer je prije zastare bila donijeta prvostupanjaska presuda). Međutim, žalbena argumentacija državnog odvjetnika bila je drugačija: po istoj, sud je najprije temeljem čl.3.st.2. i 3. KZ (načelo primjene blažeg zakona) morao naći pravni kontinuitet za čl.337. st.4. u svezi st.1. ZZ/97 u novom kaznenom zakonu, konkretno, u odredbi čl.291.st.2. u svezi st.1. KZ/11. i primijeniti upravo potonju odredbu, te u konačnici rok zastare odrediti prema kazni iz čl.291.st.2. u svezi st.1. KZ/11, odnosno, utvrditi kako rokovi zastare kaznenog progona nisu nastupili²⁶. VSRH je odbio žalbenu argumentaciju državnog odvjetnika sa slijedećim obrazloženjem: „Naime, u situaciji kada do pobijanog rješenja tužitelj nije izmijenio optužnicu u pogledu pravne oznake djela, predsjednik vijeća je, pravilno, s obzirom na zakonski naziv kaznenog djela u optužnici s navođenjem odredaba Kaznenog zakona koje se na prijedlog tužitelja imaju primijeniti, nesporno utvrdio smetnju za nastavak postupak iz čl.452.t.6.ZKP/08 zbog nastupa zastare i u smislu odredbe čl.380.st.1.t.12.ZKP/08, obustavio kazneni postupak.“ Iako se u tekstu odluke VSRH izriječno ne referira i na čl.449. st.1.ZKP/08 kojom je „omeđena“ nadležnost suda na „...djelo koje je predmet optužbe sadržane u...optužnici“, očito je sud istu imao u vidu prilikom donošenja svoje odluke.

4. ZASTARA KAO ARGUMENT U ODLUKAMA O SUĐENJU U ODSUTNOSTI

Nakon nekoliko promjena glede odnosa prema suđenju u odsutnosti, aktualni ZKP u odredbi čl.402.st.3. propisuje tu mogućnost kao izuzetak od ustavnog i konvencijskog prava okrivljenika na suđenje u njegovoj nazočnosti i uz mogućnost njegove aktivne participacije u postupku u kojem se odlučuje o osnovanosti optužbe. U tom kontekstu i praksa županijskih sudova odnosno VSRH se referirala o zastari kao jednom od argumenata koji se javljaju u odlukama o suđenju u odsutnosti i to kao o jednom od „...osobito važnih razloga da se okrivljeniku sudi ...“. Tako je VSRH u rješenju I Kž 142/2018-4 odlučujući povodom žalbe optuženika protiv rješenja Županijskog suda u Karlovcu broj Kv I-5/2018, ukazao na skoruzastaru kao relevantni element za odluku o suđenju u odsutnosti, naveo slijedeće:“...kraj činjenice da u ovom predmetu zastara kaznenog progona nastupa 6. svibnja 2020., da nije moguće tražiti izručenje optuženika od Republike Srbije čiji je on državljanin, slijedi da je ispravan zaključak suda prvog stupnja da optuženik nije dostupan i da su sve to važni razlozima iz čl.402.st.3. ZKP/08 koji opravdavaju suđenje u odsutnosti“. Iako u odluci VSRH to nije izriječno

²⁵ Zaključci sa sastanka predsjednika Kaznenih odjela Županijskih sudova s predsjednicima vijeća i Službom evidencije Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 16. i 17. rujna 2015. u Šibeniku

²⁶ Ocjena državnog odvjetnika glede blažeg zakona u opisanoj konstelaciji je upitna, ali to nije predmet razmatranja ovog rada.

navedeno, proizlazi također kako je predmetna odluka rezultat i težine kaznenog djela iz optužnice (kazneno djelo ubojstva iz čl.34. Krivičnog zakona Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 25/77, te izmjene i dopune istog). Makar u praksi nisam našao na usporediv spis predmeta, bilo bi interesantno vidjeti bi li opstala rješenja o suđenju u odsutnosti za neko lakše kazneno djelo, a kao razlog za takvu odluku postoji samo opasnost zastare progona.

Kod suđenja u odsutnosti i argumentacije opasnosti zastare interesantna je odluka VSRH broj I Kž 260/2017 povodom žalbe protiv rješenja Županijskog suda u Varaždinu broj Kv I-32/17-5, koji je odbijajući žalbu optuženika obrazložio: „...pravilno prvostupanjski sud ukazuje na protek više od 10 godina od počinjenja kaznenih djela koja su predmet optužnice kao jednu od okolnosti koja, zajedno s ostalima, ukazuje na postojanje osobito važnih razloga za suđenje u odsutnosti optuženog. Iako uistinu ne prijete skora zastara kaznenog progona, protek duljeg razdoblja izvjesno bi utjecao na mogućnost prikupljanja dokaza i njihovu kvalitetu, zbog čega se odgađanje suđenja radi osiguranja prisutnosti ovog optuženika ukazuje neopravdanim“. Pritom je VSRH svoju odluku podupro i činjenicom da se optuženiku sudi u postupku sa druga 4 suoptuženika, koji „...imaju pravo na suđenje u razumnom roku koji bi doveden u pitanje čekanjem da optuženi T, bude uhićen“.

Iz bilo koje perspektive promatrali opisane situacije (zastara, pravo na razumni rok suđenja – lice i naličje) razvidno je kako je protek vremena i nadalje krucijalni element pravnog standarda „postojanja osobito važnih razloga“ za suđenje u odsutnosti sukladno odredbi čl.402.st.3. ZKP-a.

5. ZASTARA PROGONA PRODULJENOG KAZNENOG DJELA

Prije stupanja na snagu KZ/11 zastara je glede produljenog kaznenog djela u sudskoj praksi određivana na osnovi zakonske definicije istog. Naime, prema odredbi čl.61.st.2. KZ/97 produljeno kazneno djelo je bilo počinjeno kad je počinitelj s namjerom počinio više istih ili istovrsnih kaznenih djela koja s obzirom na način počinjenja, njihovu vremensku povezanost i druge stvarne okolnosti što ih povezuju čine jedinstvenu cjelinu. Sukladno takvom zakonskom određenju praksa je zastaru kaznenog progona određivala prema vremenu počinjenja pojedinih kaznenih djela produljenog kaznenog djela. Jednu od ilustraciju takvog pristupa nalazimo još u davnoj odluci VSRH broj Kž-658/79 od 12. veljače 1980.g. No, već u toj odluci apsolutna zastara računala se prema vremenu počinjenja pojedine radnje, a ne pojedinog kaznenog djela iz konstrukcije produljenog kaznenog djela. U takvom pristupu može se nazrijeti začetak definiranja produljenog kaznenog djela kako je isto definirano u aktualnom KZ/11. Naime, KZ/11 u odredbi o produljenom kaznenom djelu u čl.52.st.1. govori o „ostvarenju bića“ kaznenog djela, koje čini „jedinstvenu cjelinu u pravnom smislu“. Ovakva stilizacija otklanja dilemu o vremenu počinjenja kaznenog djela i, posljedično, o vremenu nastupanja zastare (dan prestanka radnje). No, usprkos tome praksa je i nakon stupanja na snagu KZ/11 donijela određeni broj odluka na tragu shvaćanja produljenog kaznenog djela iz KZ/97. Tako VSRH, odbijajući žalbeni prigovor optužene (koja je proglašena krivom radi kaznenog djela iz čl.246.st.2. u vezi čl.52. KZ/11), glede zastare navodi kako „...zastara kaznenog progona nije nastupila niti u jednom dijelu produljenog kaznenog djela za koje je optuženica proglašena krivom.“²⁷ Slično se navodi i u presudi VSRH: „Pri tome, točna je konstatacija prvostupanjskog suda da je u smislu čl.81.st.1.al.3. KZ/11 za dvije radnje iz sastava produljenog kaznenog djela iz čl.256.st.1. KZ/11 nastupila zastara kaznenog progona prije donošenja pobijane presude, dok bi za preostalu radnju opisanu u alineji 3. činjeničnog opisa zastara nastupila 29.4.2017.g. primjenom čl.81.st.3. KZ/11“.²⁸ Međutim, stoji ocjena kako praksa dominirajuće prati novo zakonodavno rješenje, kako u pitanju shvaćanja produljenog kaznenog djela određenog u čl.52. KZ-a (jedinstvena cjelina u pravnom smislu), pa posljedično tome i u pitanju vremena počinjenja takvog kaznenog djela prema odredbi čl.8.st.2. KZ-a (dan prestanka radnje). Ilustracija dominirajuće prakse je presuda VSRH I Kž Us 72/2013 (presuda Županijskog suda u Zagrebu broj K-Us-32/12). VSRH je prihvatio utvrđenje prvostupanjskog suda kako naznačenu kriminalnu aktivnost optuženika treba podvesti pod produljeno kazneno djelo „...jer je optuženi sa namjerom izvršio više odvojenih radnji u prirodnom smislu kojima se ostvaruju bića istog ili istovrsnog kaznenog djela, a s obzirom na

²⁷ Presuda VSRH broj I Kž 379/2017 (presuda Županijskog suda u Varaždinu broj K-16/15)

²⁸ Presuda VSRH broj I Kž 88/2015 (presuda Županijskog suda u Puli – Pola broj K-27/08)

njihovu prostornu i vremensku povezanost čine jedinstvenu cjelinu u pravnom smislu.“, te je o vremenu nastupanja zastare zaključio kako „...zastara kaznenog progona počinje teći od prestanka protupravnog stanja kad je djelo i dovršeno.“ Na taj način je odredba čl.52. KZ/11 glede određivanja rokova zastare harmonizirana sa odredbom o vremenu počinjenja kaznenog djela iz čl.8.st.2. KZ/11, odnosno, određenjem trenutka počinjenja kaznenog djela poduzimanjem posljednje radnje.

6. ZASTARA I PRAVILO „NE BIS IN IDEM“

Pravilo „ne bis in idem“ predstavlja bitni segment suvremenog kaznenog zakonodavstva na konvencijskoj, ustavnoj i zakonskoj razini. U praksi se postavilo pitanje odnosa zastare i spomenutog pravila. Još konkretnije, pitanje je ima li odluka kojom se utvrđuje zastara progona u prekršajnom postupku značaj presuđene stvari (*res iudicata*), odnosno, zabranu suđenja o istoj stvari u kaznenom postupku (*ne bis in idem*)? Odgovor je sadržan u odluci VSRH povodom zahtjeva za zaštitu zakonitosti (Kzz 71/12 od 22. studenog 2012.): „...obustava prekršajnog ili kaznenog postupka zbog nastupa zastare prekršajnog ili kaznenog postupka predstavlja formalno okončanje postupka pred sudom i nema značaj odluke kojom se odlučuje o meritumu, odnosno je li okrivljenik počinio prekršajno ili kazneno djelo. Takva se odluka odnosi na formalne pretpostavke vođenja nekog postupka, pa obustava prekršajnog postupka zbog nastupa zastare nema značaj niti karakter oslobađajuće ili osuđujuće odluke, te ne rješava predmet po pitanju utvrđenja kaznene ili prekršajne odgovornosti, već samo formalno.“ Štoviše, VSRH je već ranije identično se referirao na usporedivu situaciju u svojoj odluci III Kr 157/2009, gdje je naveo kako radi zastare u prekršajnom postupku „...osuđeniku u prekršajnom postupku nije izrečena kazna²⁹, pa stoga nije došlo do povrede zakona“ radi osude za isto djelo u kaznenom postupku. Navedena stajalište VSRH zrcale se u odlukama USRH broj U-III-3759/2009 i U-III-4112/11, pa utoliko možemo konstatirati kako u opisanom pitanju postoji suglasje sudske prakse sa praksom USRH.

Takva praksa u suglasju je sa shvaćanjem ESLJP po istom pitanju. Naime, ovo pitanje taj sud recentno je razmatrao u predmetu *Smoković protiv Hrvatske*³⁰. Podnositelj zahtjeva se obratio ESLJP-u tvrdeći kako mu je povrijeđeno pravo zajamčeno čl.4.Protokola br.7 uz EKLJP, jer mu je dva puta suđeno za istu stvar – prekršajni postupak je obustavljen radi zastare, nakon čega je u kaznenom postupku za isti događaj uvjetno osuđen radi kaznenog djela tjelesne ozljede. Podnositelj je u zahtjevu tvrdio kako nakon odluke prekršajnog suda o zastari nije bilo mjesta daljnjem vođenju kaznenog postupka i donošenju odluke u tom postupku. Ukazujući na shvaćanja koja je već navodio u ranijoj praksi o istom pitanju ESLJP obrazlaže značenje izraza „oslobođenje ili osude“ (*acquittal or conviction*) iz čl.4. Protokola br.7 uz Konvenciju. Pitanje kaznene odgovornosti je s tim u svezi razriješeno nakon sudske postupka u kojem se utvrde sve okolnosti konkretnog događaja, što podrazumijeva pribavljanje, izvođenje i ocjenu dokaza. Kako se odlukom kojom se konstatira nastup zastare u jednoj vrsti postupka ne predstavlja niti osudu niti oslobođenje okrivljenika, to ne predstavlja meritorno razmatranje pitanja odgovornosti okrivljenika, posljedično, ne predstavlja „bis“ iz uvodno spomenutog pravila.

7. ZASTARA IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA U TZV. NEPRAVOJ OBNOVI KAZNENOG POSTUPKA (ČLANAK 498. ZKP/08.)

Institut zastare u izvanrednom pravnom lijeku obnove kaznenog postupka (članak 497. – 508. ZKP) doživio je u praksi promjene koje se odnose na zastaru izvršenja kazni iz objedinjenih presuda. Naime, riječ je o vremenu važenja KZ/97 i razlikovanju relativne od apsolutne zastare izvršenja u smislu odredbi 21. i čl.23.st.5. tog zakona, kada se zastara izvršenja kazni zatvora iz presude u tzv. nepravoj obnovi kaznenog postupka najbolje zrcali u odluci VSRH broj I Kž 269/01 (*Županijski sud u Zadru broj Kv-57/97*), u kojoj je navedeno.“ Stoga, doista, relativna zastara jedinstveno izrečene kazne počinje teći od dana pravomoćnosti presude kojom su objedinjene kazne iz više pravomoćnih presuda, međutim, apsolutna zastara izvršenja pojedine od objedinjenih pravomoćnih presuda nastupa nakon proteka roka iz čl.23.st.5.KZ računajući od dana pravo-

²⁹ dosljednosti i jasnoće radi, trebalo bi dodati ne samo kažnjavanje, već i oslobađanje u prekršajnom postupku

³⁰ Broj zahtjeva 57849/12, odluka o nedopuštenosti zahtjeva od 12. studenog 2019.

moćnosti presude donesene u odnosu na to pojedino kazneno djelo.“ U bitnome izloženi pristup se iscrpljivao na argumentu da se „...objedinjavanje kazni iz više pravomoćnih presuda ne može osuđeniku tumačiti na štetu, pa niti u pitanju nastupa apsolutne zastare izvršenja kazne, budući da se, u suštini, primjenom pravila o stjecaju i izricanjem jedinstvene kazne radi o primjeni instituta osuđeniku u korist...“ Ova odluka VSRH u teorijskim analizama doživjela je prihvaćanja, ali i kritike.³¹ Međutim, vremenom je i ova praksa evoluirala u drugačije shvaćanje, pa je tako u odluci VSRH I Kž 610/11 (Županijski sud u Zagrebu broj Kv-I-644/10) navedeno kako se donošenjem presude u tzv. nepravoj obnovi kaznenog postupka „...samostalnost kazne iz ranijih presuda u smislu zastare njihovog izvršenja potpuno izgubila“. Dakle, prihvaćanjem argumenta da se primjenom odredbi o odmjeravanju jedinstvene kazne za djela u stjecaju, sve u smislu metode asperacije iz materijalnog kaznenog prava³², sudi u korist osuđenika, svakako valja prihvatiti dogmatske i praktične promjene koje su nastupile u međuvremenu. One su sažete u pravnom shvaćanju VSRH broj Su-IV-3/13 od 18. ožujka 2013. koje glasi: „Nakon donošenja presude o izricanju jedinstvene kazne u postupku nepravne obnove, budući da su pojedinačne kazne izgubile svoju samostalnost, zastara izvršenja tako izrečene kazne računa se od trenutka pravomoćnosti presude kojom su te kazna objedinjene.“³³ Ovim pravnim shvaćanjem napušteno je pravno shvaćanje VSRH od 06. prosinca 1989. Doista, čini nam se neprihvatljivim raniji „dualizam“ valorizacije zastare, makar time ne dovodimo u pitanje argument o favoriziranju položaja osuđenika. Međutim, činjenica je kako je osuđenik već honoriran kroz spomenuti način odmjeravanja jedinstvene kazne. Isto tako treba imati na umu kako se, pa i u vremenu ranije opisane prakse, kao i dan - danas, sudovi u svojim odlukama naglašavaju kako zastara ne egzistira kao pogodnost okrivljenika, već kao interes države da u određenom vremenu progoni počinitelja kaznenog djela, odnosno, izvršava izrečenu kaznu.

Citirano pravno shvaćanje praksa sudovi dosljedno provode, a ilustracija takve prakse je odluka VSRH I Kž Us 103/2014 (Županijski sud u Rijeci broj Kv- Us-19/13).

8. TIJEK ZASTARE IZVRŠENJA KAZNE KOJA JE ZAMIJENJENA RADOM ZA OPĆE DOBRO (ČL.84.ST.1. I 3. U SVEZI ČL.55. KZ/11)

Glede dvojbi koje su se javile u praksi o rokovima zastare glede izvršenja kazne zatvora koja je zamijenjena radom za opće dobro (čl.55. KZ/11), VSRH je na sastanku predsjednika kaznenih odjela županijskih sudova donio slijedeći zaključak: „Odredba čl.84.st.1. KZ/11 prema kojoj zastara izvršenja kazne počinje teći danom pravomoćnosti odluke kojom je kazna izrečena odnosi se i na kaznu zatvora koja je zamijenjena radom za opće dobro“. Sadržaj zaključka korespondira sa pravnom prirodom supsidijarnosti mjere rada za opće dobro u odnosu na kaznu, što je svog odraza našlo i u sudskim odlukama.³⁴ Tako je u odluci VSRH broj I Kž 253/2017 (rješenje Županijskog suda u Velikoj Gorici broj Kv-I-40/16) povodom prigovora zastare navedeno identično kao u citiranom zaključku sastanka: „...nema govora da je nastupila zastara izvršenja iz čl.83.st.1.alineja 6. KZ/11, jer se rok zastare izvršavanja rada za opće dobro određuje prema roku zastare izvršenja kazne koja je pravomoćnom presudom izrečena i zamijenjena radom za opće dobro.“

9. ZASTARA U ZAKONU O PRAVOSUDNOJ SURADNJI U KAZNENIM STVARIMA SA DRŽAVAMA ČLANICAMA EUROPSKE UNIJE³⁵ (DALJE: ZPSKS-EU)

Pitanje zastare u primjeni ZPSKS-EU u pravilu se veže uz primjenu čl.10. toga zakona u prigodi izvršenja odluke stranog pravosudnog tijela, najčešće europskog uhidbenog naloga. Tako su neki sudovi pogrešno odbijali izvršenje europskog uhidbenog naloga na način da su, nakon što bi kazneno djelo iz čl.10. ZPSKS-EU

³¹ P. Novoselec, Sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol 12, broj 1/2005. kritizirao je odluku VSRH: „... stoga se izvršava samo jedinstvena kazna, a ne njezine sastavnice...svrha jedinstvene kazne nije da se njome pogoduje počinitelj...“

³² Čl.51.KZ

³³ Pravno shvaćanje je donijeto jednoglasno

³⁴ Primjerice, rješenje VSRH broj I Kž 311/2015 (rješenje Županijskog suda u Varaždinu broj Kv I-117/15)

³⁵ Narodne novine broj 91/10, 81/13, 124/13, 26/15, 102/17, 68/18 i 70/19

u europskom uhidbenom nalogu „identificirali“ po zakonskim obilježjima u KZ/11, a potom, pod pretpostavkama iz zakona, odbijali priznati europski uhidbeni nalog radi zastare kaznenog progona. Međutim, VSRH je u svojim odlukama ukazao kako pojam dvostruke kažnjivosti u odnosu na katalog kaznenih djela iz čl.10. ZPSKS-EU isključuje ispitivanje nastupa zastare. Takva praksa je potvrđena u cijelom nizu odluka VSRH (primjerice, VSRH Kž eun 30/2017, Županijski sud u Zadru 18 Kv-Eun-3/17; VSRH Kž eun 3/2017, Županijski sud u Velikoj Gorici Kv-eun-12/16), te je uz to uobličena i u pravnom shvaćanju VSRH broj Su-IVk-21/2016-11 od 8. veljače 2016.g. glasi: „ Kad domaći sud odlučuje o izvršenju europskog uhidbenog naloga za kažnjiva djela iz kataloga navedenog u čl.10. Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije, za koja je isključena provjera dvostruke kažnjivosti, ona u sebi uključuje i zabranu provjeravanja nastupa zastare kaznenog progona jer je zastara sastavni dio pojma dvostruke kažnjivosti.“

Međutim, drugačija je situacija glede kažnjivih djela izvan dosega kataloški pobrojana 32 kaznena djela u čl.10. ZPSKS-EU. Kod tih, drugih kaznenih djela ispituje se postojanje obostrane kažnjivosti i vrijeme zastare kao obligatorna osnova glede priznanja i izvršenja europskog uhidbenog naloga sukladno odredbi čl.20. st.2.t.7. ZPSKS-EU (npr. VSRH Kž eun 30/2016, Županijski sud u Puli – Pola Kir-eun-2/2016).

Pitanje zastare istaknuto je i u nekoliko slučajeva koji se odnose na uhidbene naloge u svrhu izvršenja kazne zatvora, gdje je tražena osoba isticala prigovor zastare izvršenja kazne zatvora, polazeći od pojedinačno izrečenih kazni u pojedinim presudama, zanemarujući činjenicu da su kazne objedinjene i da se s tim u svezi kao referentna vrijednost ima uzeti objedinjena kazna iz tzv. nepravne obnove postupka³⁶ (tako VSRH Kž eun 23/2015, Županijski sud u Rijeci Kv eun 3/2015; VSRH Kž-eu 16/2017, Županijski sud u Puli – Pola Kv-eu-15/17; VSRH Kž-eu 18/2018, Županijski sud u Splitu Kv-eu-4/2018).

Isto tako, zastara prema domaćem pravu predstavlja fakultativnu osnovu za odbijanje zahtjeva za priznanje i izvršenje presude kojom je izrečena kazna zatvora ili mjera koja uključuje oduzimanje slobode (gl.VII ZPSKS-EU). Zastara se određuje prema normama domaćeg prava (tako VSRH Kž-eu 1/2018, Županijski sud u Sisku Kv-eun-4/17). Međutim, kod takvog odbijanja sud se mora rukovoditi načelima učinkovite suradnje, svrhovitosti i prava na pošteno suđenje (čl.94.st.2.t.1. ZPSKS-EU), što predstavlja doista zahtjevne kriterije glede odbijanja zahtjeva države članice EU (o navedenom VSRH Kž eun 38/2016, Županijski sud u Rijeci Kv-eun-5/2016)

10. ZASTARA U ZAKONU O MEĐUNARODNOJ PRAVNOJ POMOĆI U KAZNENIM STVARIMA³⁷

Zastara u kontekstu ZOMPO u praksi najčešće se javlja u predmetima izručenja stranaca (članak 33. – 61. ZOMPO) i to kao negativna pretpostavka za izručenje istih. Naime, prema prohibitivnoj odredbi članka 35. stavak 1. točka 4. ZOMPO izručenje se neće dopustiti ako je po domaćem zakonu nastupila zastara kaznenog gonjenja ili zastara izvršenja kazne prije nego što je strani državljanin pritvoren ili kao okrivljenik ispitan³⁸. U tom kontekstu jasno je kako prethodno ispitivanju moguće zastare sud mora utvrditi je li kazneno djelo, koje je predmet zamolbe za izručenje, kazneno djelo i po domaćem zakonu i po zakonu države u kojoj je počinjeno. Tako je VSRH u svojoj odluci , broj I KŽ 424/2016-4 (rješenje Županijskog suda u Puli – Pola, broj: Kv I-139/16) obrazložio: „...u odnosu na isticanje da je zastupila zastara kaznenog progona po domaćem pravu treba navesti da se ovdje traži izručenje radi izdržavanja kazne zatvora po pravomoćnoj presudi, a ne izručenje radi kaznenog progona. S obzirom na to da je presuda kojom je izručenik osuđen na kaznu zatvora radi čijeg se izdržavanja traži njegovo izručenje donesena 17. srpnja 2013., a postala je pravomoćna 30. srpnja 2013., niti po domaćem pravu, a niti po pravu države koja traži izručenje nije nastupila zastara izvršenja kazne. Prigovor nastupa zastare kaznenog progona prije donošenja presude izručenik može isticati u Ruskoj Federaciji u tijeku obnovljenog postupka.“ Ovaj dio obrazloženja je relevantan stoga što se u ovom postupku kako je normirano ZOMPO-m ispituje jesu li ispunjene zakonske pretpostavke glede izručenja, odnosno postoje li zapreke za izručenje i je li dostavljena potrebna dokumentacija za donošenje odluke. “Pravilnost presude kojom je izručenik osuđen na zatvorsku kaznu može se preispitivati jedino u državi koja je tu presudu donijela, a treba

³⁶ O tome je već pisano infra pod III d.)

³⁷ “Narodne novine” broj: 178/04. (dalje: ZOMPO)

³⁸ Iako zakonodavac nije našao u međuvremenu intervenirati u tekstove odredbe glede terminološkog usklađenja sa tekstom važećeg ZKP, smislenim tumačenjem pod pojmom pritvaranja treba razumjeti i određivanje mjere istražnog zatvora.

napomenuti da je izručenik već u zamolbi za izručenje zajamčeno pravo na ponovljeni sudski postupak, s obzirom na to da je osuđen u odsutnosti." Ratio odluke dijelovi koje su naprijed citirani opetovan je u cijelom nizu odluka županijskih sudova, odnosno VSRH. Tako, npr. VSRH, broj: I Kž 480/2015 (Županijski sud u Rijeci, broj: Kv II-3/15), VSRH broj I Kž-399/15 (Županijski sud u Splitu broj: Kov-Rz-3/15), odluka VSRH, broj: I Kž 260/2016 (Županijski sud u Splitu, broj: Kv I-51/2016), VSRH I Kž 126/2016 (Županijski sud u Slavanskom Brodu, broj: Kv II-9/16), odluka VSRH broj: I Kž 321/2017 (Županijski sud u Rijeci, broj: Kv II-1/17), VSRH broj: I Kž 115/17 (Županijski sud u Dubrovniku, broj Kv I-1/17), VSRH broj: I Kž 655/2018 (Županijski sud u Zagrebu, broj: Kv I-79/18), VSRH broj: I Kž 319/2018 (Županijski sud u Splitu, broj: Kv I-24/2018), VSRH broj: I Kž 415/19 (Županijski sud u Vukovaru, broj: Kv II-119/2019), VSRH broj: I Kž 582/19 (Županijski sud u Vukovaru, broj: Kv II-161/2019). U svojim odlukama VSRH beziznimno je ukazivao na nužnost provjere obostrane kažnjivosti³⁹, makar "...žalitelj nije u pravu kada tvrdi da je u pobijanom rješenju morao biti naveden i činjenični opis kaznenog djela. Naime, činjenični opis kaznenog djela zbog kojeg se traži izručenje odredbama ZOMPO nije propisan kao obvezni sastojak rješenja kojim se utvrđuje udovoljenje zakonskim pretpostavkama za izručenje niti je to nužno navesti prema postojećoj sudskoj praksi" (VSRH I Kž 33-2019, Županijski sud u Zagrebu, broj: Kv II-1159/2018). Jasno, postupak utvrđenja obostrane kažnjivosti nije uvijek jednostavan kako to proizlazi iz žalbenog postupka gdje je kazneno djelo krađe vozila za uporabu iz članka 94. Kaznenog zakona Švicarske tražilo svoj pandan u odredbama članka 234. stavak 1. KZ/11. odnosno članak 234. stavak 2. KZ/11. (VSRH I Kž 514/2016, Županijski sud u Vukovaru, broj: Kv II-157/16). Naime, prihvaćajući argumentaciju državnog odvjetnika i ukidajući pobijano prvostupanjsko rješenje VSRH je ukazao i na dilemu radi li se o trajnom kaznenom djelu ili kaznenom djelu stanja "...s obzirom na to da zastara kaznenog progona za prvo počinje teći prestankom protupravnog stanja stvorenom radnjom izvršenja, a za drugo danom ostvarenja protupravnog stanja.". U ovisnosti na odgovore na prednja pitanja (obostrana kažnjivost, klasifikacija kaznenog djela po vremenu počinjenja) ovisit će i utvrđenje ili izostanak tzv. negativne pretpostavke glede izručenja u vidu postojanja ili nepostojanja zastare po domaćem pravu. VSRH je u uputi županijskom sudu naložio "...pažljivo razmotriti činjenični opis inkriminacija iz molbe stranog tijela za izručenje radi valjanog utvrđenja je li se i pod koja točno kaznena djela po domaćem pravu ona mogu podvesti. U slučaju da utvrdi da se kazneno djelo krađe vozila za uporabu iz članka 94. Kaznenog zakona Švicarske mogu podvesti pod kazneno djelo iz članak 234. KZ/11., prvostupanjski sud vodit će računa o tome je li riječ o obliku počinjenja tog djela propisanog odredbom stavka 1. ili odredbom stavka 2. toga članka, te je li riječ o trajnom ili o kaznenom djelu stanja, a sve radi utvrđenja je li za isto nastupila zastara kaznenog progona ili nije".

11. ZASTARA U PREKRŠAJNOM POSTUPKU

U uvjetima diobe kažnjivih ponašanja u Republici hrvatskoj na kaznena djela i prekršaje, interesantna je različitost normativnog uređenja instituta zastare u KZ/11 i Prekršajnom zakonu (Narodne novine broj 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 10/17 i 118/18, dalje: PZ). Naime, novelom iz 2013.g. (Narodne novine broj 39/13) PZ također napušta koncept razlikovanja relativne i apsolutne zastare (posljedično nestaje i prekid zastarijevanja) i uvodi jedinstvene rokove zastare. Tako, sukladno odredbi čl.13.st.1. i 2. PZ-a. zastara prekršajnog progona nastupa nakon četiri godine od vremena počinjenja prekršaja, odnosno, za tri godine za prekršaje za koje je ovlašten tužitelj obvezan izdati obvezni prekršajni nalog. Zastara izvršenja prekršajnih sankcija nastupa protekom tri godine od pravomoćnosti odluke. Ono što predstavlja bitnu razliku KZ-a i PZ-a glede zastare odnosi se na primjenu rokova zastare u uvjetima promjene zakona. KZ u čl.86. propisuje primjenu rokova zastare iz čl.81. KZ-a (zastara kaznenog progona) i čl.83. KZ-a (zastara izvršenja kazne), dočim PZ propisuje da se rok zastare prekršajnog progona i rok zastare izvršenja prekršajnih sankcija ima prosuđivati prema rokovima zastare koji su bili na snazi u vrijeme počinjenja prekršaja⁴⁰. Ovakvim rješenjem naglašava se procesno-pravna

³⁹ VSRH u svojoj odluci I Kž 582/2019 dao je određenje pojma obostrane kažnjivosti koja "...podrazumijeva ocjenu jeli činjenični supstrat djela zamolbe strane države moguće podvesti pod neku od kaznenopravnih normi zamoljene države. To znači da se u zamolbi opisane pravno odlučne činjenice ne moraju poklapati sa zakonskim opisom kaznenog djela u pravu zamoljene države, već je dovoljno da cjelina sadržaja bića kaznenog djela kojeg ona tvore, suštinski odgovara smislu i sadržaju nekog kaznenog djela iz zakonodavstva zamoljene države."

⁴⁰ U konačnom prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona iz ožujka 2013.g. ovakav pristup kratko je obra-

priroda zastare (*tempus regit actum*). Pritom se pri ocjeni ovakvog zakonodavnog rješenja ipak moraju cijeliti i sve specifičnosti u razlikama prekršaja i kaznenih djela unutar kažnjivih kategorije ponašanja.

U opisanoj normativnoj situaciji Vrhovni sud je dosljedno primjenjivao odredbe o zastari iz PZ-a, bez obzira na spomenutu različitost pristupa tom institutu u PZ i KZ. To slijedi iz cijelog niza odluka, pa tako i presude Kzz 6/2017 koju je VS RH donio povodom zahtjeva za zaštitu zakonitosti Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske, u kojima je ukazano na novelu PZ-a od 3. travnja 2013. („Narodne novine“ broj 39/13) u kojoj je dodan čl.14.c.) sa izloženim, kao novim zakonodavnim pristupom.⁴¹ Naime, nakon pravomoćnosti izrečene novčane kazne za djelo prekršaja, zahtjevom za zaštitu zakonitosti Glavni državni odvjetnik je tražio da se radi zastare donese odluka o odbijanju optužbe. Zahtjev je odbijen uz obrazloženje da zastaru ne treba ocjenjivati kroz naknadne zakonodavne izmjene, već prema propisu koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela prekršaja. Jedina moguća disonancija iz takve konzistentne prakse u odlukama povodom zahtjeva za zaštitu zakonitosti, nađena je u presudi kojom je utvrđena osnovanost zahtjeva za zaštitu zakonitosti, ali je pritom zastara dovedena u korelaciju sa načelom primjene blažeg zakona na način da je obrazloženo kako je „...u odredbi čl.3. ZISPZ propisano da se prema počinitelju primjenjuje propis koji je bio na snazi kad je prekršaj počinjen, a ukoliko se propis nakon počinjenja prekršaja jednom ili više puta izmijeni, primijenit će se propis koji je blaži po počinitelju“. Nažalost, izostala je daljnja elaboracija izloženog stava, makar je moguće da je dio odredbe o primjeni blažeg propisa citiran samo kao dio cjeline istog.

12. ZASTARA U ZAKONU O NEZASTARIJEVANJU KAZNENIH DJELA RATNOG PROFITERSTVA I KAZNENIH DJELA IZ PROCESA PRETVORBE I PRIVATIZACIJE⁴²

Već prema nazivu Zakona o nezastarijevanju proizlazilo bi kako institut zastare ne bi trebao biti izravnim predmetom razmatranja. Međutim, praksa je izrodila probleme u primjeni odredbi ovog zakona, što zaslužuje prikaz sudske prakse po tom pitanju. Naime, riječ je o zakonu koji točno određena kaznena djela (čl.2. do čl.6. Zakona o nezastarijevanju) povezuje sa određenim drugim relevantnim činjenicama (čl.7. Zakona o nezastarijevanju), kako bi se ta kaznena djela mogla dovesti u poziciju nezastarijevanja. U takvoj normativnoj konstelaciji državno odvjetništvo je nakon stupanja na snagu Zakona o nezastarijevanju 2011. u određenom broju slučajeva pribjeglo praksi izmjene (dopune) ranije podignutih optužnica ili podizanju optužnica u situacijama gdje je po ranijim propisima bila utvrđena zastara (u pravilu kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl.337. iz tada važećeg KZ/97) na način da se navodilo kako je osnovno, predikatno kazneno djelo bilo počinjeno u vremenu između 50. svibnja 1990. i 15. siječnja 1998.g.⁴³ Međutim, u kontekstu ovog rada relevantno je pitanje zašto su sudovi u primjeni ovog zakona promijenili početnu praksu na način da su počeli utvrđivati stanje predikatnog djela po pitanju zastare? Prijelomna točka je bila Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III-4149/2014 od 14. srpnja 2015.⁴⁴ Uz mnogobrojne druge aspekte u toj odluci Ustavni sud se bavio i pitanjem zastare. Za praksu kaznenih sudova (najkraće) relevantna su njegova slijedeća utvrđenja:

1. „Ustavni sud ponavlja da je kazneno djelo ratnog profiterstva potrebno dokazati da je osoba počinila odgovarajuće djelo/31-1 iz kataloga kaznenih djela označenih u ZoNKD_RPiPP za koje na dan stupanja na snagu Promjene ustava/2010 (16. lipnja 2010.) nije nastupila zastara.. Tek nakon što se dokaže postojanje tog djela/31-1 i utvrdi da u vezi s njim nije nastupila zastara kaznenog progona, na sudu je da ocjeni ima li počinjeno djelo/31-1 zakonska obilježja RPiPP-djela/31-4 iz čl.7. ZoNKD-RPiPP-a. Samo ako

zložen kao „...sukladan i dosadašnjoj sudskoj praksi u prekršajnom sudovanju i zakonskoj regulativi“ (str.37. Konačnog prijedloga).

⁴¹ Obrazloženja takvog sadržaja nalazimo i u odlukama VSRH broj Kzz 32/2015, Kzz 17/2015, Kzz 21/2015, Kzz 6/2017 Kzz-19/2017, Kzz-5/2017, Kzz 15/2017, Kzz 49/2017, Kzz 12/2018, Kzz 50/217, Kzz 34/2018, Kzz 7/2019..

⁴² „Narodne novine“ broj 57/11 (dalje: Zakon o nezastarijevanju)

⁴³ Riječ je o periodu koji se iskristalizirao kao vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti i teritorijalne cjelovitosti države. Više o tome, uključujući i mogućnost drugačijeg određenja spomenutog perioda vidi u Ivo Josipovi, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, Zagreb, 2018.: Zastara u predmetima ratnog profiterstva i kriminala u pretvorbi i privatizaciji i kontroverze nakon odluke Ustavnog suda u predmetu HYPO

⁴⁴ Odluka je objavljena u „Narodnim novinama“ broj 89/2015

bi odgovor na to pitanje bio potvrđan, došlo bi do počinjenja kaznenog djela ratnog profiterstva u smislu članka 1. ZoNKD-RPiPP-a⁴⁵;

2. „Sva tijela državne vlasti...dužna su u okviru svog ustavnog i zakonskog djelokruga provoditi odluke i rješenja Ustavnog suda^{46 47}; štoviše,
3. „pravna stajališta Ustavnog suda o tim pitanjima (načelo zakonitosti, primjena blažeg zakona, ne-zastarijevanje kaznenih djela) imaju opće i načelno značenje te prelaze granice pojedinačnog slučaja Hypo“⁴⁸

Nakon navedene Odluke Ustavnog suda, VSRH (posljedično i niži sudovi) je u pitanjima zastare svoju praksu prilagodio tumačenju Ustavnog suda Promjene Ustava i Zakona o nezastarijevanju. Pritom je redovito ukazivao na nužnost adekvatnog činjeničnog opisivanja inkriminiranog događaja. Tako je u primjerice suđeno u predmetima VSRH broj I Kž 646/2014 povodom žalbe protiv presude Županijskog suda u Splitu broj K-16/01, VSRH broj I Kž 390/2016 (Županijski sud u Splitu broj K-108/99) i dr.

U svojoj odluci I Kž-165/2018 (presuda Županijskog suda u Zagrebu, broj: K-226/07) VSRH je iscrpno izložio razloge za takvu svoju praksu: „...prvostupanjski sud u obrazloženju pobijane odluke jasno je izrazio svoj stav da izmjena optužbe koju je državni odvjetnik učinio 13. travnja 2013. u činjeničnom opisu inkriminiranog postupanja optuženika, a koja se sastoji u dodavanju riječi ...koje se odnose samo na utvrđenje da je u vrijeme označeno u optužnici kao vrijeme počinjenja kaznenih djela u Republici Hrvatskoj bio Domovinski rat, te da je u tim okolnostima proveden proces pretvorbe, bez da se ta okolnost na bilo koji način u činjeničnom opisu dovodi u uzročnu vezu sa konkretnim inkriminacijama, nije dostatna za primjenu zakonskih odredaba Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz pretvorbe i privatizacije ... na koji zakon se pozvao državni odvjetnik prilikom ove izmjene, a što bi omogućilo vođenje kaznenog postupka i utvrđenja postoji li krivnja optuženika i izvan rokova u kojima nastupa zastara kaznenog progona za kazneno djelo iz članka 337. stavak 4. KZ/97. koje je optuženici inkriminiranom optužnicom. Ovakvo pravo shvaćanja u cijelosti prihvaća i Vrhovni sud Republike Hrvatske kao sud drugog stupnja i do sada ga je izrazio u više svojih odluka ...“. I citirana odluka VSRH kao i većina drugih odluka istoga suda istaknule su i pravno stajalište Ustavnog suda Republike Hrvatske po istom pitanju u Odluci broj: U-III-4149/2014 od 24. srpnja 2015. Naime, Ustavni sud RH je u toj odluci istaknuo kriterije, kumulaciju kojih smatra nužnima za postojanje kaznenog djela ratnog profiterstva i kaznenog djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, a to su:

- utvrđenje počinjenja konkretnog kaznenog djela propisanim odgovarajućim kaznenim zakonodavstvom,
- utvrđenje da je to isto kazneno djelo naznačeno u Zakonu o nezastarijevanju,
- utvrđenje činjenice da za prvo navedeno kazneno djelo nije nastupila zastara kaznenog progona na dan stupanja na snagu Promjene Ustava RH 2016., koje promjene su propisale nezastarivost takvih kaznenih djela,
- utvrđenje postojanje dodatnih zakonskih obilježja propisanim Zakonom o nezastarijevanju.

13. ZASTARA U JUDIKATURI ESLJP I SUDA PRAVDE

Sudska praksa ESLJP i Suda pravde za suce u Republici Hrvatskoj relevantna je iz više razloga:

- ESLJP odlučuje o primjeni Konvencije, dakle međunarodnog ugovora koji je po pravnoj snazi nadzакonski izvor prava u RH (čl. Ustava);
- odluke ESLJP obvezuju Republiku Hrvatsku i sudove Republike Hrvatske;
- nadređenost prava EU nacionalnim zakonodavstvima država članica ;
- EKLJP i pravo EU, te prakse ESLJP i Suda pravde su visoko harmonizirani pravni instrumenti

⁴⁵ Paragraf 132. Odluke

⁴⁶ Čl.31.st.2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“ broj 99/99, 29/02, 49/02)

⁴⁷ Iako odredba čl.77.st.2. Ustavnog zakona nakon ukinutne odluke Ustavnog suda po pitanju izraženih pravnih shvaćanja obvezuje isključivo sud čija je odluka ukinuta (dakle, ne i druge sudove) čini nam se da bi eventualno neuvažavanje tih shvaćanja drugih sudova zaobilazno dovelo do istog rezultata, ali pod daljnja 2 uvjeta: 1.) podnošenje ustavne tužbe i 2.) dosljednost samog Ustavnog suda u primjeni spomenutih kriterija

⁴⁸ Paragraf 14.1. cit. Odluke

Judikatura ESLJP se problematikom zastare bavi u kontekstu odredbe čl.7. Konvencije koja uređuje načelo zakonitosti i zabranu retroaktivnosti koja je imanentna tom načelu. Iz odluka ESLJP može se derivirati zaključak po kojem bi produljenje rokova zastare kada oni nisu već istekli, predstavljalo povredu odredbe čl.7. EKLJP, ako bi nacionalno kazneno pravo zastaru propisivalo kao institut materijalnog (supstantivnog) kaznenog prava, dočim nije protivno odredbi čl.7. Konvencije ako bi zastara bila propisana kao procesni institut. Potonju situaciju se ilustrira predmetom Coeme i dr. protiv Belgije⁴⁹. Međutim, ESLJP u svojim odlukama ne daje odgovor na izvorišno pitanje, ono o pravnoj prirodi instituta zastare, a upravo o odgovoru na to pitanje ovisi odnos zastare i načela zakonitosti⁵⁰. U izloženom kontekstu relevantna je odluka ESLJP u predmetu Smoković protiv Hrvatske⁵¹. Glede prigovora da je dva puta suđen za isto djelo, ESLJP je odbijajući zahtjev podnositelja ponovio ranije shvaćanje po navedenom pitanju – odgovornost okrivljenika mora biti meritorno raspravljena na način da isti na kraju postupka mora biti osuđen ili oslobođen krivnje. Tzv. formalna (odbijajuća) odluka ne rješava meritum i kao takva ne može dovesti do kršenja zabrane ne bis in idem. Slijedeći prigovor podnositelja zahtjeva odnosio se na povredu čl.7. Konvencije, jer je produljenjem rokova zastare povrijeđena zabrana retroaktivnosti. ESLJP je odbio i ovaj dio zahtjeva uz obrazloženje da je do produljenja rokova zastare došlo prije isteka rokova zastare prema ranijem propisu.

Sud pravde pitanjem zastare bavio se u predmetima koji se kolokvijalno nazivaju Taricco I⁵² (prema imenu I-okrivljenika u kaznenom postupku) i Taricco II. U navedenim predmetima institut zastare u talijanskom kaznenom zakonodavstvu stavljen je u kontekst odnosa nacionalnog prava države članice (konkretno, Republike Italije) i prava Europske unije. Talijanski sud je u prethodnom postupku upitao Sud pravde krše li kratki rokovi zastare iz nacionalnog zakona odredbe Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje:UFEU). Dajući prednost pravu Europske unije, Sud pravde je naveo kako nacionalni sud mora omogućiti primjenu odredbi čl.325.UFEU, dakle, ne primijeniti rokove zastare koji bi zbog svoje kratkoće mogli osujetiti financijske interese Europske unije. No, u predmetu Taricco II Sud pravde je dijelom uvjetovao izloženi stav referirajući se na pravnu prirodu zastare u nacionalnom kaznenom zakonodavstvu – ako je u pitanju institut materijalnog kaznenog zakonodavstva i ako bi ignoriranje nastupe zastare dovelo do kršenja načela zakonitosti, ima se primijeniti nacionalno pravo.

IV. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kada se analizira sudska praksa po pitanju primjene odredbi o institutu zastare smatramo kako je normativni okvir koji je postavljen u tekstu KZ/11 donio poboljšanja u odnosu na KZ/97. Spomenute odredbe, uključujući i novododane, jesu jasne, pa kao takve predstavljaju odgovarajući okvir glede prakse sudova. Stoga u istoj nisu niti uočene posebne neuralgičnosti, koje bi u ovom trenutku zahtijevale daljnja poboljšanja.

Glede normativnog uređenja instituta zastare treba imati na umu i činjenicu da je dio zakonskih odredbi KZ/11 (čl.81., 82. i 86.KZ/11) bio predmetom inicijative za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti sa Ustavom RH⁵³. Odbijajući prihvatiti spomenutu inicijativu Ustavni sud je dodatno pojasnio i učvrstio normativni okvir zastare u KZ/11.

Kako sadašnja sudbena piramida u RH kao državi članici Vijeća Europe i Europske unije svoje vrhove ima u Strasbourgu, odnosno, Luxembourg, treba imati na umu i praksu sudišta tih organizacija, te konstatirati kako praksa sudova u RH u aktualnom trenutku nije suprotstavljena judikaturi spomenutih sudova. Pritom, međutim, treba biti oprezan glede daljnjeg razvoja situacije, poglavito u pitanju aktualnih sporenja o nadređenosti prava Europske unije nacionalnim pravima država članica te organizacije, te u pitanju ocjene pravne prirode zastare.

⁴⁹ Zahtjev broj 32492/92, presuda od 22. lipnja 2000.

⁵⁰ O tome više: Davor Derenčinović, Marta Dragičević Prtenjača, „Polemiziranje s odlukom Ustavnog suda u pogledu usklađenosti članka 86.Kaznenog zakona s Ustavom Republike Hrvatske, Odvjetnik, izdanje 01/2020

⁵¹ Zahtjev broj 57849/12, odluka od 12. studenog 2019.g.

⁵² Zahtjev za prethodnom odlukom u predmetu C-105

⁵³ Rješenje Ustavnog suda U-I-3826, 4190, 5197/2013, 6366/2014, 4651/2015 i 2094/2016 od 28. studenog 2017.

Željko Karas*

ISPITIVANJE OSUMNJIČENIKA NA POLICIJI PREMA ČL. 208.A ZKP

Autor u radu analizira primjenu zakonskih pravila o radnji ispitivanja osumnjičenika uvedenu u čl. 208.a prije tri godine. Radi razmatranja primjene navedene odredbe u policiji, autor je u radu objedinio rezultate preliminarnе analize koja je provedena na prigodnom uzorku (N=127) u više policijskih uprava u razdoblju 2018.-2020. godine. U radu su analizirane varijable trajanja ispitivanja, učestalosti obrane šutnjom, nazočnosti branitelja, zakonitost postupanja i druge.

Rezultati preliminarnе analize ne pokazuju posebne poteškoće u zakonitosti provedbe radnje ispitivanja osumnjičenika kada se ta radnja izvodi u planiranom uredskom okruženju. Teorijska analiza pokazuje da u definiciju ispitivanja ne bi trebali spadati slučajevi kod kojih nije postojala sumnja protiv određene osobe u materijalnom smislu, odnosno kod preopćenitih dojava građana, terenskog postupanja ili neočekivanih izjava u okviru drugih policijskih radnji. U slučajevima u kojima izjave nisu iznesene posljedica aktivnosti policije, nego su rezultat samoinicijativnog djelovanja osobe, izjave također ne bi trebale spadati u definiciju policijskog ispitivanja.

Ključne riječi: ispitivanje osumnjičenika, policija

1. UVOD

Izmjene ZKP-a kojima je prije tri godine uređeno ispitivanje osumnjičenika,¹ predstavljaju najveću promjenu u provođenju razgovora u policiji u proteklih pola stoljeća. Dio zakonskih promjena je bio posljedica ujednačavanja s europskim pravilima kojima se preporučivalo pojačavanje prava osumnjičenika u prvim fazama istraživanja. Od uvođenja ove značajne promjene je prošlo dovoljno vremena da je moguće preliminarno procjenjivati razinu prilagodbe policije na temelju analize zakonitosti postupanja. Prednosti uvođenja nove odredbe su u jasnijem uređenju postupanja, određivanja uvjeta i dokaznog statusa prikupljenih materijala. Mogući nedostaci su u smanjivanju razine razjašnjenosti kaznenih djela s obzirom na iskustva drugih država koja pokazuju nemogućnost nadoknađivanja izostanka ispitivanja osumnjičenika kao otkrivačke radnje.

Tijekom prilagodbe na Direktivu 2013/48/EU² i na ranije odluke Europskog suda za ljudska prava (slučaj Salduz),³ pokazalo se da su brojne europske države imale odredbe koje nisu podupirale toliko široka prava osumnjičenika. Na primjer, Francuska i Nizozemska su zabranjivale nazočnost branitelja na samom ispitivanju već se osumnjičenik mogao savjetovati s braniteljem samo prije ispitivanja i to u ograničenom vremenu

* Željko Karas, profesor na Visokoj policijskoj školi

¹ VII. novela Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine, br. 70/17. od 19. srpnja 2017.)

² Direktiva 2013/48/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2013. o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku i u postupku na temelju europskog uhidbenog naloga te o pravu na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima (dalje: Direktiva)

³ Salduz pr. Turske [GC], br. 36391/02, presuda od 27. studenog 2008.

(Hodgson, 2016). Slični primjeri pokazuju da se u velikom broju europskih država prenošenjem Direktive uvodilo nove oblike uređenja policijskog postupanja. Analiza u EU je pokazala da je 18 država članica moralo mijenjati zakonodavstvo s ciljem prenošenja pojedinih pravila Direktive (Soo, 2017: 68), tako da hrvatski sustav nije iznimka.

Zakonske uvjete kao što je obvezno video snimanje svakog ispitivanja nisu uvele niti puno veće države u Europskoj uniji s obzirom da Direktiva ne postavlja taj uvjet. Njemački, austrijski i švicarski kazneni postupak, kao i države koje tradicionalno gravitiraju srednjoeuropskom krugu zakonodavstva, nisu uvele takve oblike. Posebnost hrvatskog uređenja je automatski (američki) model izdvajanja nezakonitih dokaza koji u takvom obliku ne koriste države EU u odnosu na povrede tijekom ispitivanja osumnjičenika (Soo, 2017: 71). O posljedicama propusta u pridržavanju zakonitosti govori čl. 12. st. 2. Direktive u kojem se traži uvažavanje prava obrane i pravičnosti postupka, što je suprotno apsolutnom izdvajanju dokaza.

U Sjedinjenim Američkim Državama koje su bile predvodnica proširenja prava osumnjičenika od prese-dana Miranda⁴ sredinom 20. stoljeća, tonsko snimanje ispitivanja je propisano kao mogućnost u manje od polovice saveznih država, a i tada se snimaju samo ispitivanja za najteža kaznena djela ili ako se očekuje priznanje. Krajem 20. stoljeća su najviši američki sudovi počeli sužavati primjenu pojedinih prava osumnjičenika na ispitivanju (osobito u odnosu na druge dokaze otkrivene nezakonitim ispitivanjem) što je posljedica smanjenja razjašnjenosti kaznenih djela tijekom više desetljeća (Karas, 2015).

2. UČESTALOST ODLUKA O ZAKONITOSTI ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA

Radnja ispitivanja je dugo vremena bila jedna od najčešćih radnji u kriminalističkom radu s obzirom da su personalni dokazi neophodni u kriminalističkom istraživanju. Podaci koji su objedinjavani s ciljem praćenja primjene nakon uvođenja nove radnje pokazuju da se radnja ispitivanja provodi vrlo često.⁵ Iz prikupljenih podataka proizlazi zaključak o poštivanju zakonskih pravila u vrlo velikom opsegu te nisu pronađeni podaci koji bi ukazivali na značajnije propuste u pridržavanju zakonskih pravila. Vrlo velik broj poduzetih radnji bez ikakvih primjedbi na zakonitost pokazuje da se policija prilagodila novom zakonskom uređenju i da u slučajevima očekivanih i pripremljenih djelovanja ne bi trebalo biti posebnih poteškoća u postupanju.

Nije zamijećen veći broj slučajeva pred višim sudovima što također ukazuje na nepostojanje većih poteškoća u zakonitom postupanju policije u provedbi ove radnje. Vrhovni sud je o čl. 208.a ZKP odlučivao u desetak odluka, od čega se većina odnosi na dokaznu radnju prepoznavanja, a pojedini oblici ispitivanja ili razgovaranja su do rujna 2020. godine bili predmet odlučivanja u samo četiri odluke od kojih niti u jednoj nije policijsko postupanje ocijenjeno nezakonitim. Policija ne prikuplja podatke o tome koliko često su video snimke osporavane u kaznenim postupcima, ali je moguće pretpostavljati da nisu uočene neke bitne poteškoće jer bi bilo vidljivo iz sudskih odluka. Ovakvi podaci podupiru tezu o pridržavanju zakonitosti u postupanju policije.

Iako se očekivalo da bi uvođenje video snimanja otklonilo prigovore o nepravilnosti postupanja policije, i nadalje se javljaju pojedini prigovori okrivljenika u kasnijim stadijima. Usprkos video snimanju neki okrivljenici i nadalje podnose žalbe s tezom da je u policiji bilo zlonamjernog prekoračenja ovlasti i propusta, iako su potpisali zapisnik i snimka ne pokazuje nikakve povrede, a njihovi navodi su uz to opovrgnuti i drugim dokazima, primjerice podacima o njihovoj lokaciji.⁶ Takvi primjeri pokazuju da se dio prigovora na postupanje policije podnosi radi pritisaka na istraživanje.

U odnosu na ulogu bivšeg obavijesnog razgovora s osumnjičenikom, Gluščić i Kondor-Langer (2018: 464) su utvrdili da je oko 63% počinitelja u obavijesnom razgovoru iznijelo priznanje ako je postojao i nalaz vještaka u spisu, i u oko 20% ako nije bilo nalaza vještaka. To pokazuje da je obavijesni razgovor bio u određenoj razini važna radnja u otkrivačkom smislu, neovisno o postojanju drugih dokaza. S obzirom da se novim pravilima potpuno mijenja takva mogućnost, ostaje otvoreno pitanje kako će se to dugoročno odražavati na udio razjašnjenosti kaznenih djela.

⁴ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

⁵ Ažurirani podaci Uprave kriminalističke policije će biti prikazani na savjetovanju.

⁶ VSRH, I KŽ-Us 117/2019

3. PRELIMINARNA ANALIZA PRAKSE POLICIJSKIH UPRAVA

3.1. CILJ I METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA PRAKSE POLICIJSKIH JEDINICA

Za potrebe preliminarne analize pojedinih obilježja provedbe radnje ispitivanja osumnjičenika, na Visokoj policijskoj školi je proveden projekt u okviru Strateškog programa znanstvenih istraživanja. U provedbi znanstvenog projekta su sudjelovali policijski službenici (studenti) koji su na području svojih policijskih jedinica analizirali pojedina obilježja provedbe radnje ispitivanja osumnjičenika. Ne radi se o slučajnom ni stratificiranom uzorku ali je uvažena raspodjela po kategorijama policijskih uprava. Podaci nisu reprezentativni za cijelo područje države, ali i u ovakvom obliku mogu ukazivati na pojedina kretanja i pojave koje je potrebno detaljnije istraživati u narednim fazama obuhvatnijeg istraživanja.

U ovom preliminarnom istraživanju je obuhvaćeno ukupno 127 slučajeva radnje ispitivanja osumnjičenika: 20 slučajeva iz PU zagrebačke (Mihaljević, 2018), 40 slučajeva iz PU vukovarsko-srijemske (Deronja, 2019), 30 slučajeva iz PU istarske (Fužinato, 2019), 14 slučajeva iz PU osječko-baranjske (Igreć, 2020) i 23 slučaja iz PU karlovačke (Kolić, 2020). Cilj istraživanja je raščlamba pojedinih obilježja provedbe radnje ispitivanja osumnjičenika i razmatranje okolnosti koje mogu utjecati na razinu pridržavanja zakonskih pravila. Promatrane su varijable trajanja ispitivanja, učestalosti korištenja branitelja, učestalosti iznošenja obrane, odgovaranja na pitanja, postojanje prigovora na radnju, ocjena zakonitosti postupanja te druga povezana obilježja. Prikupljeni podaci su obrađeni deskriptivnim statističkim metodama.

3.2. TRAJANJE ISPITIVANJA I PROSJEČNO VRIJEME

Za utvrđivanje trajanja ispitivanja su promatrane dostupne video snimke ispitivanja (N=37), a nije mogao biti obuhvaćen cijeli uzorak jer pojedine policijske jedinice nemaju primjerak snimke. Analizom je utvrđeno da je oko 45,9% ispitivanja trajalo do 20 minuta, a 40,5% ispitivanja od 21 do 30 minuta. Vrlo maleni udio (nešto više od 8% ispitivanja) je trajalo duže od 30 minuta u ovom manjem uzorku (Kolić, 2020; Igreć, 2020). Ovakvi preliminarni podaci ukazuju da ispitivanje osumnjičenika nije radnja koja se provodi u dugačkom trajanju što je vjerojatno povezano s načinom obrane osumnjičenika. U kratkom trajanju nije moguće primjenjivati složenije taktike ispitivanja s ciljem prikupljanja korisnih podataka. Podaci o ukupno 86% ispitivanja u trajanju do 30 minuta su nešto drugačiji nego podaci koje su Kondor-Langer i Gluščić (2019: 199) dobili na uzorku u kojem je oko 67% ispitivanja trajalo do 30 minuta. Razlika se može objasniti drugačijim uzorkom, drugačijom strukturom kaznenih djela, drugim policijskim jedinicama i prilagodbom osumnjičenika na nova pravila.

Ispitivanje osumnjičenika je najkraće trajalo 9 minuta, a najduže 48 minuta (N=63) (Deronja, 2019; Kolić, 2020). Najkraće ispitivanje je posljedica odbijanja iznošenja obrane i odgovaranja na pitanja, te je otprilike toliko vremena bilo potrebno za provođenje osnovnih formalnosti, upozorenja o pravima i ostalih neophodnih sadržaja. U takvim slučajevima se ne očekuju problemi u pridržavanju zakonskih pravila, ali ispitivanje u takvim slučajevima nije radnja koja pridonosi istraživačkim ciljevima. Nakon nekog vremena će se vjerojatno postaviti pitanje smisla provođenja ovakvih kratkih ispitivanja i potrebe njihovog snimanja, kao što je i u nekim stranim sustavima zabilježeno potpuno izostavljanje radnje ispitivanja u početnim dijelovima prethodnog postupka.

U analizi je promatrano i trajanje slobodnog iskaza osumnjičenika. Preliminarni podaci pokazuju da je slobodan iskaz također bio izražavan u vrlo kratkom trajanju, odnosno najveći dio slobodnog izlaganja je trajao do 5 minuta, a samo oko 10% izlaganja obrane je trajalo duže od 5 minuta (Kolić, 2020). Ovakve rezultate je moguće objasniti i strukturom uzorka u kojem prevladava opći kriminalitet niže razine složenosti, odnosno ne radi se o složenijim kaznenim djelima iz područja gospodarskog kriminaliteta ili korupcije, odnosno težim krvnim deliktima u kojima su osumnjičenici skloniji dugotrajnijem iznošenju obrane.

3.2.1. UTJECAJ POJEDINIH OKOLNOSTI NA TRAJANJE ISPITIVANJA

U odnosu na trajanje ispitivanja, u promatranom prigodnom uzorku se kao najutjecajniji čimbenik pokazala potreba korištenja tumača i u takvom slučaju se trajanje ispitivanja više nego udvostručilo u odnosu na

druga slična kaznena djela. To je ujedno i okolnost radi koje je provedeno najduže ispitivanje, što znači da se nije radilo o nekom posebno složenom slučaju ni o taktici ispitivanja. Pojedine razlike u trajanju ispitivanja ovise i o karakteristikama istražitelja, odnosno o brzini njegovog govora, kao i o brzini govora osumnjičenika. Trajanje ispitivanja osumnjičenika svakako je duže ukoliko je osumnjičenik sklon detaljima u odgovorima. Što se tiče vremena trajanja slobodnog iskaza osumnjičenika, nisu uočene povezanosti između vremena trajanja slobodnog iskaza i učestalosti priznavanja počinjenog kaznenog djela (Kolić, 2020).

3.3. UDIO OBRANE ŠUTNJOM I DRUGI REZULTATI

U odnosu na učestalost obrane šutnjom (nakon faze samostalnog iznošenja obrane), preliminarna analiza predmeta iz raznih PU (N=65) pokazala je da je 70,76% osumnjičenika odgovaralo na pitanja, a 29,23% osumnjičenih se branilo šutnjom (Mihaljević, 2018; Deronja, 2019). Ovakav omjer pokazuje da je dio osumnjičenika vjerojatno odlučio pričekati kasniji postupak i tada eventualno odgovarati na pitanja. Ovakvi podaci su slični drugim istraživanjima (Kondor-Langer, Gluščić, 2019: 198) u čijem uzorku oko 27% osumnjičenika nije iskazivalo.

Uzorci iz pojedinih policijskih uprava su pokazivali određeni udio priznanja (Kolić, 2020), ali iz prikupljenih podataka je bilo otežano izvoditi relevantne zaključke o istraživačkim rezultatima jer u trenutku provođenja ove preliminarne analize nije bilo poznato koliko tih priznanja je doista kasnije potvrđeno ili opovrgnuto. Osumnjičenici koji su odgovarali na pitanja nisu uvijek iznosili podatke koji su korisni ili sukladni drugim podacima iz spisa tako da se iz ovih podataka u trenutku njihovog prikupljanja nije mogao izvlačiti nedvojben zaključak o udjelu priznanja odnosno drugih korisnih izjava. Prema izjavama anketara, cjelovito priznanje počinjenog kaznenog djela su davali samo oni osumnjičenici za koje je već postojalo dovoljno drugih dokaza koji su ukazivali na njihovu uključenost, te su zaključili da bi im za bolji položaj u budućem kaznenom postupku više odgovaralo ako se pokaže da su surađivali s istražiteljima. Takvo ispitivanje je više nalikovalo na očitovanje o postojećim dokazima nego otkrivanje novih okolnosti.

3.4. PONAŠANJE OSUMNJIČENIKA

Pregledom video snimki je utvrđeno da su svi osumnjičenici surađivali u uvodnim dijelovima ispitivanja, odnosno prilikom uzimanja osobnih podataka ili uvodne faze o izricanju zakonskih prava. Osumnjičenici koji su bili nekooperativni, takvo ponašanje su pokazali u dijelu ispitivanja kada je došlo vrijeme iznošenja obrane, odnosno tijekom davanja odgovora na postavljena pitanja (Igreč, 2020). Iskusniji počinitelji koji su već prijavljivani za više kaznenih djela su bili opušteniji na ispitivanju jer im je bila poznata procedura, i uglavnom su se branili šutnjom ako nije bilo drugih čvrstih dokaza.

U odnosu na osumnjičenike koji su odgovarali na pitanja, primijećeno je kako su bili koncentriraniji ako ispitivanje nije trajalo dugo. S obzirom kako u strukturi ispitivanja iskaz slijedi nakon raznih formalnosti te postoji mogućnost da će osumnjičenik izgubiti interes i motivaciju za detaljnosti u iskazivanju, to može dovesti do umanjenog otkrivanja podataka koji su eventualno korisni za kriminalističko istraživanje (Kolić, 2020).

3.4.1. PONAŠANJE NAKON UHIĆENJA

U odnosu na način izbora obrane na ispitivanju, ovisno o tome je li osumnjičenik prethodno uhićen ili nije, preliminarna analiza (N=30, PU istarska) na uzorku u kojem je u 20% slučajeva uhićenih osumnjičenika, pokazuje da je obrana šutnjom bila zastupljena u podjednakim udjelima kao i kod osoba koje nisu bile uhićene prije ispitivanja (Fužinato, 2019).

3.5. NAZOČNOST BRANITELJA

Prema rezultatima iz uzorka (N=70) branitelji su bili prisutni u 14,28% analiziranih slučajeva (Deronja, 2019; Fužinato, 2019). Ovakve podatke je također potrebno tumačiti u odnosu na veliki udio kaznenih djela iz područ-

ja općeg, odnosno imovinskog kriminaliteta čiji počinitelji vjerojatno ne smatraju potrebnim koristiti opsežniju obranu u početnim fazama prethodnog postupka. Osumnjičenici vjerojatno u početnim stadijima ispitivanja smatraju da im nije potrebna pomoć branitelja ili ako će se braniti šutnjom niti ne smatraju da bi branitelj mogao pridonositi njihovim ciljevima. Ovakvi preliminarni podaci ukazuju da branitelj nije osnovno pravno sredstvo koje osumnjičenici koriste za zaštitu svojih prava tijekom ispitivanja. Slične podatke su u istraživanju prikupili Kondor-Langer i Gluščić (2019: 197) u čijem uzorku je branitelj bio nazočan u 18,4% slučajeva.

3.5.1. UTJECAJ BRANITELJA NA NAČIN OBRANE

Niti u jednom slučaju kada je branitelj bio nazočan, osumnjičenici nisu odgovarali na pitanja nego su se branili šutnjom, što ukazuje da će kooperativnost osumnjičenog u iznošenju izjava značajno ovisiti o toj okolnosti (Fužinato, 2019). Prema izjavama anketara, na to vjerojatno utječe i stajalište pojedinih branitelja koji smatraju da bi priznanje njihovog klijenta narušavalo njihov status među budućim potencijalnim klijentima te inzistiraju na nekooperativnosti. Postoji i mogućnost da se radi o strategiji obrane koja je usmjerena na čekanje kasnijih stadija postupka u kojima će eventualno odgovarati na pitanja.

3.5.2. REPRODUKCIJA SNIMKE

Analiza pokazuje da su se osumnjičenici u svim obuhvaćenim slučajevima odrekli prava na reprodukciju snimke ispitivanja, a samo jedan osumnjičenik iz cijelog uzorka je zatražio čitanje zapisnika. To je vjerojatno posljedica percepcije tehničke snimke kao pouzdanog izvora na kojem je detaljno sačuvan tijek radnje. Postoji i mogućnost da se zbog snimanja osumnjičenika prilikom ispitivanja oni osjećaju nelagodno te im je želja čim prije završiti ispitivanje pa ne traže dodatne aktivnosti čitanja ili provjere koje bi produljile trajanje ispitivanja i snimanja (Kolić, 2020).

3.6. PRAVILNOST POSTUPANJA

Niti u jednom od obuhvaćenih primjera nije utvrđeno da su postojali propusti u nekoj od zakonskih formalnosti iz čl. 208.a ZKP o provođenju radnje ispitivanja osumnjičenika niti u drugim povezanim odredbama ZKP-a (čl. 272.-282. ZKP). Niti za jedan slučaj iz uzorka nije bio službeno pokrenut neki oblik provjere ili utvrđivanja propusta temeljem nekog prigovora, bilo na razini sudskih tijela ili internih policijskih tijela za nadzor. Niti pregledom spisa nije utvrđeno da bi u kojem od slučajeva bilo nekih propusta u upućivanju obavijesti o pravima ili drugim osnovnim uvjetima za provođenje radnje. Niti u jednom slučaju osumnjičenici nisu izrazili prigovor na zapisnik o provođenju radnje.

Ovakvi preliminarni podaci ukazuju da policija nema poteškoća u pridržavanju zakonskih pravila o ispitivanju. Pritom je potrebno uvažavati da je uzorak u ovom istraživanju sastavljen od slučajeva koji spadaju u planirano uredsko postupanje u kojem se najčešće ne javljaju stručne dvojbe o postojanju sumnje. Nejasnoće su u većoj mjeri moguće ne s ciljem namjerne povrede nekih prava osumnjičenika, nego ako se jave situacije u kojima je sa stručne strane otežano procijeniti radi li se o osumnjičeniku ili osoba možda ima neki drugačiji status.

3.7. UTJECAJ OBILJEŽJA ISTRAŽITELJA

Obilježja policijskih službenika koji provode ispitivanja nisu utjecala na pojedine varijable niti na ishod ispitivanja. Iz dostupnih podataka se ne može zaključiti da su neki istražitelji bili uspješniji u dobivanju korisnih izjava osumnjičenika niti da su njihova obilježja utjecala na pojedine taktike obrane osumnjičenika (Deronja, 2019). Iz navedenog slijedi preliminarna teza da su u uvjetima detaljno normiranog ispitivanja umanjene mogućnosti izražavanja nekih specifičnih taktika ispitivanja, već je moguće samo promatrati uspješnost u pridržavanju formalnosti. Ovu preliminarnu tezu je potrebno detaljnije istražiti na širem uzorku.

3.8. UMNAŽANJE SNIMAKA

U odnosu na snimke ispitivanja, neke ustrojstvene jedinice izrađuju po tri primjerka snimke,⁷ dok neke rade i dodatni četvrti primjerak na još jednom mediju. Po jedan primjerak se dostavlja državnom odvjetništvu, sucu istrage, osumnjičeniku, a četvrti primjerak se stavlja u arhivu policijske jedinice za eventualne daljnje potrebe i pregledavanje. Neke policijske jedinice koje nisu izrađivale četvrti primjerak nisu imale mogućnost naknadne provjere sadržaja razgovora bez obraćanja drugim tijelima i traženja njihovog primjerka snimke (Mihaljević, 2018). U zakonskim i podzakonskim pravilima nije propisana obveza da se jedan primjerak snimke ispitivanja zadrži u spisu predmeta policije. Sadržaj iskaza osumnjičenika se od uvođenja snimanja više uopće ne navodi u zapisniku o ispitivanju osumnjičenika, nego ostaje samo zabilježen na snimci, tako snimka postaje glavni izvor o sadržaju radnje.

3.8.1. POTEŠKOĆE U IZRADI PRIJEPISA

Kao posljedica izostanka navođenja sadržaja ispitivanja u zapisniku, policija i druga tijela koja sudjeluju u kasnijim fazama postupka mogu imati poteškoća u brzom uvidu u sadržaj iskaza. S obzirom da je u spisu priložena snimka, jedini pouzdani način je slušanje cijele snimke s ciljem utvrđivanja sadržaja. Čini se da je radi toga u jednoj od verzija kasnijih izmjena ZKP-a bilo predviđeno da bi zbog nedostatka izjava u zapisniku bilo potrebno za svako policijsko ispitivanje ujedno izraditi i prijepis snimke ispitivanja. U čl. 80. ZIDZKP je u proceduri između dva čitanja u Saboru s tim ciljem predložena potpuno nova odredba u čl. 275. st. 7. ZKP-a s ciljem obligatorne izrade prijepisa snimke ispitivanja, ali do glasovanja ta odredba ipak nije zadržana u tekstu nacрта.

Izrada prijepisa traje oko 3-4 puta duže od trajanja same snimke, prema iskustvima izvjezbanih daktilografa koji imaju potrebnu opremu. Za potrebe ove preliminarne analize je provedeno pokusno istraživanje na prigodnom uzorku (N=20) viših policijskih službenika iz raznih jedinica policije. U analizi su radili prijepis snimke ispitivanja osumnjičenika koja je trajala 11 minuta. Za izradu prijepisa im je bilo potrebno prosječno oko 59,30 minuta, što znači da im je trebalo 5,34 puta više vremena od trajanja snimke. Najkraće trajanje izrade prijepisa je bilo 28 minuta, a u tri slučaja službenici u ovom pokusu nisu uspjeli dovršiti cijeli prijepis u raspoloživom vremenu od 60 minuta. Najduži omjer trajanja izrade prijepisa je bilo 48 minuta prepisivanja za 5 minuta snimke ispitivanja.

Najveći utjecaj na dugo trajanje izrade prijepisa ima učestalo premotavanje nejasnih dijelova razgovora. Iz ovakvih preliminaranih podataka proizlazi da bi ovakva obveza policiji uz već postojeće velike troškove uvođenja opreme za snimanje predstavljala dodatno opterećenje, iako je iz podataka vidljivo da većina ispitivanja nije rezultirala nekim korisnim podacima za kriminalističko istraživanje. Osim tih razloga, prema gledištima sudske prakse, na transkriptima se ionako ne može temeljiti sudska odluka.⁸

4. POJAM OSUMNJIČENIKA I OSNOVE SUMNJE

4.1. DEFINICIJA OSUMNJIČENIKA I OSNOVE SUMNJE NA KAZNENO DJELO

Za primjenu odredbe o ispitivanju osumnjičenika je bitno prepoznavanje trenutka od kojeg neka osoba postaje osumnjičenik i potrebno je razjasniti koje je to kazneno djelo u odnosu na koje se pokazala sumnja. Status osumnjičenika u formalnom smislu se može stjecati nekim radnjama poduzetima protiv određene osobe, a u materijalnom smislu na temelju određene količine podataka koja ukazuje na vjerojatnost počinjenja kaznenog djela (čl. 202. st. 2. toč. 1. ZKP).⁹ Policija ne donosi neki poseban akt kojim se stječe status osumnjičenika jer su u prvim fazama istraživanja okolnosti vrlo promjenjive. Najviše poteškoća može nastati kod

⁷ Čl. 4. st. 2. Pravilnika o snimanju dokazne ili druge radnje u prethodnom i kaznenom postupku

⁸ VSRH, I Kž 368/2015

⁹ Čl. 202. st. 2. toč. 1. ZKP – „osumnjičenik je osoba u odnosu na koju postoje *osnove sumnje* da je počinila kazneno djelo i protiv koje policija ili državno odvjetništvo poduzimaju radnje radi razjašnjenja te sumnje“

primjene materijalnog pojma osumnjičenika, odnosno određivanja postoji li protiv osobe osnova sumnja koja se u sudskoj praksi najčešće definira kao najniža razina vjerojatnosti o počinjenju kaznenog djela (Karas, 2011). Nedostatak sudskih tumačenja o materijalnom pojmu osumnjičenika i drugi autori smatraju ključnom poteškoćom u procjeni ove radnje (Novokmet, Vinković, 2018: 436).

Direktiva koristi formalnu definiciju osumnjičenika koja se temelji na stjecanju statusa od trenutka službenog obavještanja osobe,¹⁰ ali ne određuje materijalni pojam osumnjičenika prije takvih formalnosti. Tijekom kriminalističkog istraživanja su moguće promjene u raznim pravcima istraživanja, pa tako i u smjeru prestanka statusa osumnjičenika (npr. nakon neuspješnog prepoznavanja), a situacija se tijekom istraživanja ponekad može i višestruko mijenjati (primjeri u Karas, 2013: 225-227).

Utvrdjivanje statusa osumnjičenika i primjena pravila iz čl. 208.a ZKP najčešće nije problematična u pripremljenim situacijama u kojima je unaprijed poznato da je određena osoba postala osumnjičena. Međutim, problemi se mogu javiti u situacijama u kojima je otežano procijeniti radi li se o osumnjičeniku u materijalnom smislu, odnosno postoji li dovoljno podataka koji ukazuju na kazneno djelo. U početnim fazama kriminalističkog istraživanja su moguće razne varijante koje uključuju i sporne situacije s oskudnim i neodređenim podacima. S druge strane, ponekad je već od prvih faza poznato o kojem događaju se radi, i u takvim slučajevima također može biti jasno koja je uloga pojedine osobe i na koji način je potrebno s njom razgovarati.

Stanje može biti jednostavnije u završnim fazama kriminalističkog istraživanja ako se ispitivanje provodi nakon što su već provedene sve druge dokazne ili izvidne radnje te su prikupljeni podaci koji uz visok stupanj vjerojatnosti ukazuju na konkretnog osumnjičenika. Takve situacije su vrlo rijetke na početku istraživanja osim ako postoji više pouzdanih izvora o počinitelju. Takva situacija je ponekad moguća i ako se već dolaskom na mjesto događaja uočavaju neka specifična obilježja koja upućuju na počinitelja, npr. po držanju određenog oružja, tragovima na odjeći i slično.

4.2. NEKE SITUACIJE BEZ SUMNJE O KAZNENOM DJELU

4.2.1. TERENSKI RAZGOVORI POVODOM NEODREĐENIH DOJAVA GRAĐANA

Problemi u primjeni materijalnog pojma osumnjičenika se mogu osobito pojaviti u terenskim postupanjima u ranim fazama kriminalističkog istraživanja ako su početne informacije o događaju nejasne ili su upitne vjerodostojnosti, te iz njih ne proizlazi sumnja na neko konkretno kazneno djelo ili na konkretiziranu osobu. U takvim slučajevima kada nije poznato koji je status pojedinih osoba ili uopće nije moguće kvalificirati događaj zbog premalo podataka, nije moguće primjenjivati čl. 208.a ZKP. Policijski službenici radi nepredvidljivosti situacije tek provode prve provjere na mjestu događaja, a ako im nije poznato radi li se uopće o kaznenom djelu, prekršaju ili o nekom drugom događaju, u toj fazi još ne može postojati niti osumnjičenik. U ovakvim situacijama je kratki obavijesni razgovor prva radnja koja se provodi s osobama zatečenima na mjestu događaja. Dojave građana su vrlo česte i policija svakodnevno postupa u raznim situacijama tako da se radi o vrlo velikom opsegu od kojih se za velik dio pokaže da nema nikakvih osnova za daljnje postupanje.

Primjer 1: Policija je došla na mjesto događaja povodom dojave susjeda o buci u susjednom stanu. U trenutku dolaska do stana, policiji nije bilo poznato radi li se o tučnjavi, pokušaju ubojstva ili samo o glasnoj proslavi. Stanar je nakon kucanja policije dobrovoljno pustio službenike u stan, te su zamijetili više osoba ali u to vrijeme zatečene osobe nisu mogle biti osumnjičene, niti se istraživalo neko njihovo kazneno djelo. Policijski službenici su pitali što se događa i odakle dolazi buka. Takvim pitanjem još nije započelo ispitivanje o nekom kaznenom djelu, a tek nakon što je policijski službenik pregledao stan s ciljem sigurnosne provjere tko se nalazi u drugim sobama, tamo je slučajno pronađena osoba koja je rekla da su joj stanari oduzeli slobodu kretanja. Postavlja se pitanje ima li osnove za zaključak da bi pronađenu žrtvu trebalo smatrati nezakonitim dokazom po teoriji plodova otrovne voćke?

Činjenična situacija na početku istraživanja je bila neodređena te je omogućavala razne pretpostavke o događaju i to je bitno drugačije nego situacija u formalnom kaznenom postupku prije čijeg započinjanja su

¹⁰ Čl. 2. st. 1. Direktive – „od trenutka kada su im nadležna tijela države članice, putem službene obavijesti ili na drugi način, ukazala na to da su osumnjičeni ili optuženi za počinjenje kaznenog djela“

već provjerene sve činjenice, a postupak se pokreće samo protiv točno određene osobe. Tijekom početnog policijskog postupanja bit će potrebno prikupljati razne obavijesti i provjeravati velik broj verzija da bi se došlo do konkretnog osumnjičenika, odnosno situacija najčešće nema takvu razinu izvjesnosti da bi policija odmah na početku nedvojbeno znala o kojem osumnjičeniku se radi. Na početku postupanja se provjeravaju brojne verzije kako bi istraživanje bilo čim objektivnije.

Na početku istraživanja često ne postoji konkretna osoba koja ima status osumnjičenika jer još niti nije provjereno je li uopće počinjeno kazneno djelo, te niti hipotetički ne bi moglo biti provedeno ispitivanje osumnjičenika po ZKP-u. U kriminalističkoj praksi postoje primjeri dojava o razbojništvima, otmicama ili čak ubojstvima koje su se nakon prvih provjera pokazale lažnima. Velika razlika u odnosu na kriminalističko istraživanje je što mjere prvog zahvata provode službenici u odori koji najčešće nisu uključeni u kriminalističke radnje nego im je cilj samo provjeriti prve navode i ako utvrde da postoji osnova, nakon toga javljaju kriminalističkim službenicima (slično organizaciji liječničke kada opća praksa načelno provjerava dijagnozu, a specijalisti provode detaljnije pretrage i potom odrede točnu dijagnozu). Radi takvog načina rada se prirodno mogu javljati situacije koje su različiti policijski službenici drugačije procijenili.

Primjer 2: Policija je primila dojavu jednog građana da mu se nije javio susjed iako su imali dogovor, te da mu se možda nešto dogodilo. Na mjesto dojava u maleno selo je upućen policijski službenik koji je nakon ulaska u kuću tog susjeda zatekao mladića koji je mirno gledao televiziju. Policijski službenik ga je pitao je li sve u redu i da li se što dogodilo, na što mu je on neobičnim tonom rekao da je ubio roditelje. Način njegovog izražavanja i neobično smiren ton je nalikovao na cinično podrugivanje policiji i nije se činilo vjerodostojno. Radi toga ga je policijski službenik ponovno pitao što se dogodilo, da bi ga ovaj uputio neka pogleda u susjednu sobu. Tamo je policijski službenik uočio dva leša s reznim ranama po vratu koje isključuju nesretni slučaj.

Navedena pitanja nakon dolaska policije na mjesto dojava ne bi trebalo smatrati ispitivanjem osumnjičenika prema ZKP-u. Niti jedna činjenica na početku razgovora nije upućivala da je navedeni mladić u tom trenutku ima status osumnjičenika u materijalnom smislu, s obzirom da uopće nije bilo poznato da li se dogodilo ikakvo kazneno djelo. Ako bi policija nakon svake ovakve dojava odmah sumnjčila osobu, postupanje policije bi građani smatrali previše represivnim i to bi utjecalo na suradnju s policijom u brojnim drugim poslovima. Mogla su postojati razna druga opravdanja. Možda su ukućani otišli na neki iznenadni posao, možda su odlučili ne komunicirati sa susjedom i slično. Osim navedenih razloga, pronađeni leševi bi u slučaju nezakonitog ispitivanja predstavljali nezakonito otkrivene dokaze prema teoriji o plodovima otrovne voćke, što je u velikom nerazmjeru s težinom eventualne procesne povrede.

Pred višim sudovima će najvjerojatnije češće biti zastupljeni ovakvi sporni slučajevi u kojima se ne radi o namjernom izbjegavanju primjene zakonskih pravila nego o spornim situacijama definiranja materijalnog pojma osumnjičenika, što ponekad može biti dio stručnih dvojbi ovisno o okolnostima slučaja. Preliminarni razgovor u slučajevima u kojima „osumnjičenik ili optužena osoba još nije identificirana“ prema Direktivi je izuzet od primjene pravila o ispitivanju (toč. 20. uvodnih izjava Direktive). Takvo uređenje u Direktivi ukazuje na razumijevanje situacije da je na početku radnje nepredvidljiv rezultat izjava pojedine osobe i da se njen status može mijenjati ovisno o izjavama.¹¹ Nepredvidljivost je i inače veliki problem za razne aspekte kao što je sigurnost policijskih službenika, jer često iz početne dojava nisu poznati podaci koji bi primjerice ukazivali da se na mjestu događaja nalazi opasan počinitelj koji će napasti službenike.

4.2.2. RAZGOVORI TIJEKOM POLICIJSKIH OVLASTI

Policija provodi razne samostalne aktivnosti ne čekajući dojava građana, nego postupajući s ciljem preventivnog djelovanja, te ponekad samostalno prikuplja podatke koji mogu ukazivati na sumnju. U takvim aktivnostima često ne postoji prethodna sumnja na neko konkretno kazneno djelo niti osobu, nego je djelovanje usmjereno na mjesta ili događanja koja su procijenjena kao moguća žarišta sigurnosno negativnih pojava. Kod svake radnje na terenu koja može biti povezana s takvim preventivnim radnjama, primjerice ako je provedeno zaustavljanje u prometu ili provjera istovjetnosti osoba (legitimiranje), policija kratko

¹¹ Čl. 2. st. 3. Direktive – „primjenjuje se na osobe koje nisu osumnjičenici ili optužene osobe, a koje tijekom ispitivanja policije ili drugog tijela odgovornog za provedbu zakona, postanu osumnjičenicima“ (naglašavanje dodano)

porazgovara s osobama. Ne radi se o formalnom provođenju radnje prikupljanja obavijesti nego o govornoj komunikaciji kao sastavnom dijelu provedbe većine policijskih ovlasti. Tijekom poduzimanja radnji prema odredbama ZPPO-a¹² je potrebno predstaviti se, provjeriti istovjetnost osobe, kratko popričati s osobama i slično (čl. 2., čl. 39. i dr. PNPPS).¹³ Osim toga, održavanje suradnje s građanima je nužno radi razvoja povjerenja i pretpostavlja razgovore o raznim nevezanim okolnostima kako bi se ostvario kvalitetan odnos koji je neophodan za održavanje sigurnosti zajednice. Kod takvih oblika razgovora postoje iznimno malene vjerojatnosti iznošenja nekih izjava za koje se može neočekivano pokazati da mogu poslužiti utvrđivanju počinitelja.

Primjer 3: Policijski službenik je zaustavio vozilo u prometu koje je zapazio u prekršaju i raspitao se o posjedovanju prometnih isprava i prometne opreme. Vozač je radi uvida u opremu dobrovoljno otvorio prtljažnik. Vozač nije bio osumnjičen, niti se uopće istraživalo neko konkretno kazneno djelo. Nakon što je u prtljažniku policijski službenik pregledao opremu potrebnu za sudjelovanje u prometu, primijetio je nezavisanu vreću punu neobične tvari i pitao vozača o čemu se radi i čija je vreća. Vozač je rekao da je njegova, ali da nije ništa posebno unutra. Policijski službenik je pogledao u vreću i nakon što je zaključio da tvar nalikuje na opojnu drogu, oduzeo je vreću i daljnje postupanje su preuzeli službenici kriminalističke policije koji su kasnije proveli formalno ispitivanje osumnjičenika.

Nemoguće bi bilo izricati osnove sumnje i obavijesti o pravima ako još ne postoje konkretni podaci na kojima bi se ta sumnja uopće mogla bazirati kao u navedenom primjeru, poput slučajeva neočekivanog pronalaska tvari nalik na drogu tijekom legitimiranja,¹⁴ odnosno pronalaska sumnjive tvari u vozilu u kojem je zaustavljena osoba.¹⁵ U ovakvom početnom postupanju najčešće nisu bili dostupni podaci temeljem kojih bi bilo moguće prije početka radnje postupati kao da se radi o ispitivanju osumnjičenika. Radi se o prvim razgovorima s određenom osobom, odnosno prema njima nisu prethodno poduzimane neke radnje iz kojih bi bili poznati drugi podaci (npr. posebne dokazne radnje). Rutinske radnje imaju vrlo veliku učestalost i svakodnevno se poduzimaju, a mogućnosti za pojavu takvih izjava o kaznenim djelima su iznimno malene, te ne bi bilo opravdano nametati neka posebna upozorenja koja bi kod velike većine građana imala negativan dojam. Kada bi policijski službenik iz prethodnog primjera svaki put kada zaustavlja građane njih odmah upozorio da su osumnjičeni samo zato da bi iz predostrožnosti bio spreman ako eventualno nešto slučajno pronađe, takvo djelovanje ne bi bilo opravdano, a građanima bi ostavljalo dojam prevelike represije.

Ovakvi oblici bi također mogli spadati u preliminarne razgovore na koje se prema Direktivi ne primjenjuju pravila o ispitivanju osumnjičenika. Radi se o razgovorima po čl. 36. ZPPO (čl. 40. PNPPS), odnosno o komunikaciji koja je sastavni dio početka postupanja. Direktiva izričito navodi da razgovori tijekom pojedinih policijskih ovlasti kao što su „identificiranje dotične osobe, provjera posjedovanja oružja ili druga slična sigurnosna pitanja“ odnosno razgovori „tijekom prometne kontrole ili tijekom redovitih nasumičnih provjera“ ne spadaju u definiciju ispitivanja (toč. 20. uvodnih izjava Direktive).

Druga okolnost koja ima veliki utjecaj je što ovakva postupanja najčešće provode policijski službenici u odori koji nisu opsežnije uključeni u kriminalistička istraživanja, nego najveći dio vremena provode poslove vezane uz prekršaje ili održavanje reda i mira. Specifično pitanje povlače i posebne dokazne radnje tijekom čijeg provođenja se zbog prirode prikrivenosti ne može osobu obavještavati o njenom statusu iako je osumnjičena, ali se u pravilu niti ne provode otvorene radnje poput obavijesnog razgovora. Takvo pitanje bi se moglo postavljati i u odnosu na prikrivene policijske radnje (npr. klopka po čl. 80. ZPPO) koje se provode uz znatno manji intenzitet zahvata u temeljna prava.

¹² Zakon o policijskim poslovima i ovlastima, Narodne novine br. 76/09., 92/14. (dalje: ZPPO)

¹³ Pravilnik o načinu postupanja policijskih službenika, Narodne novine br. 89/10., 76/15. (dalje: PNPPS)

¹⁴ „osnova sumnje na počinjenje kaznenog djela ... pojavila u trenutku kada je okrivljenik, nakon legitimiranja, djelatnicima policije predao PVC vrećicu sa sadržajem smeđe grumenasto-praškaste materije karakterističnog izgleda za drogu“ ... „postupali sukladno odredbama članaka 208. i 208.a ZKP/08., jer su, prema stanju spisa, prekinuli s prikupljanjem obavijesti od okrivljenika u trenutku kada su se pojavile osnove sumnje da je počinio kazneno djelo“, VSRH, I KŽ 161/2019 (naglašavanje dodano)

¹⁵ „zatečen i legitimiran ... koji je iz unutrašnjosti osobnog automobila izručio određeni sadržaj za koji su policijski službenici, izgledom i mirisom, ocijenili da se radi o drogi marihuani. Dakle, u tom trenutku formirana je osnova sumnje na učin kaznenog djela“, VSRH, I KŽ 716/2018 (naglašavanje dodano)

4.2.3. KRIMINALISTIČKO ISTRAŽIVANJE BEZ KONKRETNOG OSUMNJIČENIKA

U nekim kriminalističkim istraživanjima se uslijed širokih verzija provode razgovori s velikim brojem osoba, ali nitko od njih nije konkretno osumnjičen. Ponekad je potrebno razgovarati s okolnim stanarima, ukućanima, građanima koji su mogli biti na pravcu udaljavanja ili dolaska počinitelja, osobama koje su viđene u blizini i slično. Takve osobe imaju status običnih građana (čl. 36. ZPPO) i policija pokušava doći do korisnih podataka o izgledu počinitelja, načinu bijega, vrsti vozila, navikama žrtve i sličnim pojedinostima.

Osim osoba u okolini mjesta događaja, policija uobičajeno razgovara i s osobama koje bi mogle imati motiv, koje su već ranije koristile sličan način počinjenja, koje imaju stručnost u primjeni određenih sredstava, koje su nedavno osuđene za takva djela i slično. Možda se tijekom započetog razgovora uoči neko neobično ponašanje osobe ili reagiranje na pojedina pitanja odnosno kontradiktornosti koje ukazuju da osoba ne govori istinu, što međutim ne znači da se radi o osumnjičeniku u materijalnom smislu nego osoba možda ima neke druge razloge za takvo stanje. U toj fazi osobe nisu osumnjičene nego se radi o običnim razgovorima s ciljem provjere alibija i sličnih okolnosti. Tijekom obavijesnog razgovora na koji je osoba pozvana u svojstvu građanina može se javiti sumnja na temelju njenih izjava i tek tada stječe materijalni pojam osumnjičenika i trebalo bi provesti sve formalnosti.¹⁶

Prema sudskoj praksi, ako se tijekom razgovora prikupe obavijesti koje ukazuju na mogućnost promjene statusa osobe tijekom razgovora iz potencijalnog svjedoka u osumnjičenika, ne znači da je dotadašnji tijek razgovora prije utemeljenja materijalnog statusa osumnjičenika bio nezakonit.¹⁷ Problem je što ponekad i sami osumnjičenici štiteći suradnike uklanjaju s njih sumnju, te s njima policija razgovara u okviru običnog obavijesnog razgovora. Primjer je skrivanje droge kod suradnika, ali je osumnjičenik iskazivao da ta osoba uopće nije bila uključena u počinjenje, te je čak suradnik samoinicijativno predao drogu policiji s opravdanjem da ju je netko nepoznat bacio preko ograde na njegovo dvorište.¹⁸ Tek kasnije tijekom razgovora je otkriveno da je i on uključen u počinjenje te je tada moglo započeti ispitivanje prema čl. 208.a ZKP jer ranije nije bio osumnjičenik u materijalnom smislu.

Kriminalističko istraživanje obuhvaća, između ostalog, provjeravanje osoba koje su ranije koristile sličan način počinjenja ili se po nekom drugom obilježju uklapaju u kazneno djelo (recidivisti). Znanstveni podaci su pokazali da manji dio populacije čini većinu kaznenih djela. Radi toga je usmjerenost na recidiviste uobičajena taktika kriminalističkog rada u svim kriminalističkim sustavima. Takva osoba može biti pozvana kao građanin radi davanja obavijesti, i ako se tijekom razgovora pokaže da je uključena u kazneno djelo, tada dobiva status osumnjičenika u materijalnom smislu i tek je tada potrebno prekinuti obavijesni razgovor i započeti s radnjom ispitivanja prema čl. 208.a ZKP.

Direktiva predviđa mogućnosti da se pojedini oblici prikupljanja obavijesti ne smatraju radnjom ispitivanja osumnjičenika, a pojašnjava i razliku između pojedinih oblika razgovora, odnosno „ispitivanje ne uključuje preliminarno ispitivanje policije ili drugog tijela odgovornog za provedbu zakona“ i u njih svrstava situacije „ako osumnjičenik ili optužena osoba još nije identificirana“, a takvo stanje može postojati u slučaju kada još nije poznato je li osoba uopće osumnjičena u materijalnom smislu (toč. 20. uvodnih izjava Direktive).

4.2.4. OGRANIČEN KRUG OSOBA KAO MOGUĆI OSUMNJIČENICI

Ponekad postoje situacije u kojima je na mjestu događaja bilo nazočno više osoba i počinitelj je nužno netko od njih, ali je pitanje treba li se sve nazočne ujedno smatrati osumnjičenicima u materijalnom smislu. Ako protiv pojedine od nazočnih osoba ne postoje neki konkretni dokazi, koji bi upravo na nju ukazivali s većom vjerojatnošću nego na ostale, upitno je što bi policija mogla reći koje to osnove sumnje postoje. Obavijesni razgovor se prema ovakvim osobama provodi prema čl. 208. ZKP ako je potvrđeno kazneno djelo, ili po čl. 36. ZPPO (čl. 40. PNPPS) ako još nije utvrđeno radi li se uopće o kaznenom djelu (npr. nestanak stvari, lažna prijava i slično). Direktiva je uvažila da postoji mogućnost da se neku osobu tretira kao svjedoka, a ka-

¹⁶ VSRH, I Kž-Us 117/2019

¹⁷ Slično u odnosu na ispitivanje svjedoka: VSRH, I Kž-Us 88/18

¹⁸ „tek ako se tijekom prikupljanja obavijesti *pojave osnove sumnje* da je ta osoba počinila ili sudjelovala u počinjenju kaznenog djela, prekinut će se prikupljanje obavijesti i postupiti prema odredbama 208.a“, VSRH, I Kž 168/2018 (naglašavanje dodano)

sniji podaci mogu ukazivati da je osoba ustvari počinitelj kada piše „osoba koja nije osumnjičenik ili optužena osoba, poput svjedoka, postane osumnjičenikom ili optuženom osobom, ta bi osoba trebala biti zaštićena od samooptuživanja i imati pravo na šutnju“ (toč. 21. uvodnih izjava Direktive).

Primjer 4: Jedna djevojka je kod kuće organizirala zabavu za dvadesetak prijatelja. Na zabavi su bile samo njoj poznate osobe. Ujutro je njen otac, vlasnik zlatarske obrtničke radnje, prijavio da je ukraden vrijedan nakit iz drugog dijela kuće. Kazneno djelo je mogao počinuti samo netko od nazočnih na zabavi. Nije bilo indicija koji bi upućivali na neku konkretnu osobu, te je sporno je li sve sudionike potrebno ispitivati kao osumnjičenike. Upozoravanje svih nazočnih da protiv njih postoje osnove sumnje ne bi bilo izvedivo jer policija ne bi mogla izraziti koje su to konkretne i specifične osnove protiv neke konkretne osobe.

Slično je i u situaciji ograničenog broja osoba na tribini s koje je netko počinio kažnjivu radnju tijekom športskog natjecanja. I tu također veći broj osoba ulazi u krug mogućih osumnjičenika, ali ako nema konkretnih podataka, nitko nije konkretno osumnjičen u materijalnom smislu.

5. NEKI OBLICI GOVORNOG IZRAŽAVANJA KOJI NE SPADAJU U ISPITIVANJE

5.1. SAMOINICIJATIVNO IZNOŠENJE IZJAVA

U zakonskim ni podzakonskim propisima nije navedena definicija radnje ispitivanja iz koje bi se moglo odrediti koje vrste govornog izražavanja predstavljaju tu radnju s obzirom da ne spadaju svi oblici verbalne komunikacije u ispitivanje. Definicija ispitivanja za potrebe ovog rada je radnja policije kojom sustavno postavljaju pitanja osobi s ciljem istraživanja kaznenog djela za koje je osumnjičena (prema uzoru na definicije nastale nakon višedesetljetne primjene u poredbenom pravu). Od ispitivanja bi bilo moguće razlikovati druge oblike govorne komunikacije koji se razlikuju po subjektu koji pokreće aktivnost izražavanja, po cilju pitanja i po razini sumnje. Prvo obilježje je da je ispitivanje radnja u kojoj djelatnost istraživanja aktivno provode policijski službenici, odnosno provode aktivnosti postavljanja pitanja. Ako bi neka osoba samoinicijativno iznosila neke izjave iako ju nitko nije to tražio, tada policija nije subjekt koji je postavljao pitanje odnosno tražio izjave.

Samoinicijativno govorno izražavanje osobe koja nepozvana pristupi u policiju je slično kao da je osoba napisala priznanje pa ga poslala poštom ili snimila priznanje na video snimku ili drugim sličnim sredstvom u čijoj izradi uopće nije sudjelovala policija. U kriminalističkoj praksi su poznati neki slučajevi tzv. spontanih izjava počinitelja, odnosno samoprijavlivanja kao posljedica grižnje savjesti.

Primjer 5: Više mladih osoba je sudjelovalo u sukobu na javnom mjestu kao posljedica podjela u navijačkoj udruzi. Policija ih je nakon dolaska na mjesto događaja razdvojila i privela u više vozila kako se ne bi međusobno dogovarali prije ispitivanja. Tijekom prijevoza u službenom vozilu policije, jedan od privedenih se samoinicijativno uslijed uzbuđenja počeo opravdavati policajcima za napad nožem tijekom tučnjave i otkrio gdje je bacio sredstvo počinjenja. Policijski službenici koji su ga prevozili uopće nisu bili upoznati kakvu je ulogu ta osoba imala tijekom sukoba.

Izjava nije nastala kao rezultat njihove aktivnosti ispitivanja, nego je rezultat samoinicijativne dobrovoljne odluke osobe, te nisu vidljivi razlozi da bi trebalo primijeniti teoriju o plodovima otrovne voćke u odnosu na otkriveno sredstvo počinjenja koje je naknadno pronađeno na temelju ove spontane izjave.

Primjer 6: Osoba pod teretom savjesti je samoinicijativno došla u policijsku postaju i priznala dežurnom policijskom službeniku počinjenje kaznenog djela. Taj policijski službenik je zaprimio osobu i prosljedio ju kolegama koji rade na kriminalističkim poslovima. Za to vrijeme niti policijski službenici na kriminalističkim poslovima nisu znali da je počinjeno ubojstvo, nego je slučaj u to vrijeme bio kvalificiran kao nestanak osobe. Službenik na zaprimanju prijava ga niti hipotetički nije mogao upozoriti o nekim pravima jer se događaj uopće nije vodio kao kazneno djelo. Aktivnost samoprijave je bila njegova vlastita odluka i nije bila rezultat aktivnosti postavljanja pitanja policijskog službenika. Nakon što su prema detaljnosti njegovih navoda mogli zaključiti da su mu poznate okolnosti koje ukazuju da je prijava vjerodostojna, postao je osumnjičenik u materijalnom smislu, i od tada je potrebno provoditi formalnu radnju ispitivanja.

Aktivnost policije u odnosu na prikazane neočekivane izjave osoba su se sastojale od pasivnog slušanja. Ako se promatra kakva je bila aktivnost policijskih službenika u odnosu na iniciranje tih izjava, oni nisu pozivali osobe, nisu ih smatrali osumnjičenicima niti im je bilo poznato da se uopće dogodilo kazneno djelo. Službenici kojima počinitelji najčešće izjavljuju takve neočekivane samoprijave najčešće nisu policijski službenici koji su uključeni u konkretno istraživanje, nego samo rade poslove vezane uz zaprimanje dojava, privođenje osoba ili slične poslove, te oni nemaju podatke iz spisa da bi uopće mogli procijeniti radi li se o osumnjičeniku.

Da je takva osoba samostalno došla u policijsku postaju i predala neki dokaz, te pritom izrekla i neke samoinkriminirajuće izjave, obje vrste dokaza je moguće promatrati prema sličnim kriterijima u odnosu na subjekta koji je pokretač radnje. Naime, kao što policija nije provodila aktivnosti prema osobi da bi došla do inicijalnih izjava, jednako tako nije provodila niti aktivnosti koje bi dovodile do navedenih materijalnih dokaza, nego ih je osoba samoinicijativno predala. Dakle, argumenti ukazuju da se u ovakvom hipotetičkom slučaju ne radi o ispitivanju i pretrazi, nego bi to bilo dobrovoljna predaja predmeta i dobrovoljno samoprijavlivanje. Izjave su u istoj mjeri dio osobnog izražavanja vlastitih stavova, kao što to može biti predaja dokaza.

U nekim slučajevima počinitelji čine teška kaznena djela zbog trenutnog intenzivnog emotivnog stanja, bez racionalnog razmatranja posljedica. Takvi počinitelji nakon nekog vremena i smirivanja emotivnih stanja shvaćaju svoje radnje i zbog osjećaja krivnje kontaktiraju policiju. Za ovakve početne samoinicijativne izjave koje ne predstavljaju radnju ispitivanja prema osumnjičeniku, više argumenata upućuje da ne postoji potreba niti mogućnost primjenjivati zakonske formalnosti kao za ispitivanje. Sudska praksa uvažava samoprijavlivanje kao olakotnu okolnost, što ne bi bilo moguće kada bi taj dio govornog komuniciranja smatrali ispitivanjem, a provedeno je bez prethodnih upozorenja o pravima i video snimanja. Ovakve izjave u Direktivi nisu izričito navedene jer u komparativnom pravu država čiji su predstavnici predložili uvođenje ovih odredbi, odavno postoji razlikovanje ispitivanja od samoinicijativnih izjava građana.

5.2. RAZGOVOR RADI PRUŽANJA POMOĆI

Postoje razni događaji u kojima je cilj policije održavati sigurnost ili uklanjati opasnost postupanjem na temelju policijskog zakonodavstva, i tada nije cilj primarno istraživati kaznena djela, nego rješavati sigurnosne probleme. U takvim slučajevima policija postavlja pitanja osobi, ali ne s ciljem utvrđivanja ili razjašnjavanja sumnje, nego primjerice radi mjera spašavanja. Direktiva ističe da ne spadaju u definiciju ispitivanja oni razgovori koji se odnose na „druga slična sigurnosna pitanja“ (toč. 20. uvodnih izjava Direktive), a prema našem zakonodavstvu takve radnje je moguće provoditi prema čl. 23. st. 1. toč. 2. ZPPO kada policija prikuplja podatke o osobama kojima prijeti opasnost.

Primjer 7: Počinitelj nazove policiju i prijavi da je teško ozlijedio susjeda nakon svađe. Policijski službenici od prijavitelja pokušavaju saznati u kakvom je stanju ozlijeđena osoba, koliko je teška ozljeda, prije koliko vremena je počinjena, nalazi li se i netko drugi u opasnosti, da li je netko već započeo pružati pomoć žrtvi, gdje se žrtva nalazi i slično. Time sustavno postavljaju pitanja, ali ne s ciljem istraživanja kaznenog djela, nego radi prikupljanja obavijesti potrebnih za pružanje pomoći. Ako je prijavitelj rekao koje je bilo sredstvo počinjenja ili mjesto gdje se žrtva nalazi da bi joj se moglo pružiti pomoć, taj dio njegovih izjava ne bi trebalo smatrati ispitivanjem.

Slične ovlasti policija koristi u raznim slučajevima poput spašavanja unesrećenih osoba ili raznih drugih zdravstvenih problema. U trenutku razgovora ponekad nije poznato je li osoba koja prijavljuje uopće uključena u počinjenje djela. U području utvrđivanja zdravstvenih problema nisu uređena prava pojedinih osoba kao u istraživanju za potrebe kaznenog postupka.

5.3. RAZGOVOR RADI RJEŠAVANJA DRUGIH SIGURNOSNIH PROBLEMA

Jedan primjer razgovora koji se ne vodi radi pronalaženja dokaza, nego radi drugih sigurnosnih ciljeva je pregovaranje tijekom talačke situacije. Osposobljeni policijski službenik (pregovarač) razgovora s osumnjičnikom s ciljem mirne predaje i smirivanja situacije kako bi se izbjegle druge žrtve i pripremlilo hvatanje. Takav oblik razgovora je po strukturi, cilju i načinu postavljanja pitanja različit od ispitivanja jer je cilj smirivanje si-

tuacije. Policijski pregovarač će primjerice pitati jesu li svi dobro, koliko je osoba u prostoriji, treba li im nešto i slično. Takav razgovor se provodi bez potrebnih upozorenja iz ZKP-a iako je poznato da je osoba koja daje izjave osumnjičenik u materijalnom smislu, ali cilj nije istraživanje djela nego rješavanje talačke krize kao sigurnosnog pitanja. I ovakve okolnosti su uvažene u Direktivi kada se navodi da se ispitivanje osumnjičenika ne odnosi niti na „druga slična sigurnosna pitanja“ (toč. 20. uvodnih izjava Direktive).

Ako bi se takve djelatnosti smatralo nezakonitim ispitivanjem jer počinitelju nisu izrečena sva prava prema ZKP-u i jer razgovor nije obuhvaćen video snimanjem, to bi dovodilo do nezakonitosti postupanja policije i potrebe određenih sankcija prema uključenim službenicima kao i nezakonitost drugih otkrivenih dokaza, ali u suštini se radi o zakonitim razgovorima koji se provode prema policijskom zakonodavstvu za potrebe otklanjanja opasnosti.

Primjer 8: Počinitelj se nakon počinjenja više teških kaznenih djela zabarikadirao u kući i prijeti policijskim službenicima automatskim vatrenim oružjem. Da bi smirili situaciju i stavili daljnji tijek događaja pod kontrolu, policijski pregovarač pokušava uspostaviti komunikaciju s počiniteljem i nagovarati ga na mirnu predaju uz što manje posljedica. Ponekad takav razgovor traje više sati i iznose se razni podaci od kojih neki otkrivaju okolnosti počinjenja koje istražiteljima ne bi bile poznate na drugi način. Počinitelj će možda iznositi detalje o predmetnom kaznenom djelu ili drugim djelima, hvalit će se načinom počinjenja ili prijetiti za koja još djela može biti sposoban.

6. ZAKLJUČAK

Kratka analiza na temelju nekoliko osnovnih pokazatelja kao što je iznimno malena brojnost odluka viših sudova povezana s vrlo velikom učestalosti provođenja ovakvih radnji, preliminarno pokazuje da u promatranom razdoblju od uvođenja radnje ispitivanja osumnjičenika u čl. 208.a ZKP nije bilo posebnih problema u pridržavanju zakonitosti. Podaci ukazuju da povrede nisu primijećene u planiranom (uredskom) postupanju policije. Analiza prikupljenog uzorka ne pokazuje da su u navedenim slučajevima registrirane nepravilnosti u radu policije. Takvi podaci opravdavaju zaključak o provođenju radnje ispitivanja u skladu sa zakonskim pravilima, ali bi za reprezentativniju analizu i provjeru te teze bila potrebna opsežnija znanstvena analiza na širem uzorku.

Već i ovakvi preliminarni podaci pokazuju kvalitetnu pripremu policije za najopsežnije izmjene u regulaciji razgovora s osumnjičenikom u posljednjih pola stoljeća. Zakonski uvjeti koji su uvedeni su zahtjevniji za policiju od brojnih primjera u drugim državama, čak i od stranih sustava koji su poznati po brutalnosti i imaju vrlo velikih poteškoća s nezakonitim radom policije. Usprkos vrlo zahtjevnim okolnostima, pokazalo se da je policija posvećena osiguravanju uvjeta za zakonitost rada. S druge strane se pokazuje da, usprkos novim mjerama zaštite, neki okrivljenici i dalje iznose potpuno neutemeljene prigovore na rad policije.

Povoljnijem stanju i većoj jasnoći u postupanju bi doprinijelo unošenje pojedinih definicija u zakonske propise i detaljnije reguliranje u podzakonskim propisima. Rezultati ukazuju da bi eventualne probleme bilo moguće očekivati u situacijama kada nije poznato je li osoba osumnjičena u materijalnom smislu, što se najčešće javlja u terenskom postupanju i na početku istraživanja. To je ujedno i područje prema kojem bi trebalo usmjeravati veću razini pozornosti, kako u znanosti tako i u praksi. U velikom broju država se nakon proširenja prava obrane pokazalo da ispitivanje osumnjičenika prestaje biti otkrivačka radnja kojom se može pronaći nove dokaze. Takva situacija dovodi do umanjene razine otkrivačke djelatnosti koju nije moguće nadoknaditi drugim materijalnim izvorima,¹⁹ te podaci iz drugih država pokazuju pad razjašnjenosti kaznenih djela nakon uvođenja sličnih pravila. Za detaljnije sagledavanje i takvih posljedica će biti potrebno istraživanje nakon nekoliko godina primjene.

¹⁹ Usp. nemogućnost pronalaženja lokacije otežog dječaka korištenjem forenzičkih metoda u slučaju Gäfgen pr. Njemačke, br. 22978/05, presuda od 30. lipnja 2008., nemogućnost pronalaženje mjesta skrivanja leša djevojčice u slučaju seksualnog recidivista (Slučaj Maddie, BGH, 6 StR 41/20, 21. travnja 2020.) ili teorijski slučaj osumnjičenika koji preuzima odgovornost za tempiranu bombu ali ne želi reći na kojem mjestu je postavljena, u: Damaška, M. (2001). Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija. Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu.

7. LITERATURA

1. Benković, I. (2018). Taktika radnje ispitivanja osumnjičenika. Završni rad, Stručni studij Kriminalistika. Ministarstvo unutarnjih poslova, Visoka policijska škola.
2. Burić, Z., Karas, Ž. (2017). Prilog raspravi o dvojicama veznima uz novu definiciju osumnjičenika i radnju njegova ispitivanja, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, Zagreb, 24(2), 443-482.
3. Damaška, M. (2001). Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija. Zagreb, Pravni fakultet.
4. Deronja, I. (2019). Ispitivanje osumnjičenih osoba - studija slučaja. Završni rad, Specijalistički diplomski stručni studij Kriminalistika. Ministarstvo unutarnjih poslova, Visoka policijska škola.
5. Fužinato, M. (2019). Ispitivanje osumnjičenika po čl. 208.a Zakona o kaznenom postupku. Završni rad, Specijalistički diplomski stručni studij Kriminalistika. Ministarstvo unutarnjih poslova, Visoka policijska škola.
6. Gluščić, S., Kondor-Langer, M. (2018). The impact of Amendments and Supplements to the Criminal Procedure Law in determining, discussing, and proving the General criminality offenses, EU and Comparative Law Issues and Challenges, Osijek, 449-467.
7. Igrec, M. (2020). Taktika ispitivanja osumnjičenika - Analiza u Policijskoj upravi osječko-baranjskoj. Završni rad, Specijalistički diplomski stručni studij Kriminalistika. Ministarstvo unutarnjih poslova, Visoka policijska škola.
8. Karas, Ž. (2011). Sudska praksa o policijskom postupanju: osnove sumnje i osnovana sumnja; zatvoreni krug indicija. Policijska i sigurnost, 20(4), 617-624.
9. Karas, Ž. (2013). Sudska praksa o postupanju redarstvenih vlasti: status osumnjičenika, dokazivanje izvidima, napuštene prostorije, službeni pas u pregledu. Policijska i sigurnost, 22(2), 225-233.
10. Karas, Ž. (2015). Kriminalistički značaj pribavljanja osumnjičeničkog iskaza prije početka kaznenog postupka. Policijska i sigurnost, 24(2), 101-119.
11. Karas, Ž. (2018). Sudska praksa o policijskom postupanju: Prilog definiciji ispitivanja osumnjičenika. Policijska i sigurnost, 27(3), 349-358.
12. Kolić, M. (2020). Kriminalistička uloga radnje ispitivanja osumnjičenika – PU karlovačka. Završni rad, Specijalistički diplomski stručni studij Kriminalistika. Ministarstvo unutarnjih poslova, Visoka policijska škola.
13. Kondor-Langer, M. i Gluščić, S. (2019). Praktični aspekti ispitivanja osumnjičenika u policiji s obzirom na dob i spol. Policijska i sigurnost, 28 (2), 192-205.
14. Mihaljević, B. (2018). Uloga obavijesnog razgovora u kriminalističkom istraživanju. Završni rad, Specijalistički diplomski stručni studij Kriminalistika. Ministarstvo unutarnjih poslova, Visoka policijska škola.
15. Novokmet, A., Vinković, Z. (2018). Police Interrogation of the Suspect in Croatia After the Implementation of the Directive 2013/48/EU – State of Play and Open Questions, EU and Comparative Law Issues and Challenges, Osijek, str. 418-448.
16. Soo, A. (2017). How are the member states progressing on transposition of Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer? An inquiry conducted among the member states with the special focus on how Article 12 is transposed. New Journal of European Criminal Law, 8(1), 64-76.
17. Tripalo, D. (2017). Snimanje ispitivanja osumnjičenika i snimanje rasprave prema prijedlogu ZIDZKP iz 2017. (7. novela), u: Vrhovni sud, Novine u kaznenom zakonodavstvu, Opatija, 75-86.

8. PROPISI

1. Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14. i 70/17.
2. Zakon o policijskim poslovima i ovlastima, Narodne novine br. 76/09., 92/14.
3. Direktiva 2013/48/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2013. o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku i u postupku na temelju europskog uhidbenog naloga te o pravu na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima (6. studenog 2013.).
4. Pravilnik o načinu postupanja policijskih službenika, Narodne novine br. 89/10., 76/15.
5. Pravilnik o snimanju dokazne ili druge radnje u prethodnom i kaznenom postupku, Narodne novine br. 85/14.

Gordana Križanić*
Mirta Kuharić**
Željka Mostečak***

ODBAČAJ KAZNENE PRIJAVE – „DRŽAVNOODVJETNIČKA PRESUDA“ – PRAKTIČNI ASPEKTI

Predmet ovog rada su najčešća pitanja i dileme koje se u praksi nameću u vezi instituta odbačaja kaznene prijave iz članka 206. Zakona o kaznenom postupku¹ u odnosu na poznate počinitelje kaznenih djela, njegova zastupljenost u ukupnosti odluka državnog odvjetnika povodom kaznene prijave, kao i struktura po osnovama njegova donošenja i podnositeljima kaznenih prijava. Posebno se razmatra zakonodavno uređenje predmetnog instituta u maloljetničkom pravu.

UVOD

Rješenje o odbačaju kaznene prijave jedan je od najvažnijih procesnih akta državnog odvjetnika i to kako s obzirom na njegovu zastupljenost u ukupnom broju meritornih državnoodvjetničkih odluka, tako i s obzirom da se radi o svojevrsnom "državnoodvjetničkom presuđenju".

Normativni okvir postupanja državnog odvjetnika čine: Zakon o kaznenom postupku, Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta², Zakon o sudovima za mladež³, Pravilnik o radu stručnih suradnika izvanpravne struke na poslovima delinkvencije mladih i kaznenopravne zaštite djece u državnim odvjetništvima i na sudovima⁴ i Poslovnik državnog odvjetništva⁵.

Prema načelu oficijelnosti⁶ državni odvjetnik je ovlašten tužitelj za kaznena djela za koja se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti, a prema načelu legaliteta⁷ dužan je pokrenuti kazneni progon kada

* Gordana Križanić, zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

** Mirta Kuharić, zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

*** Željka Mostečak, zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

¹ Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 Odluka Ustavnog suda, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19; dalje u tekstu Zakon o kaznenom postupku)

² Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (Narodne novine, br. 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13, 70/17)

³ Zakon o sudovima za mladež (Narodne novine, br. 84/11, 143/12, 148/13, 56/15, 126/19; dalje u tekstu Zakon o sudovima za mladež)

⁴ Pravilnik o radu stručnih suradnika izvanpravne struke na poslovima delinkvencije mladih i kaznenopravne zaštite djece u državnim odvjetništvima i na sudovima (Narodne novine, br. 22/13; dalje u tekstu Pravilnik)

⁵ Poslovnik državnog odvjetništva (Narodne novine, br. 128/19)

⁶ Članak 2. stavak 2. Zakona o kaznenom postupku

⁷ Članak 2. stavak 3. Zakona o kaznenom postupku

postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo za koje se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti, a nema zakonskih smetnji za progon počinitelja.

Dakle, prilikom ocjene postupanja državni odvjetnik se vodi načelom legaliteta ali i okolnostima koje opravdavaju postojanje osnovane sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo i postojanjem uvjeta za vođenje kaznenog postupka, što znači da je dužan skrbiti o pravima oštećene osobe – žrtve i pravne osobe na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno ali i o pravu građana da ne budu izloženi kaznenom postupku bez stvarne utemeljenosti na zakonu.

Iz navedenog iščitava se uloga i zadaća državnog odvjetnika da s jednakom pažnjom prikuplja podatke o krivnji i nedužnosti okrivljenika⁸, a u postupku prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela i podatke koji se odnose na maloljetnikove osobne i obiteljske prilike⁹. Tim se radnjama ostvaruje objektivan položaj državnog odvjetništva, koje kao državno tijelo obavlja kazneni progon i ima dužnost težiti „istini i pravednosti“, a što je po tradiciji zadaća državnog odvjetništva prema kontinentalnom pa dakle i hrvatskom pravu.

Naime, znamo da je sadržaj prava i obveza subjekata kaznenog postupka rezultat kompromisa koji svaki zakonodavac nastoji postići između dviju suprotstavljenih tendencija koje dominiraju kaznenim postupkom promatranim u širem smislu: tendencije efikasnosti i tendencije da nitko nevin ne bude osuđen, odnosno da se prema njemu i ne pokrene kazneni postupak.

Upravo u ovom trenutku postupanja, odnosno odluke, da li će odbaciti kaznenu prijavu iz neke u zakonu propisane osnove, donijeti rješenje o provođenju istrage, pripremnog postupka, podići optužnicu ili staviti prijedlog za izricanje maloljetničke sankcije pred nadležnim sudom protiv osobe protiv koje je podnesena kaznena prijava, dolazi do izražaja uloga državnog odvjetnika.

Dodatna posebnost uloge državnog odvjetnika u postupku prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela proizlazi iz činjenice da je „maloljetničko pravo“ primarno „odgojno kazneno pravo“ sa svrhom pružanja zaštite, brige, pomoći i nadzora te osiguravanja opće i stručne naobrazbe odnosno, osposobljavanja sa svrhom utjecaja na odgoj maloljetnika, razvijanje njegove ličnosti i jačanje osobne odgovornosti radi suzdržavanja od ponovnog činjenja kaznenih djela i utjecaja na ostale da ne čine kaznena djela. „Odgojno kazneno pravo“ dolazi do izražaja i prilikom donošenja odluke o nepokretanju kaznenog postupka prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna primjenom načela oportuniteta.

1. O KAZNENOJ PRIJAVI

Državni odvjetnik je dužan donijeti odluku u povodu podnesene kaznene prijave, a ovisno o ocijeni sadržaja iste može provoditi, odnosno naložiti provođenje izvida, provesti istraživanje, a ako to nije potrebno ili nakon što su izvidi, odnosno istraživanje provedeni, može donijeti rješenje o provođenju istrage, podići (neposrednu) optužnicu ili donijeti rješenje o odbačaju kaznene prijave. Kako zakon ne definira kaznenu prijavu, a niti propisuje njenu formu i sadržaj od iznimne je važnosti pravilna ocjena pravne prirode zaprimljene informacije, posebice zaprimljenog podneska kao izvora saznanja o moguće počinjenom kaznenom djelu, odnosno da li isti u materijalnom smislu ima značaj kaznene prijave.

Zakon o kaznenom postupku ne daje definiciju kaznene prijave¹⁰, ali propisuje različito postupanje državnog odvjetnika ovisno o njezinoj spoznajnoj vrijednosti što otvara pitanje kada se neki podnesak uopće ima smatrati kaznenom prijavom, kao i pitanje kvalitativnog minimuma kojeg kaznena prijava mora zadovoljiti da bi bila predmetom meritorne državnoodvjetničke odluke.

Ocjena pravne prirode zaprimljenog podneska od iznimnog je značaja budući određuje smjer daljnjeg postupanja državnog odvjetnika, a u kontekstu (ne)donošenja rješenja o odbačaju može, na strani podnosi-

⁸ Članak 9. stavak 2. Zakona o kaznenom postupku

⁹ Članak 78. stavak 1. Zakona o sudovima za mladež

¹⁰ Niti Zakon o policijskim poslovima i ovlastima (Narodne novine, br. 76/09, 92/14, 70/19) ne definira pojam kaznena prijava ali u članku 62. stavku 4. propisuje da policijski službenik u kaznenoj prijavi navodi osobne podatke podnositelja prijave, upozorenja i pouke koje su dane, opis djela koje je predmet prijave, podatke o počinitelju ako su poznati, podatke o žrtvi, posebno da li je podnesen imovinskopravni zahtjev, podatke o svjedocima, skice, slike, spise o poduzetim mjerama i radnjama, službene zabilješke i izjave, te drugi materijal koji može biti koristan za uspješno vođenje postupka.

telja, rezultirati otvaranjem pitanja uskrate njegova prava da sa svojim zahtjevom za zaštitu prava koje nalazi ugroženim ili povrijeđenim izađe pred sud.

Kaznena prijava je konkretizirana obavijest¹¹ o kaznenom djelu upućena izravno ili posredno državnom odvjetniku. Ona ne može služiti kao dokaz u kaznenom postupku¹², njezina svrha je da državnom odvjetniku pruži obavijest o kaznenom djelu i eventualno počinitelju, a radi donošenja odluka o daljnjem postupanju.

Prilikom ocjene da li neki podnesak po svojoj pravnoj prirodi predstavlja kaznenu prijavu ili ne, državni odvjetnik se rukovodi suštinskim, a ne formalnim kriterijima. Stoga za ocjenu pravne prirode nekog podneska dostavljenog državnom odvjetniku nije od značaja da li je formalno naslovljen kao kaznena prijava, već je bitno da li sadržajno ukazuje na okolnosti relevantne za ocjenu postojanja sumnje na počinjenje kaznenog djela za koje se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti.

U slučaju sporne spoznajne vrijednosti zaprimljene kaznene prijave ako kaznena prijava ne sadrži podatke o kaznenom djelu, odnosno ako državni odvjetnik iz same kaznene prijave ne može zaključiti za koje se kazneno djelo prijava podnosi, upisat će je u upisnik raznih kaznenih predmeta, te će pozvati podnositelja da u roku od petnaest dana ispravi i dopuni kaznenu prijavu. Ako podnositelj ne postupi po pozivu za ispravak ili dopunu, državni odvjetnik sastavlja o tome službenu bilješku. O tome se u roku od osam dana od isteka roka za ispravak ili dopunu kaznene prijave obavještava viši državni odvjetnik koji može naložiti upisivanje kaznene prijave u upisnik kaznenih prijava.¹³ Ovakvo zakonodavno rješenje, iako govori o kaznenoj prijavi, zapravo otvara pitanje radi li se u konkretnom slučaju doista o kaznenoj prijavi ili o podnesku koji ne sadrži minimum potreban za postupanje državnog odvjetnika što posljedično i omogućava postupanje na prethodno opisan način, a koji ne predstavlja odlučivanje o meritumu, kao što je to slučaj kod donošenja rješenja o odbačaju kaznene prijave, već o podobnosti kao osnovi za daljnje postupanje pa i donošenje meritorne odluke.

Prilikom ocjene da li je podnositelj postupio u skladu s traženim državni odvjetnik također se rukovodi suštinom, što znači da sama činjenica da je podnositelj u formalnom smislu odgovorio na poziv državnog odvjetnika ali sadržajno na način koji kvalitativno ne nadograđuje podnesenu kaznenu prijavu, ne stvara obvezu donošenja meritorne državnoodvjetničke odluke, već rezultira postupanjem državnog odvjetnika na naprijed opisani način.

Navedeno valja razlikovati od slučaja kada kaznena prijava sadrži podatke o kaznenom djelu i počinitelju ali navedeni podaci ne daju dovoljno osnova za ocjenu njezine vjerodostojnosti ili za odluku hoće li provesti istragu ili dokazne radnje. U tom slučaju državni odvjetnik će sam provesti potrebne izvide ili će naložiti njihovo provođenje policiji, te potom donijeti meritornu državnoodvjetničku odluku.¹⁴

Kada državni odvjetnik primi dojavu žrtve da je počinjeno kazneno djelo člankom 205. stavkom 6. Zakona o kaznenom postupku propisano je da će o tome sastaviti službenu bilješku koja se upisuje u upisnik raznih kaznenih prijava i postupiti na način propisan u članku 206. stavku 4. navedenog Zakona, što otvara pitanje da li državni odvjetnik ukoliko postoje neke od okolnosti iz članka 206. stavka 1. navedenog Zakona donosi rješenje o odbačaju kaznene prijave. Odgovor na to pitanje rezultat je ocjene okolnosti konkretnog slučaja rukovođene postupovnim uređenjem da je donošenje rješenja o odbačaju kaznene prijave procesna pretpostavka aktiviranja instituta supsidijarnog tužitelja.

2. O NADLEŽNOSTI

Rješenje o odbačaju kaznene prijave odnosi se na osobu koja je kao počinitelj kaznenog djela označena u podnesenoj kaznenoj prijavi (subjektivna istovjetnost) i na događaj koji je predmet kaznene prijave (objektivna istovjetnost).

Državni odvjetnik je vezan objektivnim okolnostima konkretnog događaja i ako iste podvede pod drugu materijalnu normu, a ne onu navedenu u kaznenoj prijavi, dakle kada ocjeni da su ostvarena obilježja nekog drugog kaznenog djela za koje se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti, a ne prijavljenog, ne

¹¹ Dostatan je i minimalan stupanj vjerojatnosti zasnovan na stvarnim okolnostima.

¹² Odluka VSRH, I KŽ-465/15 od 9. rujna 2015.

¹³ Članak 205. stavak 7. i 8. Zakona o kaznenom postupku

¹⁴ Članak 206. stavak 4. Zakona o kaznenom postupku

donosi rješenje o odbačaju kaznene prijave za prijavljeno djelo, već poduzima radnje iz članka 38. Zakona o kaznenom postupku, odnosno poduzima kazneni progon za kazneno djelo za koje ocijeni da je počinjeno.

U slučaju ocjene da u konkretnom slučaju ne postoji osnovana sumnja na počinjenje prijavljenog kaznenog djela ali niti nekog drugog kaznenog djela za koje se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti državni odvjetnik će donijeti rješenje o odbačaju kaznene prijave cijeneći za koje kazneno djelo je kaznena prijava formalno podnesena, te okolnost da žrtva ili pravna osoba na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno mogu poduzeti kazneni progon samo za kazneno djelo koje je predmet negativne odluke državnog odvjetnika.

3. O POBIJANJU RJEŠENJA O ODBAČAJU

Kada državni odvjetnik utvrdi da nema osnova za progon protiv prijavljene osobe, o tome će kao i o pravu na poduzimanje progona izvijestiti žrtvu i pravnu osobu na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno uz naputak koje radnje može poduzeti radi ostvarivanja tog prava, te joj u tu svrhu omogućiti uvid u spis.

Institut uvida u spis uređen je Zakonom o kaznenom postupku¹⁵ kao i Poslovníkom državnog odvjetništva¹⁶ na način koji ne rezultira prijeporom u radu općinskih i županijskih državnih odvjetništava. Dileme se javljaju u kontekstu primjene instituta prigovora iz članka 28.a Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, a koje dileme svoje izvorište imaju u različitom tumačenju pravne prirode instituta prigovora i njegovog odnosa sa pravom osobe na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno na poduzimanje kaznenog progona.

Pobijanje zakonitosti i pravilnosti rješenja o odbačaju kaznene prijave oživotvoreno je kroz institut supsidijarnog tužitelja posredstvom kojeg sud preispituje odluku državnog odvjetnika o nepokretanju kaznenog postupka, a posljedično zakonodavac je državnom odvjetniku člankom 58. stavkom 2. Zakona o kaznenom postupku dao pravo da do dovršetka rasprave sam preuzme progon i zastupanje optužbe u postupku koji se vodi na zahtjev oštećenika kao tužitelja.

Državno odvjetništvo nema statističke podatke o broju predmeta u kojima postupaju supsidijarni tužitelji jer to su u biti predmeti u kojima državni odvjetnik nije formalno nadležan. Međutim, u svim onim predmetima u kojima je oštećenik preuzeo progon nakon što je državni odvjetnik odbacio kaznenu prijavu, sud od državnog odvjetnika traži spis predmeta na koji način državni odvjetnik dolazi do saznanja o pokretanju kaznenog postupka od strane supsidijarnog tužitelja. Ukoliko dođe do započinjanja kaznenog postupka i kada procijeni da postoje novi dokazi o krivnji i djelu okrivljenika preuzeti će kazneni progon. Ovi slučajevi su izuzetno rijetki ali ostavljaju prostor državnom odvjetniku da preispita svoju odluku.

Pritužba višem državnom odvjetniku, osim u slučaju iz članka 206.c Zakona o kaznenom postupku, nije pravno sredstvo pobijanja rješenja o odbačaju kaznene prijave.

Člankom 206. b Zakona o kaznenom postupku propisana je mogućnost pritužbe žrtve i oštećenika višem državnom odvjetniku u stadiju postupanja državnog odvjetnika po zaprimljenoj kaznenoj prijavi no predmet pritužbe nije meritum državnoodvjetničke odluke već isključivo (ne)postupanje državnog odvjetnika po zaprimljenoj kaznenoj prijavi, odnosno nepoduzimanje radnji državnog odvjetnika koje dovode do odugovlačenja postupka.

Iako pritužba na postupanje nije pravno sredstvo pobijanja rješenja o odbačaju kaznene prijave, prilikom njezine ocjene valja cijeliti da li ista eventualno ukazuje na neke nove okolnosti, odnosno sadrži neke obavijesti ili podatke koji u trenutku donošenja rješenja o odbačaju kaznene prijave državnom odvjetniku nisu bili poznati, a od značaja su za ocjenu reaktiviranja državnoodvjetničkog postupanja.

Naime, donošenje rješenja o odbačaju kaznene prijave nije smetnja da državni odvjetnik naknadno pokrene kazneni postupak ukoliko nove obavijesti i podaci, odnosno dokazi zajedno s prethodnom "dokaznom" građom daju osnova zaključku o postojanju osnovane sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo za koje se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti.

¹⁵ Članak 183.-184a Zakona o kaznenom postupku

¹⁶ Članak 108.-110. Poslovníka državnog odvjetništva

4. O UVIDU U SPIS

O donošenju rješenja o odbačaju kaznene prijave i razlozima donošenja državni odvjetnik će, osim kada se radi o odbačaju kaznene prijave prema načelu svrhovitosti, uz pouku o pravu na poduzimanje kaznenog progona u roku osam dana obavijestiti žrtvu, pravnu osobu na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno i oštećenika.¹⁷

O odbačaju kaznene prijave žrtvu, pravnu osobu na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno i oštećenika obavještava se dostavljanjem rješenja o odbačaju kaznene prijave.¹⁸

Podnositelja i osobu protiv koje je kaznena prijava podnesena bez odgode će obavijestiti o odbacivanju prijave, samo ako oni to zahtijevaju¹⁹, bez dostave rješenja o odbačaju kaznene prijave.

Člankom 184. stavkom 3. Zakona o kaznenom postupku propisano je da oštećenik kao tužitelj ima pravo na uvid u spis od primitka obavijesti iz članka 55. stavka 1. navedenog Zakona,²⁰ što je otvorilo pitanje da li žrtva, odnosno pravna osoba na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno imaju pravo uvida u spis u trenutku zaprimanja obavijesti iz članka 55. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku, a u kojem trenutku nemaju svojstvo oštećenika kao tužitelja na način kako je navedenim Zakonom definiran.

Naime, člankom 202. stavkom 2. točkom 15. Zakona o kaznenom postupku oštećenik kao tužitelj je definiran kao tužitelj koji je preuzeo progon od državnog odvjetnika koji nije pokrenuo ili je odustao od kaznenog progona. Od trenutka zaprimanja obavijesti iz članka 55. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku žrtvi i pravnoj osobi na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno počinje teći rok u kojem može poduzeti kazneni progon i ostvariti procesno svojstvo oštećenika kao tužitelja. No, primitak obavijesti iz članka 55. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku uključuje i naputak koje radnje žrtva i pravna osoba na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno mogu poduzeti radi ostvarivanja prava na poduzimanje progona u koju svrhu joj se omogućava i uvid u spis. Dakle, žrtva i pravna osoba na čiju štetu je kazneno djelo počinjeno imaju pravo uvida u spis u svrhu ostvarenja prava na poduzimanje kaznenog progona i stupanja u poziciju oštećenika kao tužitelja.

Daljnje pitanje koje se u praksi vezano uz uvid u spis pojavilo odnosi se na institut prigovora iz članka 28.a Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. Navedenom odredbom propisano je da ako ravnatelj ili zamjenik ravnatelja Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (dalje u tekstu: Ured) odbace kaznenu prijavu jer nema osnova za progon za kazneno djelo iz članka 21. navedenog Zakona ili utvrde da nema osnova za progon protiv neke od prijavljenih osoba, a kaznenim djelom nije oštećena niti jedna osoba iz kojeg razloga nije dana uputa u smislu članka 55. stavka 1. Zakona kaznenom postupku dužni su uz dostavu rješenja o odbačaju uputiti podnositelja prijave da može u roku od petnaest dana od dana primitka rješenja podnijeti prigovor Kolegiju Ureda.

Mogućnost podnositelja kaznene prijave da podnese prigovor protiv rješenja o odbačaju u praksi je otvorilo pitanje da li podnositelj u svrhu ostvarenja te svoje mogućnosti ima pravo uvida u spis.

Prema jednom shvaćanju podnositelj ima pravo uvida u spis kao pretpostavku konzumiranja instituta prigovora.

Prema drugom shvaćanju podnositelj nema pravo uvida u spis kao pretpostavku konzumiranja zakonom mu dane mogućnosti podnošenja prigovora koji se po svojoj pravnoj prirodi razlikuje od prava oštećene osobe na preuzimanje kaznenog progona radi ostvarenja sudske zaštite svojih prava koje nalazi ugroženima ili oštećenima i predstavlja instrument pokretanja zakonom definiranog instancijskog nadzora unutar državnog odvjetništva i samom činjenicom podnošenja u cijelosti se iscrpljuje njegov postupovni značaj. Podnositelj prijave nema svojstvo stranke u postupku, a to svojstvo ne ostvaruje niti aktiviranjem instituta prigovora. Prigovor je neformalni akt i sama činjenica njegova podnošenja neovisno o formi i sadržaju, dovoljno je i samo podnošenje podneska naslovljenog kao prigovor, rezultirat će djelovanjem kontrolnog mehanizma. Stoga uvid u spis nije pretpostavka oživotvorenja podnositelju zakonom dane mogućnosti podnošenja prigovora, niti za ostvarivanje njegove svrhe.

¹⁷ Članak 55. Zakona o kaznenom postupku

¹⁸ Članak 128. Poslovnika državnog odvjetništva

¹⁹ Članak 206. stavak 3. Zakona o kaznenom postupku

²⁰ Članak 55. stavak 1. Zakona o kaznenom postupku „Osim u slučajevima iz članka 206.c., 206.d. i 206.e ovog Zakona, kad državni odvjetnik utvrdi da nema osnova za progon za kazneno djelo za koje se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti ili kad utvrdi da nema osnova za progon protiv neke od prijavljenih osoba, dužan je u roku od osam dana o tome izvijestiti žrtvu i uputiti ju da može sama poduzeti progon. Tako će postupiti i sud ako je donio rješenje o obustavi postupka zbog odustajanja državnog odvjetnika od progona u drugim slučajevima.“

Po primitku prigovora Kolegij Ureda određuje izvjestitelja iz reda zamjenika Ravnatelja, osim zamjenika koji je predmetno rješenje o odbačaju donio, koji je dužan proučiti predmet u roku od petnaest dana, nakon čega se zakazuje sjednica Kolegija koja započinje izlaganjem izvjestitelja, a nakon rasprave tajnim glasanjem natpolovičnom većinom glasova svih članova Kolegija odlučuje se o osnovanosti rješenja o odbačaju.

Ako Kolegij utvrdi da je prigovor neosnovan donijet će obrazloženu odluku kojom se prigovor odbija i u roku od osam dana o tome izvjestiti podnositelja prigovora, te ga uputiti da može u roku od petnaest dana od dana primitka odluke podnijeti Odjelu za unutarnji nadzor Državnog odvjetništva Republike Hrvatske prigovor protiv odluke Kolegija u kojem mora navesti iz kojih razloga smatra da je odluka Kolegija Ureda neosnovana i navesti podatke i činjenice na kojima prigovor temelji. Odjel za unutarnji nadzor Državnog odvjetništva Republike Hrvatske od Ureda će pribaviti spis predmeta, te će rješenjem odbaciti prigovor ukoliko je nepravodoban ili podnesen od neovlaštene osobe, a ako utvrdi da je odluka Kolegija osnovana prigovor će odbiti. Ako Odjel za unutarnji nadzor Državnog odvjetništva Republike Hrvatske utvrdi da je prigovor osnovan naložiti će Uredu provođenje istrage ili podizanje neposredne optužnice.

5. O KAZNENOJ PRIJAVI PREMA MALOLJETNIM I PROTIV MLAĐIH PUNOLJETNIH POČINITELJA KAZNENIH DJELA

Specifičnost maloljetničkog prava kao "odgojnog kaznenog prava" dolazi do izražaja u odlukama državnog odvjetnika po kaznenoj prijavi prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela i protiv mlađih punoljetnika za kaznena djela s propisanom kaznom zatvora do pet godina ili novčanom kaznom. Prethodno valja istaći da je u postupku prema maloljetniku državni odvjetnik jedini ovlašten tužitelj i da u postupku prema maloljetniku oštećenik ne može stupiti na mjesto tužitelja. Za kaznena djela za koja se postupka po prijedlogu ili po privatnoj tužbi postupak se može pokrenuti ako je ovlaštena osoba nadležnom državnim odvjetniku stavila prijedlog za pokretanje postupka u roku tri mjeseca od kad je saznala za kazneno djelo i počinitelja.

Osim što državni odvjetnik kaznenu prijavu prema maloljetniku može odbaciti na temelju članka 70. Zakona o sudovima za mladež kada ocijeni da nema osnove za vođenje kaznenog postupka iz osnova propisanih u članku 206. Zakona o kaznenom postupku, specifičnost maloljetničkog prava je primjena načela svrhovitosti prilikom odluke državnog odvjetnika o kaznenoj prijavi prema maloljetnom počinitelju kaznenih djela u prethodnom postupku.

Kada državni odvjetnik odbaci kaznenu prijavu prema maloljetniku iz osnova propisanih u članku 206. Zakona o kaznenom postupku o tome će obavijestiti oštećenika koji može u roku osam dana od primitka obavijesti zatražiti da vijeće za mladež odluči o pokretanju postupka.

Državni odvjetnik može odlučiti da se prema maloljetniku za kojeg postoji osnovana sumnja da je počinio kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina ili novčana kazna neće voditi kazneni postupak ako to nije svrhovito s obzirom na narav kaznenog djela, okolnosti pod kojima je počinjeno te raniji život i osobna svojstva maloljetnika (članak 71. Zakona o sudovima za mladež, tzv. bezuvjetni oporunitet). U tom slučaju također će o svojoj odluci obavijestiti oštećenika s uputom da svoj imovinskopravni zahtjev može ostvarivati u parnici.

Nadalje, državni odvjetnik odluku o nepokretanju kaznenog postupka prema maloljetniku za kojeg postoji osnovana sumnja da je počinio kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina ili novčana kazna može donijeti i u slučajevima kada je maloljetnik iskazao spremnost da izvrši određene naložene mu obveze. Nakon što maloljetnik obvezu ili obveze izvrši u cijelosti državni odvjetnik će donijeti odluku o nepokretanju kaznenog postupka.

Člankom 72. Zakona o sudovima za mladež propisane su obveze (isprika oštećeniku, popravak štete, uključivanje u postupak posredovanja kroz izvansudsku nagodbu, uključivanje u rad humanitarnih organizacija ili poslove komunalnog ili ekološkog značenja, podvrgavanje postupku odvikavanje od droge, uključivanje u psihosocijalni tretman, provjera prometnih propisa) koje se mogu naložiti maloljetniku.

Nalaganjem neke od ovih obveza maloljetniku i njihovim izvršavanjem daljnje vođenje kaznenog postupka prema maloljetniku ne ukazuje se svrhovitim. O svojoj odluci državni odvjetnik će obavijestiti oštećenika i uputiti ga da svoj imovinskopravni zahtjev može ostvariti u parnici.

Daljnje vođenje kaznenog postupka prema maloljetniku ne ukazuje se svrhovitim i kada je izvršenje kazne ili odgojne mjere prema maloljetniku u tijeku pa se vođenje postupka i izricanje sankcije za novo poči-

njeno kazneno djelo, imajući u vidu težinu i narav djela i pobude iz kojih je ono počinjeno ne ukazuje svrhovitim (članak 73. Zakona o sudovima za mladež). Oštećenik će također u obavijesti biti upućen o pravu na ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u parnici.

Restitutivni pristup i primjena alternativnih sankcija od strane državnog odvjetnika u prethodnom postupku prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela ima preventivno djelovanje, omogućuje žurnu intervenciju i postupanje odmah po počinjenom kaznenom djelu, što je od značaja za redukciju recidivizma te značajno doprinosi rastrečenju sudova za mladež.

U postupku prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela postupaju državni odvjetnici za mladež (članak 39. Zakona o sudovima za mladež) i stručni suradnici izvanpravne struke u državnim odvjetništvima (u daljnjem tekstu: stručni suradnici).

Posao stručnih suradnika u državnim odvjetništvima propisan je člankom 43. stavkom 2. Zakona o sudovima za mladež i člankom 5. Pravilnika.

Člankom 43. stavkom 2. Zakona o sudovima za mladež propisano je da stručni suradnici u državnom odvjetništvu prikupljaju podatke i daju stručno mišljenje potrebno za donošenje odluka iz nadležnosti državnog odvjetnika.

Člankom 5. Pravilnika propisani su poslovi stručnog suradnika u prethodnom postupku prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela. Između ostalih poslova to je procjena kriminogenih rizičnih i zaštitnih čimbenika maloljetnika na osobnom, obiteljskom i školskom planu te izrada pisanog stručnog mišljenja o osnovanosti primjene načela svrhovitosti (članak 71., 72. i 73. Zakona o sudovima za mladež), nadzor nad izvršavanjem naloženih posebnih obveza kod primjene članka 72. Zakona o sudovima za mladež kroz suradnju s centrima za socijalnu skrb, nevladinim udrugama i drugim stručnim službama i ustanovama, u kojima se provode naložene posebne obveze, održavanje kontrolnih ročišta o tijeku izvršavanja naloženih posebnih obveza, provođenje posebnih obveza iz članka 72. stavka 1. točke a), b) i h) Zakona o sudovima za mladež (isprika oštećeniku, popravak štete prema vlastitim mogućnostima i druge obveze) i izrada stručnog pisanog izvješća državnom odvjetniku za mladež o rezultatima naloženih posebnih obveza uz prijedlog za daljnje postupanje.

Kaznenu prijavu protiv mlađih punoljetnika državni odvjetnik može odbaciti na temelju članka 206. Zakona o kaznenom postupku ali i primjenom odredbi Zakona o sudovima za mladež. Naime, u prethodnom postupku protiv mlađih punoljetnih počinitelja kaznenih djela kada postoji osnovana sumnja da je mlađi punoljetnik počinio kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina ili novčana kazna, a s obzirom na narav kaznenog djela, okolnosti pod kojima je počinjeno, raniji život mlađeg punoljetnika i njegova osobna svojstva postoje uvjeti za primjenu maloljetničkog prava odnosno da nije svrhovito daljnje vođenje kaznenog postupka državni odvjetnik će odluku donijeti na temelju članka 71. Zakona o sudovima za mladež.

Nadalje, a što je i najčešća situacija, kada mlađi punoljetnik iskaže spremnost i izvrši određene, naložene mu obveze, državni odvjetnik će donijeti odluku o nepokretanju kaznenog postupka (članak 72. Zakona o sudovima za mladež). Vođenje kaznenog postupka protiv mlađeg punoljetnika za novo počinjeno kazneno djelo, imajući u vidu njegovu težinu i narav te pobude iz kojih je ono počinjeno također ne bi bilo svrhovito kad je izvršenje kazne ili odgojne mjere u tijeku (članak 73. Zakona o sudovima za mladež).

Stručnu pomoć državnom odvjetniku kod donošenja odluke o primjeni članka 71., 72. i 73. Zakona o sudovima za mladež pružaju stručni suradnici. U petnaest općinskih državnih odvjetništava zaposleno je dvadeset stručnih suradnika koji rade na poslovima delinkvencije mladih (predmeti kaznenih postupaka prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela i protiv mlađih punoljetnika i predmetima odraslih počinitelja kaznenih djela na štetu djece - kaznenopravna zaštita djece).

6. O ODLUKAMA PO PRIJAVAMA

U nastavku su prezentirani i analizirani statistički podaci o radu državnih odvjetništava u proteklih pet godina (od 2015. do 2019).

Analizirani su podaci o odlukama po prijavama protiv odraslih osoba, uključujući i mlađe punoljetnike, prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela i protiv pravnih osoba podnijetim općinskim i županijskim državnim odvjetništvima kao i podaci o odlukama Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminalite-

ta. U odnosu na odrasle osobe podaci se odnose isključivo na odluku državnog odvjetnika primjenom članka 206. Zakona o kaznenom postupku.

Državni odvjetnik nastoji najveću selekciju provesti upravo neposredno nakon zaprimanja kaznene prijave, odnosno u fazi provođenja izvida ili istraživanja i ne pokretati kazneni postupak protiv osobe ako postoji neka od osnova iz članka 206. Zakona o kaznenom postupku i time je izlagati neugodnostima kaznenog postupka.

Tablica 1. Odluke po prijavama

Odluka	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.
Rješenje o odbačaju kaznene prijave	13.967	17.270	17.151	15.277	14.186
	42,55%	47,38%	49,13%	45,80%	41,90%
Optužnica	13.778	14.296	12.981	13.148	13.477
	41,98%	39,22%	37,18%	39,42%	39,81%
Rješenje o provođenju istrage	4.081	3.946	3.686	3.719	4.169
	12,43%	10,83%	10,56%	11,15%	12,31%
Prijava riješena na drugi način	998	939	1.093	1.210	2.022
	3,04%	2,58%	3,13%	3,63%	5,97%
Ukupno	32.824	36.451	34.911	33.354	33.854

Analizom podataka iz Tablice 1. o broju i vrsti odluka donesenih u proteklih pet godina može se zaključiti da je broj odluka konstantan, odnosno da nema većih oscilacija u broju odluka, te da državna odvjetništva u prosjeku u jednoj godini donesu nešto više od 34000 odluka.

Od ukupnog broja odluka gotovo 50% odnosi se na rješenje o odbačaju kaznene prijave.

Upravo iz visoke zastupljenosti ove odluke u ukupnom broju odluka kao i iz činjenice da se radi o svojevrsnom "državnoodvjetničkom presuđenju" proizlazi važnost ove odluke za ukupan rad državnog odvjetništva, njegovog objektivnog položaja i ostvarenje njegove zakonom propisane uloge.

Naime gledajući kroz povijest udio rješenja o odbačaju kaznene prijave u ukupnom broju odluka 1995. iznosio je 19,6%, 1998. godine 33,3%, da bi danas iznosio 41,90%, dakle selekcijski mehanizam sve je prisutniji već kod odluke o kaznenoj prijavi čime se osigurava da nitko nevin ne bude izložen kaznenom progonu.

Tablica 2. Osnove odbačaja kaznene prijave

Godina	Čl. 206 ZKP-a	od toga u svezi čl. 33 KZ.a	Prema načelu svrhovitosti (čl. 206. c - 206. e ZKP-a)	Ukupno odbačaja
2015.	13.339	280	624	13.963
	95,53%	2,10%	4,47%	
2016.	16.588	329	682	17.270
	96,05%	1,98%	3,95%	
2017.	16.540	251	611	17.151
	96,44%	1,52%	3,56%	
2018.	14.755	195	522	15.277
	96,58%	1,32%	3,42%	
2019.	13.683	142	503	14.186
	96,45%	1,04%	3,55%	

Osnovne odbačaja kaznene prijave propisane su člankom 206. stavkom 1. točkama 1. do 5. Zakona o kaznenom postupku.

Sukladno ovom članku državni odvjetnik odbacit će prijavu obrazloženim rješenjem ako postoji jedna od sljedećih osnova:

- da prijavljeno djelo nije kazneno djelo za koje se progoni po službenoj dužnosti,

- da je nastupila zastara ili je djelo obuhvaćeno amnestijom, pomilovanjem, ili je već pravomoćno presuđeno ili postoje druge okolnosti koje isključuju kazneni progon,
- ako postoje okolnosti koje isključuju krivnju,
- ako nema osnovane sumnje da je osumnjičenik počinio prijavljeno kazneno djelo,
- ako podaci u prijavi upućuju na zaključak da prijava nije vjerodostojna.

Iz podataka u Tablici 2. vidljivo je da je najveći broj kaznenih prijava odbačen upravo na temelju članka 206. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku, a temeljem detaljnije analize dolazi se do zaključka da su kaznene prijave odbačene u najvećoj mjeri na temelju članka 206. stavka 1. točke 1. Zakona o kaznenom postupku, dakle da prijavljeno djelo nije kazneno djelo za koje se progoni po službenoj dužnosti. Ovi razlozi odnose se na objektivne činjenice i okolnosti vezane za djelo u njegovoj vanjskoj manifestaciji kao događaja u realitetu. Radi se o tome da li su ili nisu ispunjena zakonska obilježja kaznenog djela za koje se progoni po službenoj dužnosti ili pak unatoč ostvarenih zakonskih obilježja oficijalnog delikta, tj. unatoč tomu što djelo odgovara modelu iz kaznenog zakona, kaznenog djela ipak nema zbog postojanja okolnosti koje isključuju protupravnost.

Pod ovu osnovu odbačaja kaznene prijave može se podvesti i odbačaj kaznene prijave uz primjenu članka 33. Kaznenog zakona²¹ – beznačajno djelo.

Naime, članak 33. Kaznenog zakona određuje da nema kaznenog djela iako su ostvarena njegova obilježja, ako je stupanj počiniteljeve krivnje nizak, djelo nije imalo posljedice ili su posljedice neznatne i ne postoji potreba da počinitelj bude kažnjen.

Izričaj “nema kaznenog djela” upućuje na navođenje osnove iz članka 206. stavka 1. točke 1. Zakona o kaznenom postupku. Obrazloženje ovog rješenja iziskuje detaljnu analizu i ocjenu postojanja kumulativnih okolnosti niskog stupnja krivnje okrivljenika, konkretne posljedice za zaštićeno dobro i pravni sustav i postojanja potrebe da počinitelj bude kažnjen. Sve tri navedene mjerodavne okolnosti počinjenom kaznenom djelu moraju davati očito beznačajan karakter.

Iz podataka u Tablici 2. vidljivo je da je relativno mali broj prijava odbačen uz primjenu instituta beznačajnog djela i da je to stalno prisutan trend.

Visok je postotak odbačaja i uz primjenu članka 206. stavka 1. točke 4. Zakona o kaznenom postupku, dakle, da nema osnovane sumnje da je osumnjičenik počinio kazneno djelo.

Postojanje ili nepostojanje osnovane sumnje da je osumnjičenik počinio prijavljeno djelo je faktično pitanje svakog konkretnog slučaja. Radi se o sumnji koja se temelji na podacima o dokazima koji terete prijavljenu osobu, pa ako nema činjenica koje s razumnom vjerojatnošću ukazuju na osumnjičenika kao počinitelja, kaznena prijava će se odbaciti.

Kod ove osnove odbačaja posebno dolazi do izražaja savjesnost i stručnost državnog odvjetnika koji u konkretnom slučaju treba ocijeniti proizlazi li iz prikupljenih podataka i dokaza dostatan intenzitet sumnje da je upravo prijavljena osoba počinila kazneno djelo. U kojem će slučaju državni odvjetnik smatrati da takva dostatnost ili kako zakon kaže, osnovana sumnja, zaista postoji prepušteno je njegovoj ocjeni znatno više nego kod drugih osnova za odbačaj kaznene prijave.

Osnova iz članka 206. stavka 1. točke 2. Zakona o kaznenom postupku primjenjuje se protiv poznatih počinitelja u pravilu zbog postojanja procesnih smetnji za vođenje kaznenog postupka (npr. smrt osumnjičenika, izostanak prijedloga za kazneni progon), dok se ova osnova češće primjenjuje kod odbačaja kaznenih prijava protiv nepoznatih počinitelja zbog nastupanja zastare.

Ostale zakonske osnove odbačaja kaznene prijave zastupljene su u manjem postotku, pa tako osnova odbačaja iz članka 206. stavka 1. točke 5. Zakona o kaznenom postupku da podaci u prijavi upućuju na zaključak da prijava nije vjerodostojna, gotovo da uopće nije prepoznata u praksi.

Iako Zakon o kaznenom postupku u člancima 206.c do 206.e predviđa izuzetak od načela legaliteta kao temeljnog načela u odlučivanju državnog odvjetnika i propisuje tri modaliteta mogućeg postupanja državnog odvjetnika u procesu odlučivanja o kaznenom progonu prema načelu svrhovitosti iz podataka u Tablici 2. vidljivo je da državni odvjetnici ovaj institut rijetko koriste pa od ukupnog broja odbačenih kaznenih prijava protiv odraslih počinitelja kaznenih djela na odbačaje temeljem načela svrhovitosti otpada u prosjeku oko 3,8 %.

Ranije smo naveli da relativni udio rješenja o odbačaju kaznene prijave među ukupnim brojem odluka kontinuirano raste, a naprijed analizirani podaci ukazuju na činjenicu da je u proteklih pet godina taj udio postotno visok i konstantan.

²¹ Kazneni zakon (Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19; dalje u tekstu Kazneni zakon)

Razloge visokog postotka odbačaja kaznene prijave u ukupnom broju odluka dat ćemo kroz analizu podataka koji se nalaze u tablicama u nastavku.

Tablica 3. Udio odbačaja u ukupnom broju odluka u odnosu na strukturu prijavljenog kriminaliteta u 2019.

Glava kaznenog zakona Kaznena djela	Ukupno odluka	Od toga rješenje o odbačaju kaznene prijave
protiv života i tijela (X)	1.661	609 36,66%
protiv radnih odnosa i socijalnog osiguranja (XII)	719	481 66,90%
protiv osobne slobode (XIII)	5.642	2.888 51,19%
protiv braka, obitelji i djece (XVIII)	2.823	1.290 45,70%
protiv imovine (XXIII)	10.024	4.072 40,62%
protiv gospodarstva (XXIV)	3.112	1.532 49,23%
protiv službene dužnosti (XXVIII)	1.524	1.251 82,09%
Ostalo	8.349	2.063 24,71%
Ukupno	33.854	14.186 41,90%

Tablica 4. Udio odbačaja za pojedino kazneno djelo u odnosu na ukupan broj odbačaja u 2019.

Glava kaznenog zakona Kaznena djela	Broj odbačenih kaznenih prijava
protiv života i tijela (X)	609 4,29%
protiv radnih odnosa i socijalnog osiguranja (XII)	481 3,39%
protiv osobne slobode (XIII)	2.888 20,36%
protiv braka, obitelji i djece (XVIII)	1.290 9,09%
protiv imovine (XXIII)	4.072 28,70%
protiv gospodarstva (XXIV)	1.532 10,80%
protiv službene dužnosti (XXVIII)	1.251 8,82%
Ostalo	2.063 14,54%
Ukupno	14.186

Analizirajući podatke o radu državnih odvjetništava kroz promatrani period od pet godina može se zaključiti da u strukturi kriminaliteta nema većih oscilacija, odnosno da je struktura prijavljenih kaznenih djela gotovo identična. Iz tog razloga dan je prikaz strukture kaznenih djela po Glavama Kaznenog zakona samo

za 2019. Također izdvojena su najzastupljenija kaznena djela protiv počinitelja kojih je kaznena prijava odbačena jer uzroke relativno velikog udjela odbačaja u ukupnom broju odluka nalazimo dijelom i u strukturi prijavljenog kriminaliteta.

Analizom podataka o zastupljenosti odbačaja u odnosu na strukturu kriminaliteta dolazimo do zaključka da je najviše prijava odbačeno protiv počinitelja kaznenih djela protiv života i tijela, protiv radnih odnosa i socijalnog osiguranja, protiv osobne slobode, protiv braka obitelji i djece, protiv imovine, protiv gospodarstva i protiv službene dužnosti. Od ukupnog broja odluka protiv počinitelja kaznenih djela iz ovih Glava Kaznenog zakona na rješenje o odbačaju otpada 41,90% (33854 odluke - 14186 odbačaja).

Također iz podataka u tablici vidljivo je da od ukupnog broja odbačaja kaznenih prijava na odbačaje kaznenih prijava protiv počinitelja kaznenih djela iz ovih Glava Kaznenog zakona otpada 85,46 % od ukupnog broja odbačaja kaznenih prijava, dok na sva ostala kaznena djela otpada 14,54% odbačaja kaznenih prijava.

Razloge ovome vidimo ako analiziramo osnove odbačaja za pojedina kaznena djela iz određene Glave Kaznenog zakona.

Kod kaznenih djela protiv gospodarstva najzastupljenije je kazneno djelo iz članka 247. Kaznenog zakona, kazneno djelo prijevare u gospodarskom poslovanju. Protiv počinitelja ovog kaznenog djela prijave u najvećem broju slučajeva i dalje podnose oštećenici, odnosno trgovačka društva koja svoja nenaplaćena potraživanja prema drugim gospodarskim subjektima, proizišla iz njihovih poslovnih odnosa, nisu ni nakon više godina uspjeli ostvariti kroz ovršne i druge sudske postupke i koji se kaznenom prijavom koriste kao sredstvom pritiska prema dužnicima. Ove kaznene prijave često su potkrijepljene manjkavom i nedostatnom dokumentacijom, a provedenim izvidima često se utvrdi da se radi o neriješenim vjerovničko dužničkim odnosima koji nisu rezultat prijeverne namjere kao bitnog subjektivnog elementa ovog kaznenog djela, već posljedica naknadno nastalih razloga i objektivnih poteškoća u poslovanju, zbog čega se te kaznene prijave odbacuju u visokom postotku.

Visok je postotak odbačaja kaznenih prijava i kod kaznenih djela protiv službene dužnosti, a najzastupljeniji su odbačaji za kazneno djelo iz članka 291. Kaznenog zakona, zlorporaba položaja i ovlasti.

Tako podaci Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta pokazuju da je u 2019. Ured ukupno odbacio kaznene prijave u odnosu na 967 počinitelja kaznenih djela, a 784 rješenja o odbačaju donijeta su protiv počinitelja kaznenog djela iz članka 291. Kaznenog zakona dakle 81,08% od ukupnog broja odbačaja odnosi se na jedno kazneno djelo.

U ovim slučajevima u pravilu se radi o kaznenim prijavama koje su podnijele fizičke osobe koje su kao stranke u sudskim i drugim postupcima nezadovoljne odlukama koje su u tim postupcima donijele službene osobe i prijave se podnose zbog izraženih pravnih stavova sudaca, državnih odvjetnika, zamjenika državnih odvjetnika i drugih službenih osoba, pri čemu je iz prijava vidljivo da je njihovo podnošenje motivirano ostvarivanjem određenih osobnih interesa.

Za rad na prijavama podnijetim protiv počinitelja kaznenih djela iz Glave XIII Kaznenog zakona, kaznenih djela protiv osobne slobode, karakterističan je veliki broj odbačaja kaznenih prijava i to prvenstveno zbog kaznenog djela prijetnje iz članka 139. Kaznenog zakona za koje se kazneni postupak pokreće i vodi temeljem prijedloga žrtve i oštećenika, a u praksi je čest slučaj da se podneseni prijedlog povuče pa državni odvjetnik nema zakonske ovlasti za vođenje kaznenog postupka i kaznenu prijavu odbacuje. Također u svezi podnijetih prijava za ovo kazneno djelo državni odvjetnik često zaključi da su u prijavljenom kaznenom djelu ostvarena bitna obilježja kaznenog djela iz članka 139. stavka 1. Kaznenog zakona za koji se postupak vodi po privatnoj tužbi ili da opisani događaj ne predstavlja ozbiljnu i neposrednu prijetnju.

Visok je postotak odbačaja i kaznenih prijava podnijetih protiv počinitelja kaznenih djela protiv imovine a najzastupljenije je kazneno djelo prijevare iz članka 236. Kaznenog zakona, te kazneno djelo krađe iz članka 228. Kaznenog zakona.

Razloge odbačaja kod kaznenog djela krađe nalazimo u činjenici što se tijekom provođenja izvida ili dokaznih radnji utvrdi da je vrijednost otuđene stvari mala, odnosno manja od iznosa navedenog u prijavi, i da je počinitelj postupao s ciljem prisvajanja stvari male vrijednosti, ili se analizom dokaza u spisu utvrdi da nema dovoljno dokaza da je okrivljenik počinio kazneno djelo za koje je prijavljen.

Razlozi odbačaja kaznene prijave protiv počinitelja kaznenog djela prijevare gotovo su identični kao i kod kaznenog djela prijevare u gospodarskom poslovanju, odnosno izostanak namjere kao bitnog elementa djela.

Visok postotak odbačaja kaznenih prijava vidimo i u strukturi podnositelja kaznenih prijava.

Iako su podaci u Tablici 5. dani u odnosu na broj podnesenih kaznenih prijava u 2019., a sve naprijed navedene analize dane su u odnosu na broj donesenih odluka, ipak iz podataka u Tablici 5. možemo povući paralelu između podnositelja prijava, strukture kriminaliteta i broja rješenja o odbačaju kaznenih prijava.

Tablica 5. Struktura odbačenih kaznenih prijava po podnositelju

Podnositelj prijave	2016.			2017.			2018.			2019.		
	Policija	Ostali	Ukupno	Policija	Ostali	Ukupno	Policija	Ostali	Ukupno	Policija	Ostali	Ukupno
Primljeno prijava	15.925	21.150	37.075	15.923	20.785	36.708	15.589	17.849	33.438	18.764	17.148	35.912
Odbačeno prijava	3.204	14.102	17.306	2.874	14.277	17.151	2.893	12.384	15.277	3.478	8.146	11.624

Naime kada sagledamo strukturu kaznenih prijava po podnositelju u korelaciji s brojem odbačenih kaznenih prijava, razvidno je da je daleko manji broj odbačaja kaznenih prijava kada ih podnosi policija nego kada kaznenu prijavu podnose ostali, odnosno žrtve, oštećenici, ili druge fizičke osobe koje prijavljuju da je počinjeno kazneno djelo.

U 2019. od 18.764 prijave koje je podnijela policija odbačeno je 18,5% prijava, dok je od kaznenih prijava podnesenim po ostalima odbačeno 47,5% prijava.

Razlog tome je što su kaznene prijave podnesene od strane policije argumentirane i potkrijepljene dokazima, tako da državni odvjetnik na temelju tako podnesenih prijava može donijeti odluku o daljnjem postupanju.

Kada se radi o odbačajima kaznenih prijava policije, razlog tome je u najvećoj mjeri posljedica objektivnih okolnosti na koje policija u vrijeme podnošenja nije mogla utjecati, primjerice, promjena iskaza okrivljenika, odluka žrtve da iskoristi blagodat nesvjedočenja, povlačenje prijedloga za kazneni progon i slično.

Nasuprot tome, kaznene prijave koje podnose oštećenici, žrtve i druge osobe dokazima su potkrijepljene u manjoj mjeri, a često su odraz trenutnog stanja i subjektivnog doživljaja nekog događaja. Kaznenim prijavama ponekad se žele riješiti neriješeni imovinskopравни odnosi ili drugi odnosi, kao i razni vidovi osobne netrpeljivosti prema prijavljenoj osobi.

Državni odvjetnik dužan je postupati i po takvim kaznenim prijavama, provjeriti navode i donijeti odluku, a sve za posljedicu ima relativno veliku zastupljenost rješenja o odbačaju u ukupnom broju donesenih odluka.

Ovakav zaključak osnovu ima i u podacima o strukturi kriminaliteta kaznenih djela za koja se kaznene prijave najviše odbacuju i strukturi podnositelja kaznenih prijava, temeljem kojih možemo zaključiti da se najviše odbacuju kaznene prijave koje podnose fizičke osobe i to u odnosu na kaznena djela za koja žrtve i oštećenici mogu disponirati svojim procesnim pravima kao što je npr. podnošenja prijedloga za kazneni progon ili pravo da se pozovu na blagodat ne svjedočenja.

U Tablicama 6., 7. i 8. prikazane su odluke koje je državni odvjetnik donio u petogodišnjem razdoblju (2015. do 2019.) po kaznenim prijavama prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela, osnove za odbačaj kaznenih prijava u istom promatranom razdoblju i struktura odbačaja po Glavama Kaznenog zakona u 2019.

Tablica 6. Odluke državnog odvjetnika po prijavama - maloljetnici

Odluka	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.
Rješenje o odbačaju kaznene prijave	1.403 70,11%	1.359 72,10%	1.291 66,75%	924 66,00%	898 60,03%
Neposredni prijedlog za sankciju (čl. 82. ZSM-a)	293 14,64%	303 16,07%	354 18,30%	264 18,86%	312 20,86%
Rješenje o provođenju pripremnog postupka	242 12,09%	151 8,01%	183 9,46%	145 10,36%	217 14,51%
Prijava riješena na drugi način	63 3,15%	72 3,82%	106 5,48%	67 4,79%	69 4,61%
Ukupno	2.001	1.885	1.934	1.400	1.496

U odnosu na ukupan broj prijava u promatranom razdoblju državni odvjetnik je odbacio kaznenu prijavu prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela u rasponu od 60 do 70% slučajeva. U odnosu na uku-

pan broj odbačaja državni odvjetnik je u najvećem broju slučajeva (70 do 80%) odluku donio pozivom na članak 71., 72. i 73. Zakona o sudovima za mladež, odnosno zbog nesvrhovitosti daljnjeg vođenja kaznenog postupka prema maloljetniku.

Da bi državni odvjetnik mogao donijeti odluku primjenom navedenih članaka Zakona o sudovima za mladež dužan je prikupiti podatke o osobnim i obiteljskim prilikama maloljetnika rukovodeći se pri tome potrebom izbjegavanja njegove daljnje viktimizacije kroz pažljivo i sveobuhvatno prikupljanje ovih podataka. Pomoć u tome pružaju mu stručni suradnici i druge stručne osobe kroz multidisciplinarni pristup vodeći pri tome računa o ranijem životu maloljetnika, rizičnim čimbenicima njegovog odrastanja i školovanja kao i procjeni budućih kriminogenih čimbenika u odnosu na postojeće kapacitete maloljetnika za odgojni rad.

Tablica 7. Razlozi odbačaja kaznene prijave - maloljetnici

Godina	Ukupno odbačaja	Odbačaja po čl. 70. ZSM-a u svezi čl. 206. ZKP	u svezi čl. 33 KZ.a	Prema načelu svrhovitosti (čl. 71., 72., i 73. ZSM-a)
2015.	1.403	229	15	1.159
		16,32%	1,07%	82,61%
2016.	1.359	241	24	1.094
		17,73%	1,77%	80,50%
2017.	1.291	250	33	1.008
		19,36%	2,56%	78,08%
2018.	924	215	11	698
		23,27%	1,19%	75,54%
2019.	898	236	9	653
		26,28%	1,00%	72,72%

Maloljetnici se u najvećem broju slučajeva pojavljuju kao počinitelji kaznenih djela protiv imovine i upravo u odnosu na ova kaznena djela državni odvjetnik je u gotovo 60% slučajeva u 2019. odbacio kaznenu prijavu/donio odluku o nepokretanju kaznenog postupka prema maloljetniku.

Tablica 8. Struktura odbačaja po Glavama Kaznenog zakona u 2019. - maloljetnici

Glava kaznenog zakona Kaznena djela	Broj odbačeni kaznenih prijava
protiv života i tijela (X)	104 11,58%
protiv spolne slobode (XVI)	8 0,89%
protiv spolnog zlostavljanje i iskorištavanja djeteta (XVII)	15 1,67%
protiv braka, obitelji i djece (XVIII)	19 2,12%
protiv zdravlja ljudi (XIX) (zlouporaba droga i tvari zabranjenih u sportu)	23 2,56%
protiv imovine (XXII)	537 59,80%
protiv javnog reda (XXX)	20 2,23%
Ostalo	172 19,15%
Ukupno	898

UMJESTO ZAKLJUČKA

„Državnoodvjetnička presuda” - rješenje o odbačaju kaznene prijave, odnosno nepokretanju kaznenog postupka prema maloljetniku, temelji se na osnovama propisanim Zakonom o kaznenom postupku i Zakonom o sudovima za mladež i rezultat je savjesne i brižljive ocjene “dokazne građe” kojom državni odvjetnik raspolaže u trenutku donošenja. Način na koji će to ostvariti od presudnog je značaja, s jedne strane za afirmaciju pravne države i poštivanje sloboda i prava okrivljenika, jer svaki kazneni postupak predstavlja nemalo zadiranje u njegov život i odnose u sredini u kojoj živi, a s druge strane za zaštitu prava žrtve.

Važnost instituta rješenja o odbačaju kaznene prijave vidljiva je iz statističkih podataka koji nam govore da od ukupnog broja donesenih odluka u državnom odvjetništvu u odnosu na odrasle osobe gotovo 50% otpada na rješenje o odbačaju kaznene prijave što govori u prilog velikoj selekciji prije pokretanja kaznenog postupka.

U još većem postotku (60 do 70%) ova selekcija dolazi do izražaja u postupcima prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela. Pri tome, osim utvrđenja postojanja osnovane sumnje da je maloljetnik počinio kazneno djelo s propisanom kaznom zatvora do pet godina ili novčanom kaznom posebnu pozornost državni odvjetnik obraća pribavljanju podataka potrebnih za ocjenu psihofizičke razvijenosti maloljetnika i njegove osobne i obiteljske prilike.

Međutim, podaci o obustavama istraga i oslobađajućim i odbijajućim presudama ostavljaju prostor za razmišljanje da li je ova selekcija dovoljna i da li bi unatoč činjenici relativno visoke razine selekcije u trenutku zaprimanja kaznene prijave ona mogla biti još i veća.

S druge strane, visok postotak osuđujućih presuda (92% u 2019.) ostavlja prostor i za razmišljanje da li je u trenutku donošenja odluke odmah po zaprimanju kaznene prijave prisutna prevelika selekcija, odnosno da li bi državni odvjetnik s više «hrabrosti» trebao krenuti u kazneni postupak.

LITERATURA:

1. Burić, Zoran: Novi položaj žrtve u kaznenom postupku – u povodu obveze transponiranja odredaba Direktive 2012/29/EU u hrvatski kaznenopravni sustav, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol.22, broj: 2/2015, str. 383-410
2. Novokmet, Ante: Sudska kontrola nepokretanja kaznenog postupka – institucionalni i procesni aspekt, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol.21, broj:2/2014, str. 645-678
3. Pavišić, Berislav: Komentar Zakona o kaznenom postupku, Rijeka, 2011.
4. Ana, Garačić; Dragan, Novosel: Zakon o kaznenom postupku u sudskoj praksi, Rijeka, 2018.
5. Kazneni zakon (Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/19, 126/19)
6. Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 Odluka Ustavnog suda, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19)
7. Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (NN 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13, 70/17)
8. Zakon o sudovima za mladež (Narodne novine, br. 84/11, 143/12, 148/13, 56/15, 126/19)
9. Zakon o državnom odvjetništvu (Narodne novine, br. 67/18)
10. Pravilnik o radu stručnih suradnika izvanpravne struke na poslovima delinkvencije mladih i kaznenopravne zaštite djece u državnim odvjetništvima i na sudovima (Narodne novine, br. 22/13)
11. Poslovnik državnog odvjetništva (Narodne novine, br. 128/19)
12. Priručnik za rad državnih odvjetnika, Drugo izdanje, Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Zagreb 2012
13. Statistički podaci o radu Državnog odvjetništva Republike Hrvatske za razdoblje od 2015. do 2019.
14. Odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske i praksa općinskih i županijskih državnih odvjetništava i Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta

Goran Miličević*
Petar Lalić**

POVREDA DUŽNOSTI UZDRŽAVANJA U PRAKSI SUDOVA RH

1. UVOD

Kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 172. Kaznenog zakona (dalje u tekstu KZ/11.) smješteno je u Glavi XVIII. Kaznenog zakona – Kaznena djela protiv braka, obitelji i djece.¹

U radu se analiziraju razlike bića kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja prema u Kaznenom zakonu iz 1997. godine i Kaznenom zakonu iz 2011. godine

Ovaj rad predstavlja pokušaj da se, kroz prikaz sudske prakse (sentenci)² svih sudskih instanci u Republici Hrvatskoj, prikažu zakonska obilježja oba oblika ovog kaznenog djela, ukaže na pojavne oblike kaznenih djela i odgovore sudske prakse na raznovrsna pitanja i probleme koji se pojavljuju u praksi.

Prilikom donošenja novoga Kaznenog Zakona iz 2011. intencija zakonodavca³ je bila pojednostaviti sudske postupke koji traju dugo, jer se mnogo vremena troši na dokazivanje izbjegavanja zaposlenja i ostalih okolnosti koje su se navodile u članku 209. stavak 1. Kaznenog zakona (dalje u tekstu KZ/97)⁴. Stoga radnje koje imaju za cilj izbjegavanje plaćanja alimentacije više nisu dio bića kaznenog djela, već je dovoljno da počinitelj ne podmiruje uzdržavanje za osobu koju je po zakonu dužan uzdržavati i to na način, u visini i u rokovima određenim ovršnom ispravom. Time je ovo kazneno djelo postalo pravo kazneno djelo nečinjenja kao u slovenskom Kaznenom zakonu (članak 194. stavak 1.), crnogorskom Kaznenom zakonu (članak 221. stavak 1.) te švicarskom Kaznenom zakonu (članak 217.). Izmijenjen je i pravni temelj za plaćanje alimentacije pa to više nije samo ovršna odluka ili sudska nagodba, već svaka ovršna isprava. Time se želi obuhvatiti i, primjerice, nagodba pred Centrom za socijalnu skrb ili javnim bilježnikom.

Pošlo se od toga da ovo kazneno djelo predstavlja jedno od najčešćih kršenja prava djeteta na primjeren životni standard i može značajno i teško ugroziti njegov pravilan razvoj i napredak.

Kaznene prijave za ovo kazneno djelo često se odbacuju uz obrazloženje kako je nesporno da obveznik uzdržavanja svojoj obvezi ne udovoljava, no nije u mogućnosti doprinositi za uzdržavanje djeteta. Željelo se zakonski opis kaznenog djela više prilagoditi potrebama djeteta oštećenika i poslati vrlo jasnu poruku roditeljima, a koja se tiče, u najširem smislu rečeno, njihove odgovornosti za djecu, kao i drugim roditeljima i građanima o tome da se radi o jednom od najozbiljnijih kršenja prava djece koje se ne smije i neće tolerirati.

* Predsjednik kaznenog odjela Županijskog suda u Vukovaru

** Viši sudski savjetnik – specijalist, Županijski sud u Vukovaru

¹ Kazneni zakon, KZ/11(Narodne novine broj: 125/11, 144/12, 56/15, 61/15,101/17, 118/18, 126/19)

² Sentenca je kratka, sažeta izrijevka koja sadrži neku opću misao ili moralnu istinu primjenljivu na različite slučajeve u životu. Sentenca podsjeća na poslovicu, upotrebljava se na sličan način kao i ona: u razgovornom jeziku, obliku citata u usmenom ili pismenom izlaganju.

³ Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog Kaznenog zakona, Zagreb, srpanj 2011., str. 217.

⁴ Kazneni zakon, KZ/97 (Narodne novine broj: 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 77/11, 125/11 i 143/12)

Kvalifikatorna okolnost kod izbjegavanja uzdržavanja vežu se uz dijete mlađe od 18 godina, ali sukladno člankom 210. stavak 3., 213. stavak 1. i 217. stavak 1. Obiteljskog zakona i uz punoljetnu osobu koja zbog bolesti, mentalnog ili tjelesnog oštećenja nije sposobna za rad.

Stavak 3. članka 172 Kaznenog zakona, KZ/11 je nov – njime se isključuje postojanje kaznenog djela iz stavka 1. i 2. ovoga članka ako počinitelj dokaže nemogućnosti podmirivanja uzdržavanja iz opravdanih razloga. Ukoliko izrekne uvjetnu osudu sud može počinitelju izreći i posebnu obvezu da isplati dospjele obveze i da ubuduće uredno ispunjava dužnosti uzdržavanja.

1.1. POVIJESNI PRIKAZ, PITANJE KONTINUITETA

Tijekom povijesnog razvoja malo je zabilježeno o institutu roditeljskog uzdržavanja. Većina zapisa i dokumenata uglavnom se odnose na druge obveze uzdržavanja koje se ne tiču odnosa između roditelja i djece. Tako je već u nekim od najstarijih pravnih sustava poput babilonskog bilo uređeno uzdržavanje između bivših supružnika. Prvo pravno uređenje roditeljskog uzdržavanja djece pronalazi se u rimskom pravu. Tako, postojala je obveza roditelja da uzdržavaju djecu neovisno o tome jesu li se nalazila pod očinskom vlasti ili su bila emancipirana ili pak izvanbračna. Pritom se navodi da je prilikom određivanja uzdržavanja sudac morao uzeti u obzir zahtjeve svih stranaka kako bi se udovoljilo načelu pravednosti i krvnoj privrženosti obitelji. U skladu s tim, odluka se donosila "u skladu s (tuženikovim) mogućnostima", s tim da su se prilikom donošenja odluke razmatrale i potrebe djeteta, koje su pored osnovnih životnih potreba obuhvaćale i određeni druge potrebe. Međutim, roditelj se mogao osloboditi obveze uzdržavanja ako bi dijete podnijelo određenu prijavu protiv roditelja. Općenito, u slučaju da obveznik uzdržavanja odbije ispuniti svoju obvezu, sudac je prvo prilagodio iznos mogućnostima obveznika, a ako bi i dalje odbijao, sudac je imao ovlast da mu oduzme imovinu i proda je na javnoj dražbi. Iako je u rimskom pravu postojao relativno uređeni sustav roditeljskog uzdržavanja djeteta, ono čime je rimsko pravo najviše utjecalo na suvremeno obiteljsko pravo se odnosi na utemeljenje koncepta "nemo pro praeterito alitur" Prema njemu je određeno da se nitko ne može uzdržavati unatrag, te je on u potpunosti prihvaćen u suvremenim obiteljsko pravnim zakonodavstvima. S obzirom da u srednjem vijeku dolazi do recepcije rimskog prava, koje se miješa s određenim drugim pravima poput langobardskog i germanskog, srednji vijek ne donosi nikakve značajne novine u uređenju roditeljskog uzdržavanja djeteta.

Nemo pro praeterito alitur jedno je od temeljnih rimskopravnih načela instituta uzdržavanja (alimentatio) koje se i dalje dosljedno primjenjuje u suvremenim pravnim sustavima.⁵ Tako se npr. i Vlada Republike Hrvatske u više navrata eksplicite pozvala na navedeno načelo prilikom obrazloženja Konačnog prijedloga izmjena i dopuna Obiteljskog zakona (Narodne novine broj: 116/03, 17/04, 136/04 i 107/07).

Na prostorima Hrvatske u oskudnosti zapisa koji se odnose na navedeno područje, rijetke odredbe pronalaze se u Splitskom statutu iz 1312. U njemu je propisana obveza oca da nakon prestanka bračne zajednice, uzdržava majku i djecu do 3 godine. Pritom su načelnik, upravitelj i službenici grada Splita vodili brigu o tome da otac redovito uzdržava djecu. Iako je tijekom povijesti zabilježeno jako malo pisanih pravila koja su uređivala roditeljsko uzdržavanje djeteta to ne znači da se ono nije provodilo. Naprotiv, osiguranje životne egzistencije kako djeteta od strane roditelja tako i drugih članova obitelji se izvršavalo s tim da se uglavnom vršilo in naturam ili se pojavljivalo u obliku drugih instituta ili pod različitim imenima. Uzdržavanje temeljeno na načelu obiteljske solidarnosti, kao osnove suvremenog uzdržavanja, javlja se tek početkom XIX. stoljeća s nastankom građanskih kodifikacija.⁶

Kazneno djelo „Neplaćanje alimentacije“ (danas: „Povreda dužnosti uzdržavanja“) bilo je inkriminirano još u Krivičnom zakoniku iz 1951. godine. Povreda dužnosti uzdržavanja generira ozbiljne socijalne probleme koji postaju znatno veći pokretljivošću (migracijama) suvremenog društva. Izbjegavanje uzdržavanja posebno je dobilo na značenju zbog migracijskih kretanja stanovništva pa je Organizacija Ujedinjenih naroda još davne 1956. izradila Konvenciju o sprječavanju povreda dužnosti uzdržavanja. Konvencija sadrži građansko-pravne, te administrativno-tehničke odredbe kojima je svrha olakšati i ubrzati pravnu pomoć među država-

⁵ Nemo pro praetoria alitur (lat. nitko nije uzdržavan za proteklo razdoblje)

⁶ Citirano iz Dino Gliha, Ana Pintarić – Pravo djeteta na roditeljsko uzdržavanje, Pravni fakultet, Sveučilišta u Zagrebu, 2014.

ma u slučajevima kad osobe koje izbjegavaju uzdržavati svoju obitelj iz različitih razloga ne borave u zemlji u kojoj njihova obitelj živi.⁷

Kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja izvršeno je kako tamo gdje živi osoba koju je počinitelj dužan uzdržavati tako i u mjestu u kojem on živi tj. u kojem je došlo do radnje izvršenja toga kaznenog djela izbjegavanjem ili odbijanjem davanja dužnog uzdržavanja. Kazneno djelo nije ostvareno samo uskraćivanjem dužnog uzdržavanja. Mora postojati izbjegavanje davanja uzdržavanja ili odbijanje izvršenja takve obveze. Izbjegavanje se izražava aktivnim postupanjem ili svjesnim propuštanjem da se osobu trajno ili privremeno onemogući u uzdržavanju. Kazneno djelo ne ostvaruje počinitelj koji je u takvim objektivnim uvjetima da ne može davati uzdržavanje, npr. zbog nezaposlenosti.

Za postojanje kaznenog djela nije dovoljno da počinitelj ne daje dužno uzdržavanje, nego se traži i da on tu obvezu izbjegava ili odbija. Kao oblike izbjegavanja Zakon izriekom navodi izbjegavanje zaposlenja, mijenjanje radnog mjesta, mjesta boravka ili prebivališta i otuđivanje imovine. No, to su samo primjeri (u praksi i najučestaliji) jer se davanje uzdržavanja može izbjegavati i na drugi način. Ono što valja prije svega napomenuti jest činjenica da kada pričamo o povredi dužnosti uzdržavanja u pravilu se radi o povredi davanja uzdržavanja za maloljetnu osobu, jer drugi oblici neplaćanja uzdržavanja su u praksi vrlo rijetki.⁸

Radi toga ćemo se u ovom radu više bazirati na praksu i primjer neplaćanja uzdržavanja za maloljetne osobe.

1.2. NAČELO PRIMJENE BLAŽEG ZAKONA KZ/11.

Kazneni zakon iz 2011 stupio je na snagu 1. siječnja 2013., te je u članku 3. koji nosi naslov „Načelo primjene blažeg zakona i vremensko važenje kaznenog zakonodavstva“, suštinski jednako kao i raniji kazneni zakoni, ali nešto preciznije, propisao da se prema počinitelju primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme kad je kazneno djelo počinjeno.⁹ Ako se zakon nakon počinjenja kaznenog djela, a prije donošenja pravomoćne presude, izmijeni jednom ili više puta, primijenit će se zakon koji je najblaži za počinitelja, a ako se nakon počinjenja kaznenog djela, a prije donošenja pravomoćne presude izmijeni naziv ili opis kaznenog djela, sud će ispitati postoji li pravni kontinuitet tako da činjenično stanje podvede pod biće odgovarajućeg kaznenog djela iz novog zakona pa ako utvrdi da postoji, primijenit će zakon koji je blaži za počinitelja. Nema kaznenog djela ako pravni kontinuitet ne postoji. Izmijeni li se zakon za vrijeme počinjenja kaznenog djela, primijenit će se zakon koji je bio na snazi u vrijeme dovršenja radnje. Zakon koji je na snazi samo za određeno vrijeme primijenit će se na kaznena djela počinjena u tom vremenu i nakon njegova prestanka važenja ako zakonom nije drukčije propisano.

Prije svega kod izmjene zakona treba utvrditi postoji li pravni kontinuitet jer je to osnovno pitanje koje određuje primjenu blažeg zakona. Naime, nerijetko novi Kazneni zakon ne predviđa identičan naziv kaznenog djela kao stari, što, dakako, ne znači i da je neka radnja potpuno ili djelomično dekriminalizirana. Ukidanje određenog kaznenog djela (po nazivu) najčešće je samo prividno, jer treba utvrditi je li sadržaj takvog kaznenog djela potpuno ili djelomično obuhvaćen nekim drugim kaznenim djelom. Dakle, treba utvrditi predstavlja li činjenični opis koji je bio kvalificiran po zakonu koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela i kazneno djelo prema kaznenom zakonu koji je na snazi u vrijeme donošenja presude (i to kako u prvom, tako i u drugom, a ponekad i trećem stupnju, ovisno o tomu kada nastupa pravomoćnost).

Dva su temeljna načela koja određuju treba li kao blaži zakon primijeniti stari ili novi zakon:

- a) načelo konkretnosti i
- b) načelo alternativiteta.

Načelo konkretnosti zahtijeva da se pri procjeni koji je zakon blaži uzmu u obzir samo one odredbe koje se mogu primijeniti na slučaj o kojem se radi. Dakle, konkretno činjenično stanje u cjelini treba podvesti pod oba zakona, pa usporedbom utvrditi koji od njih je za počinitelja povoljniji. Drugim riječima, to što npr. jedan zakon predviđa da se kazna može ublažiti više nego u drugom zakonu, ne čini taj zakon automatski povoljnijim za počinitelja, ukoliko istodobno okolnosti koje su temelj za takvo ublažavanje ne egzistiraju u tom predmetu.

⁷ Citirano iz Mladen Singer, Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1998., str. 177

⁸ Citirano iz Berislav Pavišić-Petar Veić, Komentar Kaznenog zakona, MUP, Zagreb, 1999., str. 414.

⁹ Kazneni zakon (Narodne novine broj: 125/11.)

SUDSKA PRAKSA

Budući je 1. siječnja 2013. stupio na snagu novi Kazneni zakon („Narodne novine 125/11., 144/12., 56/15. i 61/15.-dalje: KZ/11., to je ovaj drugostupanjski sud u smislu odredbe članka 3. stavka 3. KZ/11., po službenoj dužnosti ispitao i utvrdio da postoji pravni kontinuitet, tako da se biće djela iz članka 209. stavka 1. i 2. KZ/97., može podvesti pod biće odgovarajućeg kaznenog djela iz KZ/11., i to kazneno djelo iz glave osamnaeste, kazneno djelo protiv braka, obitelji i djece, povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 172. stavka 1. i 2. KZ/11. Obzirom na postojanje pravnog kontinuiteta u novom Kaznenom zakonu, KZ/11., to je ovaj sud sukladno odredbi članka 3. stavka 2. KZ/11., razmatrajući pitanje primjene blažeg zakona, ocijenio da su odredbe KZ/97., blaže za počinitelja od odredbi KZ/11., s obzirom na načelo konkretnosti koji u konkretnom slučaju dovodi do rješenja povoljnijeg za počinitelja, razmatrajući pri tome odredbe općeg i posebnog dijela. Stoga je osnovano prvostupanjski sud na optuženoga primijenio KZ/97. (Iz odluke Županijskog suda u Karlovcu, Kž-24/18 od 14. ožujka 2018.)

Uz sve navedeno, ovaj sud drugoga stupnja nalazi potrebnim prvostupanjskom sudu skrenuti pažnju na nepravilno postupanje u vezi primjene kaznenog zakona, a s obzirom na činjenicu da je u međuvremenu, nakon počinjenja kaznenih djela za koja je okrivljenica proglašena krivom i samog suđenja, došlo do izmjene zakona. Na to se je prvostupanjski sud osvrnuo u razlozima svoje presude (str. 9), ali je kod toga pogrešno zaključio da odredbe KZ/11 ne mogu biti za okrivljenicu kao konkretnu počiniteljicu kaznenih djela blaže od onih iz KZ/97, samo zato što su u oba slučaja za navedena kaznena djela pronevjere odnosno krivotvorenja službene isprave u oba zakona propisane identične kazne. Zapriječena kazna predstavlja samo jedan, bitan, ali ne nužno i presudan faktor prilikom procjene koji je zakon blaži, budući da kod toga treba uzeti u obzir načelo konkretnosti, što znači da prilikom procjene koji je zakon za počinitelja blaži treba uzeti u obzir situaciju konkretnog okrivljenika, odnosno osobe kojoj se u predmetu sudi te procijeniti jesu li odredbe jednog ili drugog zakona u nekoj od mogućih varijanti povoljnije za tu osobu kao počinitelja kaznenog djela. To znači da je, čak i u situaciji kad je kazna u novom zakonu (KZ/11) stroža od one kakva je bila propisana u ranije važećem zakonu (KZ/97) moguće primijeniti prvospomenuti zakon ukoliko neke njegove odredbe mogu u konkretnom slučaju biti primijenjene na okrivljenika u za njega povoljnijem smislu (primjerice, kroz izricanje zamjene kazne radom za opće dobro, djelomične uvjetne osude i sl.), a za što prema ranije važećem zakonu nije bilo mogućnosti. (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, Kž-44/17 od 28. veljače 2017.)

Načelo alternativiteta nalaže da se mora prihvatiti ili stari ili novi zakon (ili međuzakon), a ne djelomično stari, a djelomično novi. Naime, svaki zakon je organski jedinstven, pa bi kombinacija odredaba iz različitih zakona predstavljala stvaranje jednog novog, uistinu nepostojećeg zakona. Međutim, ovo načelo ima izuzetke koje su prihvatile i teorija i praksa. Tako u situaciji kada je po novom zakonu smanjen poseban minimum zapriječene kazne, a istodobno je povećan posebni maksimum, obično (ako nema nekih drugih okolnosti koje pretežu pri procjeni koji je zakon blaži) se primjenjuje novi zakon, ali se istodobno ne prekoračuje maksimum iz starog zakona. Također nije moguće izbjeći „kombinaciju“ starog i novog zakona u situaciji kada se počinitelju sudi za više kaznenih djela, pa se neka označe po novom, a neka po starom zakonu, jer tada jedinstvenu kaznu treba odmjeriti prema odredbama o izricanju jedinstvene kazne koje su za počinitelja povoljnije.

Nadalje, osim usporedbe činjeničnog opisa inkriminacije prema posebnim dijelovima kaznenih zakona čija primjena dolazi u obzir, potrebno je respektirati i komparirati i odredbe općeg dijela tih zakona, kako bi se tek potom utvrdilo koji je zakon za počinitelja povoljniji.

Gotovo sva kaznena djela sadržana u KZ/11 doživjela su određene veće ili manje izmjene, pa je prije svega potrebno utvrditi predstavljaju li radnje opisane u činjeničnom opisu inkriminacije i kazneno djelo po novom KZ/11. Kako je to već uvodno spomenuto, sama okolnost što u novom KZ/11 ne postoji više posebno kazneno djelo imena istovjetnog onom koje je egzistiralo u KZ/97 nije dovoljna za zaključak da radnje zbog kojih je netko optužen više nisu kažnjive, odnosno nisu kazneno djelo. Ukidanje pojedinih kaznenih djela u KZ/11 zahtijeva od onih koji zakon primjenjuju da pažljivo utvrde je li sadržaj „starog“ kaznenog djela potpuno ili djelomično obuhvaćen nekim drugim kaznenim djelom iz KZ/11. Dakle, drugim riječima treba utvrditi postoji li pravni kontinuitet između starog i novog opisa kaznenog djela u pojedinom slučaju, a to konkretno znači da je određeno činjenično stanje kažnjivo po starom i novom zakonu, iako je u svakom od njih izrečeno drugim riječima. Da bismo dali pozitivan odgovor na pitanje o postojanju pravnog kontinuiteta potrebno je

da se radi o istom načinu napada na isto zaštićeno dobro, a što je i izrazila odredba članka 3. stavak 3. KZ/11, kroz koju se ogleda načelo konkretnosti.¹⁰

Navedeno načelo konkretnosti uređeno je i sudskom praksom pa je tako između ostaloga donesen i zaključak da kada su za određeno kazneno djelo u KZ/97 i u KZ/11 propisane iste kazne, ali su opće odredbe KZ/11 povoljnije za okrivljenika, sud će primjenom blažeg zakona to kazneno djelo označiti prema KZ/11 samo onda ako te odredbe na konkretni slučaj i primijeni (načelo konkretnosti).¹¹

Kaznenim zakonom iz 1997. godine biće kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja (članak 209.) opisano je na način da kazneno djelo čini onaj tko izbjegavanjem zaposlenja, mijenjanjem radnog mjesta, mjesta boravka ili prebivališta, otuđivanjem imovine ili na drugi način izbjegava davanje uzdržavanja za osobu koju je na temelju ovršne odluke ili sudske nagodbe dužan uzdržavati ili tko odbija izvršenje takve obveze, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. Ako se obveza odnosi na uzdržavanje djeteta ili maloljetne osobe, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od tri mjeseca do tri godine. Primjenjujući uvjetnu osudu sud može počinitelju postaviti uvjet da isplati dospjele obveze i da ubuduće uredno ispunjava dužnosti uzdržavanja.

Kaznenim zakonom iz 2011. godine biće kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja (članak 172.) opisano je na način da kazneno djelo čini onaj tko ne uzdržava osobu koju je po zakonu dužan uzdržavati i to na način, u visini i u rokovima određenim ovršnom ispravom, kaznit će se kaznom zatvora do jedne godine. Ako se obveza iz stavka 1. ovoga članka odnosi na uzdržavanje djeteta ili osobe koja zbog starosti, bolesti, mentalnog ili tjelesnog oštećenja nije sposobna za rad, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora do tri godine. Nema kaznenog djela ako počinitelj dokaže da iz opravdanih razloga nije bio u mogućnosti plaćati uzdržavanje iz stavka 1. ili 2. ovoga članka.

Donošenjem novoga Kaznenoga zakon 2011. zadržan je pravni kontinuitet kaznenog djela neplaćanja uzdržavanja jer se i u novom kaznenom zakonu nalazi kazneno djelo pod istim nazivom, ali sa nešto drugačije opisu bića kaznenoga djela. Dakle, u konkretnoj situaciji pravni kontinuitet predmetnoga dijela nije upitan, no pojavljuje se drugi problem primjene kaznenoga zakona to jest pitanje što u situaciji ako netko započne izbjegavati uzdržavanje za osobu koju je na osnovi izvršne odluke ili sudske nagodbe dužan uzdržavati ili ako je počeo odbijati izvršiti takvu obvezu za vrijeme važenja jednog zakona, te to izbjegavanje ili odbijanje nastavi i nakon toga.

SUDSKA PRAKSA

Nije u pravu podnositelj zahtjeva s tvrdnjom da je povrijeđen kazneni zakon na njegovu štetu, iz razloga što je u vrijeme donošenja drugostupanjske presude dana 16. siječnja 2013 godine stupio na snagu Kazneni zakon (NN br. 125/11 i 144/12 - dalje u tekstu KZ/11) koji je blaži po osuđenika, jer je odredbom čl. 55 st. 1 KZ/11 predviđeno da sud može kaznu zatvora do jedne godine zamijeniti radom za opće dobro. Naime, za kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja, kod kojeg postoji pravni kontinuitet između KZ/97 koji je važio u vrijeme počinjenja kaznenog djela i čl. 172. st. 2. KZ/11 koji je stupio na snagu dana 1. siječnja 2013 godine, ne postoji razlika u zapriječenoj kazni budući da je za kazneno djelo iz čl. 209 st. 1 i 2 KZ/97 propisana kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine, a za kazneno djelo iz čl. 172 st. 1 i 2 KZ/11 kazna zatvora do tri godine, a po odredbi čl. 44 st. 1 KZ/11 kazna zatvora ne može biti kraća od tri mjeseca. Osim toga, primjena odredbe čl. 55. st. 1. KZ/11 je fakultativna, a ne obvezujuća, a drugostupanjski sud prilikom izbora vrste i visine kazne je ocijenio da je izrečena kazna zatvora po prvostupanjskom sudu primjerena svim utvrđenim olakotnim i otegotnim okolnostima (posebno dosadašnjoj osuđivanosti između ostalog i za istovrsna kaznena djela), što je i obrazloženo u drugostupanjskoj presudi, pa po njegovoj ocjeni nije bilo mjesta primjeni odredbe čl. 55 st. 1 KZ/11. Stoga novi Kazneni zakon nije blaži za osuđenika od Kaznenog zakona koji je važio u vrijeme počinjenja kaznenog djela, a kako se ovaj izvanredni pravni lijek ne može podnijeti zbog odluke o kazni, to je isti trebalo odbiti kao neosnovan. (Iz odluke VSRH, III Kr 46/13 od 9. srpnja 2013.)

¹⁰ Članak 3. stavak 3. KZ/11: "Ako se nakon počinjenja kaznenog djela, a prije donošenja pravomoćne presude izmijeni naziv ili opis kaznenog djela, sud će ispitati postoji li pravni kontinuitet tako da činjenično stanje podvede pod biće odgovarajućeg kaznenog djela iz novog zakona pa ako utvrdi da postoji, primijenit će zakon koji je blaži za počinitelja. Nema kaznenog djela ako pravni kontinuitet ne postoji."

¹¹ Zaključak sa sastanka predsjednika Kaznenih odjela Županijskih sudova s predsjednicima vijeća i Službom evidencije Vrhovnog suda Republike Hrvatske održanog 16. i 17. rujna 2015. u Šibeniku.

Gore izneseni stav i prikazana praksa novijeg su datuma, dok je prema ranijem, pravnom shvaćanju Krivičnog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 31. listopada 1980. bilo navedeno da ako je netko započeo izbjegavati davanje uzdržavanja za maloljetnu osobu, koju je na osnovi izvršne odluke ili sudske nagodbe dužan uzdržavati ili ako je počeo odbijati izvršavanje takve obveze prije 1. srpnja. 1977. kao dana stupanja na snagu KZH, te s tim izbjegavanjem ili odbijanjem nastavio nakon toga, onda za takvu povredu dužnosti uzdržavanja kazneno odgovara prema članku 209. stavak. 2. KZ (prije članak 96. stavak 2. KZH) iako je taj propis, s obzirom na predviđenu kaznu, stroži od prijašnjeg, budući da je u pitanju takvo kazneno djelo koje se smatra dovršenim tek kad prestane protupravno stanje održavano izvršavanjem takvih radnji kojima se izbjegava davanje uzdržavanja.¹²

Zaključno praksa sudova u pogledu načela primjene blažeg zakona i vremenskog važenja kaznenog zakonodavstva iz članka 3. KZ/11 ukazuje na ujednačenost postupanja sudova u pogledu primjene blažeg kaznenoga zakona vezano uz počinjenje kaznenog djela povrede obveze uzdržavanja i stavovi sudova je li blaži kazneni zakon iz 1997. godine ili iz 2011. godine ovise od konkretnog slučaja kada su sudovi dužni primjenjivati načela konkretnosti i alternativiteta kod procijene koji je zakon blaži za počinitelja. Načelo konkretnosti zahtijeva da se pri procjeni koji je zakon blaži uzmu u obzir samo one odredbe koje se mogu primijeniti na slučaj o kojem se radi. Dakle, konkretno činjenično stanje u cjelini treba podvesti pod oba zakona, pa usporedbom utvrditi koji od njih je za počinitelja povoljniji. Drugim riječima, to što npr. jedan zakon predviđa da se kazna može ublažiti više nego u drugom zakonu, ne čini taj zakon automatski povoljnijim za počinitelja, ukoliko istodobno okolnosti koje su temelj za takvo ublažavanje ne egzistiraju u tom predmetu.

Načelo alternativiteta nalaže da se mora prihvatiti ili stari ili novi zakon (ili međuzakon), a ne djelomično stari, a djelomično novi. Naime, svaki zakon je organski jedinstven, pa bi kombinacija odredaba iz različitih zakona predstavljala stvaranje jednog novog, uistinu nepostojećeg zakona. Primjer takvih odluke su presude pojedinih županijskih sudova.

SUDSKA PRAKSA

Prije svega, polazeći od konkretnih žalbenih tvrdnji optuženika I. P. u odnosu na žalbenu osnovu povrede kaznenog zakona u navedenom pravcu, ovaj drugostupanjski sud primjećuje da žalitelj do zaključka da se kao blaži zakon ukazuje KZ/97 dolazi na način da uspoređuje potencijalne mogućnosti koje ti zakoni pružaju, ali za situacije koje nisu u vezi s konkretnim slučajem (tzv. apstraktna metoda), a što je pogrešan pristup, budući po stavu ovog drugostupanjskog suda pitanje treba li primijeniti stari ili novi zakon valja razriješiti polazeći od načela konkretnosti. Načelo konkretnosti sastoji se u tome da se pri ocjeni koji je od dva ili više zakona blaži za počinitelja uzmu u obzir samo one odredbe tih zakona koje se mogu primijeniti na slučaj koji sud rješava. (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, KŽ-499/16 od 12. travnja 2017.)

Prvostupanjskom presudom okrivljenik je proglašen krivim zbog kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 209. stavak 2. i 1. KZ/97, izrečena je kazna zatvora od jedne godine i na temelju članka 67. KZ/97 primijenjena uvjetna osuda kojom je izvršenje kazne odgođeno na vrijeme od tri godine i pod daljnjim uvjetom da u roku od jedne godine i tri mjeseca plati dospjele, a neplaćene iznose uzdržavanja i da ubuduće uredno ispunjava dužnost uzdržavanja. Pošto je okrivljenik platio u cijelosti iznos dospjelog uzdržavanja drugostupanjski sud je prihvatio njegovu žalbu i preinačio prvostupanjsku presudu samo u odluci o uvjetnoj osudi tako da je uz uvjetnu osudu temeljem članka 56. stavak 4. KZ/11 okrivljeniku odredio posebnu obvezu iz članka 62. stavak 1. točka 14. KZ/11 da kroz vrijeme provjeravanja od tri godine uredno plaća dužne iznose uzdržavanja za maloljetnog oštećenika. U pogledu određivanja posebnih obveza opće odredbe KZ/11 su za okrivljenika blaže, pa je u takvom slučaju opravdana primjena u određenim dijelovima starog KZ-a i novog KZ-a. Kako se radi o ispunjavanju obveze uzdržavanja, to su se stekli zakonski uvjeti da se okrivljeniku uz uvjetnu osudu, koja je za kazneno djelo iz članka 209. stavak 2. i 1. izrečena po KZ/97, koji je u tom pogledu za njega povoljniji, odredi ispunjavanje obveze uzdržavanja koja je propisana odredbom članka 62. stavak 1. točka 14. KZ/11 u vidu posebne obveze sukladno članku 56. stavak 4. toga Zakona.»

¹² Pravno shvaćanje Krivičnog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske, prihvaćeno na sjednici održanoj 31. listopada 1980 (SP-2000/7. str. 4)

1.3. UZDRŽAVANJE DJETETA OD STRANE RODITELJA PREMA TUMAČENJU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Europski sud za ljudska prava (dalje u tekstu ESLJP), kako je opisan u literaturi, najefikasniji je nadzorni mehanizam za zaštitu ljudskih prava u Europi. Ustrojen je 1959. kao instrument nadležan za odlučivanje o pojedinačnim ili međudržavnim zahtjevima vezanih za zaštitu građanskih i političkih prava.

Na ESLJP-u protiv Hrvatske još nije donesena presuda u kojoj se izravno radilo o povredi prava na uzdržavanje djeteta. U predmetu *Krušković protiv Hrvatske*¹³ podnositelj zahtjeva je pozivanjem na članak 2. (pravo na život) i članak 14. (zabrana diskriminacije) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava (dalje u tekstu EKLJP) pored drugih zahtjeva potraživao i određeni iznos za uzdržavanje djeteta zbog toga jer je smatrao da nije imao sredstva za uzdržavanje zbog akta kojom je povrijeđena EKLJP.¹⁴ Međutim, sud je zaključio da nije došlo do povrede EKLJP-a u okviru toga zahtjeva niti da je uzdržavanje podnositelja zahtjeva i njegovog djeteta bilo povezano s osnovnim zahtjevom za utvrđivanjem očinstva i upisom u maticu rođenih. Za razliku od toga, u drugom predmetu, *Mikulić protiv Hrvatske*¹⁵, pitanje uzdržavanje djeteta bilo je osnovano, kao posljedica nemogućnosti utvrđivanja očinstva. U ovom predmetu podnositeljica zahtjeva tvrdila je da je postupak u povodu njenog zahtjeva za utvrđivanje očinstva trajao dulje od propisanog "razumnog roka" te da je time povrijeđeno njeno pravo na poštovanje njenog privatnog i obiteljskog života iz članka 8. EKLJP-a. U vezi s tim, tvrdila je da je zakinuća za uzdržavanje od oca i nasljeđivanje u slučaju njegove smrti zbog dužine postupka, pozivajući se na članak 13. EKLJP-a, te da je time izvršena diskriminacija prema njoj kao djetetu rođenom izvan braka na temelju članka 14. u vezi s člankom 8. EKLJP-a. U konačnoj presudi, ESLJP je djelomično prihvatio zahtjev podnositeljice te je utvrdio da je došlo do povrede članka 13. EKLJP jer podnositeljica zahtjeva nije imala na raspolaganju domaća pravna sredstva kojim bi ostvarila svoje pravo na „ispitivanje slučaja u razumnom roku“ kao što je zajamčeno člankom 6. stavkom 1. EKLJP. Nakon te presude promijenjen je Obiteljski zakon i to na način da je u članku 292. Obiteljskog zakona iz 2003. godine precizno utvrđena obveza suda kojom se pokušava skratiti vrijeme za provođenje vještačenja; sudac ima dužnost odrediti i rok do kojeg će čekati izvođenje dokaza, a ima i veće ovlasti da slobodno ocijeni neodazivanje neke od stranaka na zakazano vještačenje.¹⁶

U praksi ESLJP zaštita prava djeteta na uzdržavanje postepeno se razvijala. To je i razumljivo s obzirom da se u samom tekstu EKLJP-a nigdje izričito ne spominje takvo pravo. Međutim, karakter EKLJP kao tzv. "živog instrumenta" omogućio je ESLJP-u da pruži zaštitu i strankama koje su podnosile zahtjeve u vezi s povredom takvog prava. U skladu s tim, ESLJP kroz svoju praksu povredu prava djeteta na uzdržavanje tumači povredom članka 8. (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života). Najčešće će se povreda prava na uzdržavanje promatrati u kombinaciji ili isključivo kroz povredu članka 6. EKLJP-a (pravo na pošteno suđenje) zbog nerazumno dugog trajanja postupaka. Razvoj pravne zaštite djeteta u okviru članka 8. EKLJP-a, ESLJP započeo je razvijanjem pojma "u djetetovom najboljem interesu" ("in child's best interest").

U smjernicama Odbora ministara Vijeća Europe o pravosuđu prilagođenom djeci, koje se temelje na praksi ESLJP-a, navodi se da: "Države članice trebaju jamčiti učinkovitu provedbu prava djece da njihovi najbolji interesi imaju prvenstvo kod razmatranja svih stvari u kojima sudjeluju ili ih pogađaju".¹⁷

1.4. PRIMJENA TUMAČENJA ESLJP-A O POVREDI PRAVA DJETETA NA UZDRŽAVANJE NA HRVATSKI PRAVNI SUSTAV.

Ratifikacijom EKLJP-a Republika Hrvatska preuzela je obvezu da svoje zakonodavstvo i pravnu praksu prilagodi zaštiti prava iz EKLJP-a, uključujući i obvezu poštovanja prakse ESLJP-a posebice kada je riječ o povredama prava iz EKLJP-a. Iz tog je razloga i potrebno i korisno proučiti tumačenje ESLJP-a o povredi prava na uzdržavanje djeteta kako bi se hrvatsko zakonodavstvo i pravna praksa mogli uskladiti u vezi s tim pita-

¹³ ESLJP *Krušković protiv Hrvatske*, 46185/08, 21. lipnja 2011.

¹⁴ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda potpisana u Rimu, 4., studenoga 1950. ratificirana od strane Republike Hrvatske 5. studenoga 1997.

¹⁵ ESLJP *Mikulić protiv Hrvatske*, 53176/99, 7. veljače 2002.

¹⁶ Obiteljski zakon (Narodne novine: 116/03,17/04,16/04,107/07,57/11,61/11,25/13,75/14 i 5/15), prestao važiti 31. listopada 2015.

¹⁷ Smjernice Odbora ministara Vijeća Europe o pravosuđu prilagođenom djeci od 17. studenoga 2010.

njem (i drugima) sa standardima Vijeća Europe te s time izbjegla (nepotrebna) utvrđenja povrede ljudskih prava zbog njihova nepoštivanja. Kao što se može vidjeti iz prethodno prikazanih slučajeva ESLJP je stavio posebni naglasak na slučajeve u kojima se radi o interesima djeteta kako bi mu se omogućio nesmetani razvoj i razvitak. Štoviše i prilikom podnošenja zahtjeva Sudu ti slučajevi će uglavnom imati prioritet nad drugima. Upravo radi toga se zahtijeva od država članica provođenje brzih i efikasnih postupaka kojima će se u što kraćem razdoblju otkloniti smetnja ostvarenju djetetovih prava zajamčenih EKLJP-om. Iako u odnosu na Republiku Hrvatsku još nema pravomoćno donesenih presuda po pitanju uzdržavanja pred ESLJP-om izvjesno je da bi vrlo brzo mogla imati. Naime, iako je u većini gore prikazanih presuda bio prisutan i međunarodni element u njihovoj biti je bila povreda odredaba Konvencije radi postupanja samo jedne strane i to one koja je trebala provesti postupak ostvarivanja alimentacijskih zahtjeva. Neovisno o tome da li je postojala i otegotna okolnost da dužnik uzdržavanja nije imao pravno zabilježene imovine koja se mogla zaplijeniti, svi prikazani postupci su se pokazali izuzetno dugima. Dovoljno dugima da dijete ostane zakinjeto za financijsku bazu neophodnu za omogućavanje njegovog pravilnog razvoja u najosjetljivijem razdoblju djetinjstva. Upravo iz toga razloga država ima pozitivnu obvezu (i moralnu i obvezujuću prema tumačenju ESLJP) da uspostavi mehanizme koji će i u takvim iznimnim delikatnim situacijama postaviti interes djeteta na prvo mjesto, ispred sebe i interesa pojedinih roditelja, te pružiti mu maksimalnu zaštitu.

Standard zaštite prava djeteta na uzdržavanje visoko je postavljen i to pravo osnovno je ljudsko pravo zaštićeno člankom 64 Ustava Republike Hrvatske: "Roditelji su dužni odgajati, uzdržavati i školovati djecu, te imaju pravo i slobodu da samostalno odlučuju o odgoju djece."¹⁸ To pravo je zaštićeno i Konvencijom o pravima djeteta. U našem zakonodavstvu to je pravo zaštićeno Obiteljskim zakonom.¹⁹

Konvencija o pravima djeteta, usvojena na 44. zasjedanju Opće skupštine Ujedinjenih naroda 20. studenoga 1989. godine (rezolucija br. 44/25), stupila je na snagu 2. rujna 1990. godine.²⁰

Članak 27. stavak 4. Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima djeteta glasi: „Države stranke će poduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurale da dijete dobije sredstva za uzdržavanje od roditelja ili drugih osoba koje su za njega materijalno odgovorne, kako u granicama države stranke tako i iz inozemstva. Napose će, u slučajevima kad osoba koja je materijalno odgovorna za dijete živi u drugoj zemlji od one u kojoj dijete živi, države stranke nastojati pristupiti ili sklopiti međunarodne sporazume te pronalaziti druga odgovarajuća rješenja.”

Temelji odredbe članka 172. KZ/11 upravo se mogu naći u gore navedenoj Konvenciji gdje je Republika Hrvatska preuzela obvezu da najranjivijim skupinama društva dakle djeci osigura mogućnost poštivanja obveze uzdržavanja.

Kako bi imali bolji uvid u temelje odredbi članka 172. KZ/11 dajemo izvode dijela Obiteljskog zakona koji regulira predmetnu materiju.

ZAKONSKI ČLANCI

Obveza uzdržavanja propisana Obiteljskim zakonom pa je tako propisano dužnost i pravo na uzdržavanje članak 281. uzdržavanje je dužnost i pravo roditelja i djece, bračnih i izvanbračnih drugova, srodnika u ravnoj lozi, te pastorka i maćeha i očuha, kad je to predviđeno ovim Zakonom.

Uzdržavanje maloljetnog djeteta članak 288.

(1) Roditelji su prvi dužni uzdržavati svoje maloljetno dijete. Radno sposoban roditelj ne može se osloboditi dužnosti uzdržavanja maloljetnog djeteta.

(2) Ako roditelj ne uzdržava maloljetno dijete, dužni su ga uzdržavati baka i djed po tom roditelju.

(3) Maćeha ili očuh dužni su uzdržavati maloljetnoga pastorka, ako dijete ne može ostvariti uzdržavanje od drugog roditelja. Maćeha ili očuh dužni su nakon smrti djetetova roditelja uzdržavati maloljetnog pastorka, ako su u trenutku smrti roditelja živjeli s pastorkom.

Uzdržavanje punoljetnog djeteta članak 290.

(1) Roditelji su dužni uzdržavati punoljetno dijete koje se školuje u srednjoj školi, odnosno polazi sveučilišni ili stručni studij u skladu s posebnim propisima, odnosno program za osnovno obrazovanje ili program srednjošk-

¹⁸ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine broj: 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 5/14)

¹⁹ Obiteljski zakon (Narodne novine broj: 103/15 i 98/19)

²⁰ Republika Hrvatska potpisnik je Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima djeteta od 2. rujna 1990. godine, a ista je stupila na snagu u Republici Hrvatskoj 12. listopada 1992. godine.

skog Ispisano: 24. studeni 2015. 59 Obiteljski zakon NN 103/15 - na snazi od 01.11.2015. obrazovanja odraslih te redovito i uredno ispunjava svoje obveze, a najdulje do navršene dvadeset šeste godine života djeteta.

(2) Punoljetno dijete koje je završilo obrazovanje iz stavka 1. ovoga članka, a ne može se zaposliti, roditelji su dužni uzdržavati godinu dana nakon prestanka obrazovanja ako dijete nije navršilo dvadeset šest godina.

(3) Obveza uzdržavanja punoljetnog djeteta iz stavka 2. ovoga članka prestat će i prije isteka godine dana od prestanka obrazovanja u trenutku kad dijete navršiti dvadeset i šest godina.

(4) Punoljetno dijete koje zbog teške i trajne bolesti ili invaliditeta nije sposobno za rad roditelji su dužni uzdržavati dok ta nesposobnost traje.

(5) Roditelj djeteta iz stavka 1. ovoga članka ima pravo od djeteta, nadležnih tijela i pravnih osoba tražiti i dobiti podatke o djetetovu obrazovanju, odnosno zaposlenju.

(6) Smatra se da učenik, odnosno student redovito i uredno ispunjava svoje obveze i kad zbog opravdanih razloga (trudnoće, bolesti i sličnih razloga) nije uspio ispuniti obveze tekuće školske, odnosno akademske godine.

Uzdržavanje je dužnost i pravo roditelja i djece, bračnih i izvanbračnih drugova, srodnika u ravnoj lozi te pastorka i maćehe i očuha, kad je to predviđeno Obiteljskim zakonom. Navedene osobe međusobnom uzdržavanju pridonose prema svojim mogućnostima i potrebama uzdržavane osobe, uz uvjete i na način određen ovim Zakonom.

Obiteljski zakon propisuje što je uzdržavanje i postupke ostvarivanja prava i obveza uzdržavanja među članovima obitelji. Zbog čestih izmjena i dopuna pojam obitelji je mijenjan, odnosno proširivan, pa je time mijenjan i opseg obveznoga uzdržavanja. Zakon propisuje da je uzdržavanje istodobno pravo i obveza, odnosno da postoji obveza uzdržavanja kao uzajamna dužnost ne samo roditelja i djece, nego i bračnih i izvanbračnih drugova te srodnika u ravnoj lozi, a također pastorka i maćehe i očuha.

Čak i punoljetno dijete koje je završilo obrazovanje, a ne može se zaposliti, roditelji su dužni uzdržavati godinu dana nakon prestanka obrazovanja do navršene dvadeset šeste godine.

U slučajevima kada više osoba ima istodobnu obvezu davanja uzdržavanja, ta se obveza određuje, odnosno dijeli prema njihovim mogućnostima. Ako osoba koja je dužna prije ostalih uzdržavati ne može u potpunosti ispuniti svoju obvezu, osoba koja ima pravo na uzdržavanje može razliku do punoga uzdržavanja ostvariti od drugih osoba koje su po redoslijedu iza tih osoba dužne davati uzdržavanje.

U ostvarivanju prava na uzdržavanje promjena okolnosti u vezi s obvezom uzdržavanja, ali i s pravom na uzdržavanje, dopušta se da osoba koja prima i osoba koja daje uzdržavanje mogu tražiti da sud povisi ili snizi iznos uzdržavanja, pa čak i da odluči o prestanku uzdržavanja ili da se promijeni način uzdržavanja, određeno prijašnjom ovršnom ispravom. Zakon izričito propisuje da eventualno odricanje od prava nema pravno-ga učinka te se tom zabranom načelno trajno štiti pravo uzdržavanoga, posebice kada je riječ o pravu na uzdržavanje maloljetne djece.

Zakon posebnu zaštitu prava na uzdržavanje posvećuje djeci. Tako propisuje da su roditelji prvi dužni uzdržavati svoje maloljetno dijete pa se radno sposoban roditelj ne može osloboditi dužnosti uzdržavanja maloljetnoga djeteta. Dakle, zakon ne samo da zabranjuje mogućnost odricanja od prava, nego dodatno posebno naglašava obvezu uzdržavanja. Međutim, ako roditelj ne uzdržava maloljetno dijete, dužni su baka i djed po tom roditelju uzdržavati to dijete.

Međutim, ta obveza uzdržavanja punoljetnoga djeteta prestat će i prije isteka godine dana od dana prestanka obrazovanja u trenutku kad dijete navršiti dvadeset i šest godina. Dakle, zapravo se ta obveza uzdržavanja, odnosno pravo punoljetnoga djeteta na uzdržavanje daje najduže godinu dana, ali u svakom slučaju prestaje s doživljenjem dvadeset šest godina. Iznimno, punoljetno dijete koje zbog teške i trajne bolesti ili invaliditeta nije sposobno za rad roditelji su dužni uzdržavati dok ta nesposobnost traje. Punoljetno dijete koje prima uzdržavanje radi obrazovanja dužno je obavijestiti roditelje o redovitom ispunjavanju obveza najkasnije do 1. studenoga za svaku školsku, odnosno akademsku godinu.

SUDSKA PRAKSA

Uzdržavanje maloljetnog djeteta je osobna obveza roditelja koju mora roditelj ispunjavati upravo za maloljetno dijete te je bez pravnog učinka bilo kakav sporazum bivših bračnih drugova – roditelja maloljetnog djeteta (usmeni ili pismeni) kojim bi oni uređivali međusobne imovinske odnose na račun uzdržavanja maloljetnog djeteta.

Stoga ukoliko se pred Centrom za socijalnu skrb ne postigne suglasnost roditelja o plaćanju uzdržavanja djeteta, potrebno je rješenje naći sudskim putem (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, Gž-971/2003 od 29. kolovoza 2003.)

2. POVREDA DUŽNOSTI UZDRŽAVANJA

2.1. ANALIZA ČLANKA 172. KZ/11

Dakle, u cilju zaštite prava djeteta potrebno je pokrenuti sudski postupak. Odluci suda o plaćanju uzdržavanja djeteta prethodi sudski postupak tijekom kojeg će se utvrditi ukupne mogućnosti roditelja obveznika uzdržavanja prema prihodima i imovinskom stanju toga roditelja u vrijeme kada se uzdržavanje traži. Odnosno, sud će uz to još utvrđivati i sve druge mogućnosti stjecanja zarade u skladu s dobi, obrazovanjem i radnom sposobnosti roditelja. Svakako je važno navesti da činjenica nezaposlenosti roditelja obveznika uzdržavanja ne oslobađa istog njegove dužnosti da uzdržava svoje dijete. Koliki će biti iznos plaćanja uzdržavanja ovisi i od potreba djeteta, koje će sud također procjenjivati s obzirom na djetetovu dob i njegove potrebe za školovanjem. Usvojena je sudska praksa da životni standard djeteta ne može biti ispod životnog standarda koji ima roditelj. Uglavnom, uzdržavanje djeteta od strane roditelja koji ne živi s njim njegova je obveza, i to isključivo u novcu. Za naturalni način podmirivanja nekih dječjih zahtjeva i potreba ne smatra se da je time ispunjena dužnost uzdržavanja djeteta. Takav oblik uzdržavanja svojstven je jedino u slučaju kada postoji zajednica roditelja i djece.

Radno sposoban roditelj se ne može osloboditi dužnosti uzdržavanja maloljetnog djeteta. Ako roditelj koji je na temelju pravomoćne odluke dužan plaćati uzdržavanje djeteta, ne ispunjava svoju obvezu duže od 6 mjeseci neprekidno ili ako nije platio za 6 mjeseci s prekidima ukupno unutar razdoblja od sedam mjeseci, centar za socijalnu skrb dužan je na prijedlog drugog roditelja ili po službenoj dužnosti, donijeti odluku o privremenom uzdržavanju i u skladu s njom isplaćivati uzdržavanje sve dok roditelj-obveznik uzdržavanja ne počne ponovno ispunjavati svoju obvezu, u ukupnom trajanju od tri godine.

Nadalje sudska praksa je izgradila neke od stavova u postupcima povodom povrede prava na uzdržavanje.

SUDSKA PRAKSA

Povremene uplate od strane roditelja bilo da se radi o dobrovoljnim uplatama ili ustegama s plaće se ne smatraju urednim ispunjavanjem obveze zakonskog uzdržavanja maloljetnog djeteta s kojim taj roditelj ne živi (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, Gž-6137/14. od 3. lipnja 2015)

Okrivljenik ne može sam odlučivati kada će i koliko platiti za uzdržavanje svog maloljetnog djeteta, već je dužan poštivati pravomoćnu sudsku odluku te zakonsku obvezu koja iz nje proizlazi uredno i redovito izvršavati, a kada to ne čini, na drugi način izbjegava davanje uzdržavanja (Iz odluke Županijskog suda u Bjelovaru, Kžm-30/11 od 29. rujna 2011)

Iz provedenih dokaza ne proizlazi da optuženica, usprkos svom statusu nezaposlene osobe, objektivno nije mogla izvršavati predmetnu dužnost sukladno naprijed spomenutoj sudskoj presudi Općinskog suda u Pagu. To što ona smatra da otac uzdržavanog djeteta D. O. nije i ne bi raspolagao uplaćenim novcem u korist i za dobrobit zajedničke malodobne kćeri M. O. ne može opravdati odluku optuženice da više ne plaća alimentacijske obroke na njegov račun, kako je određeno navedenom sudskom odlukom. To poradi toga što u takvom slučaju postoje drugi pravni mehanizmi da se takvo eventualno postupanje drugog roditelja spriječi. Isto tako optuženicu ne može ekskulpirati niti činjenica što je ona svojoj kćeri, prema vlastitom nahođenju ili prema prohtjevima samog djeteta, kupovala različite stvari - garderobu, kozmetiku, bicikl, mobitel, prijenosno računalo i dr. Takvo postupanje ne može se prihvatiti kao ispunjenje obveze uzdržavanja, jer njena dužnost nije bila određena u kupnji uporabnih stvari, već u plaćanju mjesečnog alimentacijskog obroka u iznosu od 1.082,00 kn. Tek uz namirenje te obveze optuženica je povrh toga mogla kćerki kupovati što je smatrala za shodno. Prema tome optuženica nije bila u mogućnosti sama birati kada će, kako i koliko platiti za uzdržavanje kćeri, već je bila dužna poštivati pravomoćnu sudsku odluku i zakonsku obvezu, koja iz nje proizlazi, uredno i redovito izvršavati (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, Kžzd-4/17 od 28. veljače 2017.)

Prigovor da se oštećenica (dijete) redovito školuje treba isticati u parničnom postupku, a ne u kaznenom postupku radi kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja jer sud u kaznenom postupku utvrđuje samo da li je okrivljenik s namjerom počinio kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja, koja dužnost je utvrđena parničnom presudom odnosno je li odbijao davanje uzdržavanja koje je obavezan plaćati prema pravomoćnoj i ovršnoj parničnoj presudi (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, KŽ-243/11. od 23. ožujka 2011.)

Za počinjenje kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 209. stavak 1. KZ (prije članak 197. stavak 1. KZ/59) potrebno je utvrditi subjektivnu odgovornost optuženika. Valja utvrditi je li optuženik izbjegavao davati dužno uzdržavanje ili je do toga došlo izvan njegova umišljaja (raskida radnog odnosa bez njegove krivnje) odnosno je li napustio radni odnos kada je saznao da je od strane suda stigla zabrana na njegovu plaću. (Iz odluke Županijskog suda u Rijeci, KŽ-26/72 od 5. ožujka 1972.)

Izbjegavanjem davanja uzdržavanja za više djece počinjeno je u realnom stjecaju onoliko kaznenih djela povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 209. stavak 1. KZ (prije članak 197. stavak 1. KZ/59) koliko ima djece koju je okrivljenik na temelju ovršne odluke dužan uzdržavati. (Iz odluke Županijskog suda u Zagrebu, KŽ-701/72 od 18. svibnja 1972.)

Kad je utvrđeno da optuženik, iako je to bio u mogućnosti nije sukcesivno kroz šest mjeseci plaćao uzdržavanje, a osim utvrđene činjenice da je i prije i poslije toga razdoblja neuredno plaćao, pravilno je našao prvostupanjski sud da takva upornost u neplaćanju uzdržavanja predstavlja odbijanje davanja uzdržavanja, tj. povredu dužnosti uzdržavanja, a ne samo neuredno izvršavanje obveze uzdržavanja što, konačno proizlazi iz smisla odredbe članka 209. stavak 3. KZ (prije članak 96. stavak 3. KZH). Stoga je drugostupanjski sud, i po ocjeni ovoga suda, povrijedio kazneni zakon u odredbi čl. 209. st. 1. KZ (prije čl. 96. st. 1. KZH) kad je optuženika oslobodio od optužbe (Iz odluke VSRH, Kzz-13/86 od 22. listopada 1986.)

Kad je utvrđeno da se okrivljenik u dogovoru s majkom svakih pola mjeseca potpuno brinuo o malodobnom djetetu, u koje vremenu je ono s njime živjelo te da je okrivljenik kupovao odjeću i obuću u iznosima koji su daleko prelazili dužni iznos uzdržavanja, time što on nije plaćao presuđeni novčani iznos ne čini kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 209. stavak 2. KZ (prije članak 96. stavak 2. KZH), jer nije umišljajno izbjegavao uzdržavanje (Iz odluke Županijskog suda u Bjelovaru, KŽ-800/91 od 17. listopada 1991.)

Postavlja se pitanje u kojem su to trenutku građanskopravne obveze uzdržavanja prerasle u kazneno djelo? Građanskopravna obveza uzdržavanja prerasta u kazneno djelo u slučaju kada počinitelj aktivnim postupanjem ili propuštanjem svjesno nastoji trajno ili privremeno onemogućiti ostvarenje dužnog uzdržavanja, a iz njegova ponašanja je očito da on tu svoju namjeru može objektivno postići.

SUDSKA PRAKSA

Tek kada isprava kojom je određena obveza uzdržavanja postane ovršna, onaj tko od tada ne postupa po istoj ulazi u kaznenu zonu, a sve do datuma ovršnosti, neovisno o tome što je obveza uzdržavanja utvrđena i za razdoblje prije ovršnosti isprave, ista potpada pod građansko-pravno sferu. (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, Kžzd-14/2018 od 9. svibnja 2018.)

2.2. ZAKONSKO BIĆE DJELA

Biće kaznenog djela izražava u čemu se sastoji zabranjeno ponašanje, te sadrži ono što je tipično za neko kazneno djelo po čemu se ono razlikuje od drugih. Nedostaje li u pojedinom slučaju samo jedno obilježje kaznenog djela, nije ostvareno njegovo biće. Kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja jest trajno kazneno djelo koje se sastoji u stvaranju nekog protupravnog stanja i mogu ga počinuti samo osobe s određenim svojstvom koje je posebno istaknuto u zakonskom opisu. Kod kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja krug mogućih počinitelja kaznenog djela je sužen. Također, osobe koje nemaju traženo svojstvo, odnosno koje kod vlastoručnih kaznenih djela ne izvršavaju radnju, ne mogu biti počinitelji (ni neposredni ni posredni) niti supočinitelji. Kod ovog kaznenog djela počinitelj je stvorio protupravno stanje i nakon toga ga održava svojom voljom. Tako se kazneno djelo neprekidno obnavlja do trenutka kad počinitelj odluči prekinuti protupravno stanje ili ga vanjske okolnosti prisile na to. Kazneno djelo je formalno dovršeno nastupom protupravnog stanja, ali je materijalno dovršeno tek prestankom protupravnog stanja.

2.3. VLASTORUČNO DJELO

Prema krugu mogućih počinitelja kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja jest vlastoručno kazneno djelo. Kod vlastoručnog kaznenog djela počinitelj djelo mora sam izvršiti, bilo da je potrebno njegovo tjelesno sudjelovanje u počinjenju ili da je na drugi način potrebno njegovo osobno sudjelovanje u radnji počinjenja.

Prema tome povreda dužnosti uzdržavanja spada u tzv. vlastoručna kaznena djela, kada počinitelj mora osobno, vlastitim djelovanjem u ovome slučaju propuštanjem ostvariti djelo, a zbog prirode ovog kaznenog djela supočiniteljstvo kod njega nije moguće, ono je isključeno.²¹

SUDSKA PRAKSA

Počinitelj kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja može biti i osoba koja, doduše još nije pravomoćnom odlukom suda utvrđena ocem, ako je u postupku utvrđivanja očinstva, na temelju Ob Z (prije Zakona o braku i porodičnim odnosima) pravomoćno donesena privremena mjera kojom je utvrđena obveza plaćanja uzdržavanja, i to kada je prema citiranom zakonu donošenje takve odluke s obzirom na ishod spora i okolnosti slučaja moguće i potrebno (Iz odluke VSRH, Kzz-9/83 od 16. rujna 1983.)

Sudska nagodbe kojom se neka osoba, koja nije utvrđena ocem niti je očinstvo priznala na način propisan u Ob Z (prije Zakon o braku i porodičnim odnosima) obvezala plaćati uzdržavanje za maloljetno dijete, nije valjana osnova za utvrđivanje njegove obveze uzdržavanja pa ta osoba stoga ne može biti počinitelj kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 209. stavak 2. Ob. Z. (prije članak 96. stavak 2. KZH) (Iz odluke VSRH, Kzz-9/83 od 15. rujna 1983.)

Nadalje kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja pripada domeni kaznenih djela nečinjenja. Kaznena djela nečinjenjem – tzv. omisivni delikti su ponašanja kojima se krši nadređujuća-imperativna norma i zakon ih kažnjava iznimno. Prava kaznena djela nečinjenja su ona kaznena djela koja je moguće počinuti isključivo nečinjenjem.

Slijedom toga, pravi delikti nečinjenja su oni koji se uopće ne mogu počinuti činjenjem jer je u biću kaznenog djela jedino nečinjenje predviđeno kao mogući modus operandi. Ogledni primjerci takvog tipa delikata jesu nepružanje pomoći (članak 123. stavak 1.), napuštanje nemoćne osobe (članak 124.), neispata plaće (članak 132. stavak 1.), povreda dužnosti uzdržavanja (članak 172.), nepružanje medicinske moći u hitnim stanjima (članak 183.), neprijavlivanje pripremanja kaznenog djela (članak 301. stavak 1.) te neprijavlivanje počinjenog kaznenog djela (članak 302. stavak 1.).

Osim naprijed navedenog, kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 172 KZ/11 je i trajno kazneno djelo, to kazneno djelo traje dok traje protupravno stanje drugim riječima traje tako dugo dok se povređuje dužnost uzdržavanja jednim od modaliteta radnje počinjenja kaznenog djela, s time da su sve radnje koje su poduzete tijekom trajanja tog protupravnog stanja sastavni dio trajnog kaznenog djela koje predstavlja jedno kazneno djelo.

Novija sudska praksa prihvaća izmjene Kaznenog zakona odnosno KZ/11. pa je tako u jednoj svojoj odluci sud naveo da kazneno djelo povrede uzdržavanja, s obzirom na razdoblje počinjenja koje završava 31. kolovoza 2014., dakle u vrijeme važenja KZ/11., pravno treba biti označeno, primjenom članka 3. stavak 4. KZ/11., po članku 172. stavak 2. u svezi stavka 1. KZ/11. iz razloga jer se radi o trajnom kaznenom djelu, pa sukladno članku 3. stavak 4. KZ/11., na isto se zbog promjene Kaznenog zakona u razdoblju počinjenja kaznenog djela, stupanjem na snagu KZ/11., 1. siječnja 2013. treba primijeniti zakon koji je vrijedio u vrijeme dovršenja djela. Dakle, kazneno djelo optuženika valja pravno označiti kao kazneno djelo iz članka 172. stavak 2. u svezi stavka 1. KZ/11.

Prema Franku trajno kazneno djelo ostvaruje se djelovanjem volje počinitelja kroz neko vrijeme, u kojem počinitelj ostvaruje bitna obilježja djela produžujući posljedicu, za koju želi da traje kroz inkriminirano vrije-

²¹ Citirano iz Ana Garačić, Kazneni zakon u sudskoj praksi, Posebni dio, Glava XVIII, Kaznena djela protiv braka, obitelji i djece, str. 317., Libertin naklada, Biblioteka pravo i zakoni, Rijeka 2016

me. Dakle, počinitelj svojom voljom spaja uzrokovanje posljedice s njezinim trajanjem kroz određeno vrijeme, ostvarujući na taj način jedinstvenu cjelinu pa se prema tome radi o jednom kaznenom djelu.²²

Suglasni stav da je kazneno djelo iz članka 209. Kaznenog zakona trajno kazneno djelo iznosi u svojem radu, "Zastara kaznenog progona i izvršenja kaznenih sankcija" iz 2002. godine, Milan Petranović, tada predsjednik Kaznenog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske.²³

"Zastarijevanje kaznenog progona kod trajnog kaznenog djela računa se od prestanka radnje izvršenja kaznenog djela po općem pravilu. Ali se radnja izvršenja kod ovog kaznenog djela sastoji u uzrokovanju i daljnjem održavanju protupravnog stanja, tako dok traje protupravno stanje stvoreno radnjom izvršenja, traje i sama radnja izvršenja, npr. kod kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja iz čl. 209. KZ-a, ..."

SUDSKA PRAKSA

Kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja je trajno kazneno djelo, tako da kod trajnih kaznenih djela vrijeme počinjenja djela počinje teći zabranjenom radnjom, odnosno propuštanjem dužne radnje i traje sve dok kaznenim djelom zabranjeno stanje traje. U konkretnom slučaju, zabranjeno stanje, prema činjeničnom opisu djela iz optužnog prijedloga trajalo je sve do podnošenja optužnog prijedloga 11. veljače 1998., pa je u pravu državni odvjetnik kada tvrdi da zastara nije mogla nastupiti, obzirom da je riječ o kaznenom djelu za koje je članka 209. stavak 2. KZ propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, za koje kazneno djelo po članku 19. stavak 1. KZ relativna zastara je tri godine, a po članku 20. stavak 6. istog Zakona apsolutna zastara šest godina računajući od počinjenja kaznenog djela (Iz odluke Županijskog suda u Zadru, KŽ-31/1999)

3. SPORNA PITANJA IZ SUDSKE PRAKSE

3.1. OPOZIV UVJETNE OSUDE

Opoziv uvjetne osude sastoji se u povlačenju odluke o uvjetnom odlaganju izvršenja kazne i donošenju odluke o njezinom izvršenju. Do opoziva može doći zbog novog kaznenog djela, zbog ranije počinjenog kaznenog djela i zbog neizvršavanja obveza.

Prema važećem zakonskom uređenju postoji obvezni, obligatorni i fakultativni opoziv uvjetne osude.

Opoziv uvjetne osude obavezan je u dva slučaja:

a) ako je osuđenik u vrijeme provjeravanja počinio jedno ili više kaznenih djela za koja mu je izrečena kazna zatvora u trajanju duljem od jedne godine.

b) ako osuđenik bez opravdanog razloga, u roku koji je određen presudom, ne vrati imovinsku korist ostvarenu kaznenim djelom (članak 58. stavak 1. KZ/11)

Smatra se da je u naprijed navedenim slučajevima osuđenik tako grubo izigrao povjerenje suda da sudu ne treba ostaviti nikakvu mogućnost odlučivanja treba li opozvati uvjetnu osudu.

S druge strane opoziv je fakultativan slijedećim slučajevima:

a) kad se osuđeniku za jedno ili više kaznenih djela počinjenih za vrijeme provjeravanja pravomoćnom presudom izrekne kazna zatvora u trajanju do jedne godine ili novčana kazna (članak 58. stavak 2.)

b) kad osuđenik bez opravdanog razloga krši obvezu koja mu je određena sigurnosnom mjerom izrečenom uz uvjetnu osudu ili u roku koji mu je određen ne izvrši u potpunosti ili većoj mjeri obveze iz članka 62. Kaznenog zakona, ili ih teško ili uporno krši, ili ustrajno izbjegava provođenje zaštitnog nadzora iz članka 64. Kaznenog zakona (članak 58. stavak 5.)

Kod fakultativnog opoziva Zakon daje mogućnosti da novo kazneno djelo bude neznatno ili različito od prethodnog tako da opoziv nije prijeko potreban odnosno da se radi o kršenju obveza koje po svojoj naravi ne mora nužno dovesti od izricanja kazne zatvora.

Sukladno članku 58. stavak 4. KZ/11. kod fakultativnog opoziva uvijek postoji alternativna mogućnost između bezuvjetne kazne za novo kazneno djelo i ostavljanja prijašnje uvjetne osude ili izricanja jedinstvene

²² Citirano iz Stanko Frank, Teorija kaznenog prava prema Krivičnom zakoniku, Školska knjiga, Zagreb, 1955.

²³ Aktualna pitanja novog kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, 2002.

uvjetne osude. Naravno to je moguće samo kada, sukladno odredbama o izricanju jedinstvene kazne, se može izreći kazna kod koje je uvjetna osuda dopuštena. U protivnom, alternativa ne postoji i sudu preostaje za novo kazneno djelo izreći bezuvjetnu kaznu zatora ostavljajući nepromijenjenom prije izrečenu uvjetnu osudu. Potonje će se dogoditi kada su obje utvrđene kazne zatvorske, a mjera jedne od njih iznosi godinu dana.²⁴

Neovisno o tome je li opoziv obvezan ili fakultativan, o njemu odlučuje sud koji je sudio optuženika zbog novog kaznenog djela, i to istom presudom kojom je optuženik za to djelo osuđen. Kad taj sud opozove uvjetnu osudu, postupit će prema odredbama o odmjeravanju kazne za djela u stjecađu (članak 51. stavak 1. KZ/11).

Postupak opoziva uvjetne osude uređen je u članku 564. Zakona o kaznenom postupku ZKP/08.

ZAKONSKI ČLANCI

Postupak za opoziv uvjetne osude

(1) Kad je u uvjetnoj, odnosno djelomičnoj uvjetnoj osudi određeno da će se kazna izvršiti ako osuđenik ne vrati imovinsku korist, ne naknadi štetu ili ne udovolji drugim obvezama, a osuđenik u određenom roku nije udovoljio tim obvezama, prvostupanjski sud provest će postupak za opoziv uvjetne, odnosno djelomične uvjetne osude na prijedlog ovlaštenog tužitelja ili žrtve odnosno oštećenika.

(2) Sudac koji za to bude određen ispitat će osuđenika, ako je dostupan, i provesti potrebne izvide radi utvrđivanja činjenica i prikupljanja dokaza važnih za odluku.

(3) Nakon toga će predsjednik vijeća zakazati sjednicu vijeća o kojoj će izvijestiti tužitelja, osuđenika i žrtvu odnosno oštećenika. Nedolazak stranaka i žrtve odnosno oštećenika, ako su uredno obaviješteni, ne sprečava održavanje sjednice vijeća.

(4) Ako sud utvrdi da osuđenik nije udovoljio obvezi koja mu je bila određena presudom, donijet će presudu kojom će opozvati uvjetnu osudu, odnosno djelomičnu uvjetnu osudu i odrediti izvršenje izrečene kazne kod uvjetne osude, odnosno uvjetovanog dijela kazne kod djelomične uvjetne osude, ili odrediti novi rok za udovoljenje obvezi, ili tu obvezu zamijeniti drugom ili osuđenika osloboditi obveze. Ako sud ustanovi da nema osnove za donošenje koje od tih odluka, rješenjem će obustaviti postupak za opoziv uvjetne, odnosno djelomične uvjetne osude.

(5) Ako se naknadno utvrdi da je osuđenik u vrijeme provjeravanja počinio kazneno djelo za koje je osuđen na kaznu zbog koje je, prema odredbama Kaznenog zakona, trebalo ili bilo moguće opozvati uvjetnu, odnosno djelomičnu uvjetnu osudu, a sud koji ga je osudio na kaznu je propustio o tome odlučiti, prvostupanjski sud koji je izrekao uvjetnu, odnosno djelomičnu uvjetnu osudu donijet će presudu kojom će opozvati uvjetnu, odnosno djelomičnu uvjetnu osudu i odrediti izvršenje izrečene kazne kod uvjetne osude, odnosno uvjetovanog dijela kazne kod djelomične uvjetne osude. Ako sud ustanovi da nema osnove za opoziv uvjetne, odnosno djelomične uvjetne osude, rješenjem će obustaviti taj postupak.

(6) Odluke iz stavka 5. ovog članka donosi sud nakon sjednice vijeća održane u skladu s odredbom stavka 3. ovog članka.

(7) Nakon pravomoćnosti presude iz stavka 5. ovog članka postupit će prema članku 498. ovog Zakona.

U navedenoj zakonskoj odredbi propisano je da će prvostupanjski sud provesti postupak za opoziv uvjetne, odnosno djelomične uvjetne osude na prijedlog ovlaštenog tužitelja ili žrtve odnosno oštećenika. Znači traži se prijedlog kao preduvjet pokretanje postupka opoziva uvjetne osude. Nadalje propisano je ispitivanje osuđenika ukoliko je dostupan kao i provođenje određenih izvidnih radnji. Obvezna je sjednica vijeća o kojoj će se izvijestiti stranke, a nedolazak neke od njih uz preduvjet uredne obaviještenosti, ne sprečava održavanje sjednice. Sud može donijeti više odluka (opoziv uvjetne osude, odnosno djelomične uvjetne osude i određivanje izvršavanja izrečene kazne, određivanje novog roka za udovoljavanje obvezi ili zamjena obveze drugom ili oslobađanjem osuđenika od obveze). Te odluke donosi u obliku presude, a ukoliko sud ustanovi da nema osnova za donošenje neke od naprijed navedenih odluka, rješenjem će obustaviti postupak za opoziv uvjetne, odnosno djelomične uvjetne osude.

²⁴ Citirano iz L. Cvitanović, I. Glavić: Prvi pogled na uvjetnu osudu u novom Kaznenom zakonu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 18, broj 2/2011, str. 773.

U praksi se ukazalo sporno pitanje kakva je priroda postupka opoziva uvjetne osude, odnosno smatra li se taj postupak suđenjem ili se radi o postupku izvršenja pravomoćne presude. Sudska praksa je formirala stav da bi se radilo o primjeni članka 384. stavak 1. KZ/11. koji je u širem smislu riječi izvršenje, a uvjetna osuda je izvršenje kazne pod odgovornim uvjetom.²⁵

Isto tako se u praksi ukazalo dvojbenim pitanje da li izreka presude u kaznenom postupku vođenom protiv okrivljenika radi kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja u slučaju kada se okrivljenika proglašiti krivim treba sadržavati odluku o posebnoj obvezi iz članka 62. stavak 1. točke 1. KZ/11. određenu uz uvjetnu osudu te odluku o imovinskopravnom zahtjevu oštećenika u istovjetnom novčanom iznosu. Izražena mišljenja formirana kroz sudsku praksu dovela su do stava da nema osnova da se oštećeniku, bez obzira na njegov postavljeni zahtjev, dosuđuje imovinskopravni zahtjev ili da ga se sa istim upućuje u parnicu jer u odnosu na iznos uzdržavanja postoji pravomoćna i izvršna presuda donesena u parničnom postupku pa bi se oštećenika eventualno moglo uputiti u parnicu u pogledu kamata.

SUDSKA PRAKSA

Prilikom provođenja postupka opoziva uvjetne osude valja provesti potrebne izvide radi utvrđenja postojanje okolnosti iz članka 69. stavak 5. KZ/11. kako bi se mogla donijeti koja odluka iz članka 472. stavak 4. ZKP/08. (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, Kž-196/04. od 8. srpnja 2004.)

Pretpostavka održavanja sjednice vijeća za opoziv uvjetne osude je uredna dostava poziva osuđeniku. Ako je sjednica vijeća održana i presuda o opozivu uvjetne osude donesena bez prisutnosti osuđenika, za koga dostava poziva nije uredna, tada je sud počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavak 3. ZKP/08. zbog čega presudu treba ukinuti. Uredna obavijest osuđeniku o činjenici održavanja sjednice vijeća radi opoziva njegove uvjetne osude je pretpostavka mogućnosti osuđenika da iznese razloge zbog kojih nije udovoljio obvezi iz presude te je moguće očekivati da bi takav iskaz osuđenika mogao dovesti do drugačije odluke vijeća (Iz odluke Županijskog suda u Bjelovaru, Kž-134/15.) od 30. travnja 2015.)

Odredbe općeg dijela novog KZ/11, koje se odnose na opoziv uvjetne osude kod tzv. dvostrukog uvjeta, blaže su za osuđenika, jer je u čl. 58. st. 8. KZ/11 propisano da se uvjetna osuda zbog neizvršavanja obveza ne može opozvati nakon što je proteklo šest mjeseci od isteka roka određenog za izvršenje obveze. Presudom kojom je osuđeniku opozvana uvjetna osuda i određeno izvršenje izrečene kazne zatvora nakon proteka roka iz čl. 58. st. 8. KZ/11 povrijeđen je kazneni zakon na njegovu štetu, pa je drugostupanjski sud povodom njegove žalbe po službenoj dužnosti preinačio prvostupanjsku presudu i rješanjem obustavio postupak za opoziv uvjetne osude (Iz odluke Županijskog suda u Bjelovaru, Kž-122/2015 od 30. travnja 2015.)

Pri tome valja imati u vidu da se pitanje primjene blažeg zakona u smislu čl. 3. st. 2. KZ/11 ne odnosi na postupke koji su pravomoćno okončani, a u konkretnom predmetu na opoziv uvjetne osude, kako je ranije izloženo u primjeni je izričitom voljom zakonodavca izraženom u čl. 384. st. 1. KZ/11 upravo tekst toga zakona sa rokovima kako ih propisuje KZ/11. (Iz odluke VSRH, III Kr 40/17 od 23. svibnja 2017.)

Kako je pravomoćnom presudom, kojom je osuđenik proglašen krivim zbog kaznenog djela iz članka 293. stavak 1. KZ/97 i kaznenog djela iz članka 626. stavka 1. i 2. Zakona o trgovačkim društvima, određen rok provjeravanja od dvije godine, rok iz članka 58. stavak 8. KZ/11 (ranije članka 69. stavak 7. KZ/97), ima se računati od tada, a ne datuma do kada je osuđeniku produljen rok za naknadu štete. Dakle, za rok za opoziv uvjetne osude sukladno članku 58. stavak 8. KZ/11 (ranije članku 69. stavku 7 KZ/97), istekao je dana 13. veljače 2016., sve računajući od 13. veljače 2013., kada je postala pravomoćnom presuda u kojoj je primijenjena uvjetna osuda. (Iz odluke Županijskog suda u Puli, Kž-260/17 od 4. kolovoza 2017.)

Prvostupanjski sud je obustavio postupak za opoziv uvjetne osude po pravomoćnoj presudi kojom je osuđenik proglašen krivim zbog kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja iz čl. 209. st. 2. KZ/97 počinjenog u razdoblju od 1. srpnja 2011. do 1. svibnja 2012. godine i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od četiri mjeseca, na koju je primijenjena uvjetna osuda sa rokom provjeravanja od dvije godine i pod daljnjim uvjetom da ubuduće uredno ispunjava dužnost uzdržavanja, utvrdivši da je osuđenik u novom kaznenom postupku, zbog kaznenog djela povrede

²⁵ Zajednički sastanak predsjednika i predstavnika kaznenih odjela županijskih sudova i Kaznenog odjela VSRH, Šibenik, 11. i 12. travnja 2016.

dužnosti uzdržavanja iz čl. 172. st. 2. i 1. KZ/11, koje se odnosi na razdoblje od 1. svibnja 2012. do 31. kolovoza 2013. godine, pravomoćnom presudom oslobođen optužbe. Kako se prijedlog za opoziv uvjetne osude zbog neispunjavanja dužnosti uzdržavanja maloljetnog djeteta odnosi na vremensko razdoblje za koje je osuđenik u novom postupku pravomoćno oslobođen optužbe, ispravna je odluka prvostupanjskog suda kojom je obustavljen postupak za opoziv uvjetne osude. (Iz presude Županijskog suda u Bjelovaru, Kžzd-4/2017 od 16. veljače 2017.)

3.3. POSEBNE OBVEZE IZ ČLANKA 62. KAZNENOG ZAKONA (KZ/11.)

Iako su starim Kaznenim zakonom (KZ/97.) bile predviđene neke obveze koje su se mogle izreći počinitelju (dopunske obveze uz uvjetnu osudu iz članka 68. stavak 1. KZ/97. i posebne obveze uz uvjetnu osudu s zaštitnim nadzorom iz članka 71. KZ/97. novim Kaznenim zakonom (Narodne novine broj: 125/11. KZ/11., koji je stupio na snagu 1. siječnja 2013.) te postojeće obveze objedinjene su pod pojmom posebnih obveza u članka 62. KZ/11. te se popis tih posebnih obveza velikim dijelom poklapa s listom „probacijskih mjera i alternativnih sankcija“ iz članka 4. Okvirne odluke 2008/947/JHA.²⁶

Posebne obveze iz članka 62. KZ/11. mogu se podijeliti u dvije kategorije:

1. obveze reparacije ili plaćanja
2. specijalno preventivne obveze

Dobar dio posebnih obveza provodi se uz stručnu pomoć nadležnog tijela za probaciju (posebne obveze iz članka 62. stavak 2. točke 1., 2., 3., 4., 5. i 10.)

Obveza plaćanja uzdržavanja spada u drugu kategoriju obveza cilj kojih je odvratanje od počinjenja kaznenog djela i zaštita žrtve te se provodi uz stručnu pomoć nadležnog tijela za probaciju.

Sve posebne obveze iz članka 62. KZ/11. uz uvjetnu osudu određuju se samostalno (članak 56. stavak 4. KZ/11.) odnosno posebno s rokom koji ne može biti duži od vremena provjeravanja, što vrijedi za sve posebne obveze, pa i one čija je duljina trajanja posebno određena u članku 63. stavku 3. KZ/11, a u slučaju da okrivljenik ne izvrši posebnu obvezu prema odredbi članka 58. stavak 5. KZ/11. sud može, ali i ne mora opozvati uvjetnu osudu, s tim da mogućnost opoziva uvjetne osude treba biti navedena u izreci presude.²⁷

Vrijeme za izvršenje posebnih obveza ne mora odgovarati vremenu provjeravanja, može se naknadno produljiti ili skratiti s tim da ne smije prijeći rok provjeravanja. Što se tiče trajanja obveze plaćanja uzdržavanja njezino trajanje je osim Kaznenim zakonom određeno i drugim propisima (Obiteljski zakon).

Posebna obveza plaćanja uzdržavanja u praksi većinom se određuje u kaznenim postupcima koji se vode zbog kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja djeteta iz članka 172. KZ/11. kojom prilikom sudovi u pravilu izriču kaznu zatvora do 1 (jedne) godine te potom primjenjuju uvjetnu osudu s određenim rokom provjeravanja i obvezom popravljivanja štete u smislu plaćanja zaostalih, dospjelih obroka uzdržavanja i obvezom budućeg urednog ispunjavanja dužnosti uzdržavanja (Opć. s. u Zagrebu, Kzm-55/98.).

U naprijed opisanom slučaju radi se o takozvanoj uvjetnoj osudi s dvostrukim uvjetom gdje je prvi uvjet sama uvjetna osuda, a drugi uvjet plaćanje dospjelih neisplaćenih obroka uzdržavanja, s obvezom daljnjeg urednog plaćanja uzdržavanja.

Uzdržavana osoba ne mora biti isključivo dijete (iako je to većinom slučaj). Uzdržavana osoba može biti i primjerice bivši supružnik (muž ili žena) za kojeg se primjerice u postupku razvoda braka utvrdi da ima pravo na uzdržavanje. S druge strane ne mora niti isključivo kao obveznik plaćanja biti naveden roditelj djeteta već prema Obiteljskom zakonu (članak 216.) u slučaju da roditelj koji je obvezan na plaćanje uzdržavanja to ne čini ili nije od istoga moguće ostvariti to pravo moguće je da njegovi roditelji, djed i baka supsidijarno postanu obveznici plaćanja uzdržavanja pa samim time i kasnije (u slučaju ne plaćanja) i okrivljenici u kaznenom postupku zbog kaznenog djela iz članka 172. KZ/11.

Stavljanjem posebne obveze plaćanja uzdržavanja u presudu njome se postavlja uvjet budućeg redovitog ispunjavanja dužne obveze prema djetetu odnosno drugoj uzdržavanoj osobi. S druge strane iako se uporabom kaznenih instrumenata, uglavnom, u konačnici postiže željeni učinak (da uzdržavana osoba dobi-

²⁶ Okvirna odluka Vijeća 2008/947/PUP od 27. studenoga 2008. o primjeni načela uzajamnog priznavanja presuda i uvjetnih odluka s ciljem nadzora uvjetnih mjera i alternativnih sankcija (SI L 337, 27.11.2008.)

²⁷ Pravno shvaćanje Kaznenog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske Su IV 24/2014-52 od 26. rujna 2014.

je uzdržavanje) treba razmotriti činjenicu da se, zapravo u kaznenim postupcima protiv osoba koje ne plaćaju dužno uzdržavanje sudovi izriču kazne za povredu dužnosti uzdržavanja samo kao prijetnju da bi dužnik iz straha od kazne zatvora ispunio svoju obavezu, a ne da bi ga se kaznilo za takvo postupanje.

SUDSKA PRAKSA

Uvjetna osuda zbog neispunjenja obveze iz članka 62. stavka 1. točke 1. KZ može se opozvati u roku od jedne godine od isteka roka određenog za izvršavanje obveza u vidu kapitaliziranog iznosa svih dospjelih, a neplaćenih obroka uzdržavanja, a kako u odnosu na posebne obveze iz čl. 62. st. 2. točka 10. KZ/11 zakonodavac uopće nije predvidio mogućnost određivanja posebnog roka unutar roka provjeravanja za nju vrijede rokovi provjeravanja određen uz uvjetnu osudu uz rok iz članak 58. stavka 8. KZ/11. (Iz odluke VSRH, III Kr 56/16-6 od 3. kolovoza i 9. rujna 2016.)

Mogućnost izricanja posebne obveze iz članka 62. stavak 1. točke 11. KZ/11. (popravljanje štete nastale kaznenim djelom) u žalbenom postupku postoji samo ako je bio dosuđen imovinskopravni zahtjev (pravno shvaćanje Kaznenog odjela VSRH, Su IV 24/2014-52 od 26. rujna 2014.).

Naime, nema dvojbe da je rok za opoziv uvjetne osude isključivo vezan za rok određen za ispunjenje posebne obveze jer od njegovog proteka i počima teći pa pri opozivu uvjetne osude zbog neispunjenja posebne obveze treba primijeniti onaj rok za opoziv koji je vrijedio u vrijeme određivanja roka za ispunjenje posebne obveze i prije njegovog proteka, kao što je to ovdje bio slučaj. (Iz odluke VSRH, I Kž 689/2016 od 12. rujna 2017.)

Kako je dakle tijekom postupka za opoziv uvjetne osude utvrđeno da osuđeni S. B. bez opravdanog razloga nije izvršio obveze iz čl. 62. KZ/11, te kako nije protekao niti čl. 58. st. 8. KZ/11 propisan rok od godine dana, koji se računa od isteka roka određenog za izvršavanje obveza iz čl. 62. KZ/11, u kojem je moguće zbog neizvršenja posebne obveze opozvati uvjetnu osudu jer je posebna obveza daljnjeg redovitog plaćanja uzdržavanja sukladno čl. 56. st. 1. i 5. KZ/11 tekla sve do isteka vremena provjeravanja tj. do 13.11.2016., pravilno je prvostupanjski sud temeljem čl. 564. st. 4. ZKP/08 osuđeniku opozvao uvjetnu osudu izrečenu presudom Općinskog suda Koprivnica broj K-557/12-28 od 13. rujna 2013. i odredio izvršenje kazne zatvora u trajanju od 1 godine. (Iz odluke Županijskog suda u Varaždinu, Kž-49/2017. od 25. listopada 2017.)

3.4. PITANJE PRESUĐENE STVARI – NAČELO NE BIS IN IDEM

Presuda ESLJP u predmetu Maresti protiv Hrvatske je, tumačenjem odredbe članka 4. stavak 1. Protokola 7. uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda - da se nikome ne može ponovno suditi niti ga se može kazniti u kaznenom postupku iste države za kazneno djelo za koje je već pravomoćno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom te države, dala novi okvir za primjenu načela ne bis in idem u praksi.²⁸

U odnosu na problematiku kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja, a u svjetlu primjene naprijed navedene presude ESLJP-a odnosno načela ne bis in idem, ukazuje se spornim praksa pojedinih državnih odvjetništava i posljedično sudova da višekratno optužuju i osuđuju istu osobu zbog neplaćanja uzdržavanja za istog oštećenika, za razdoblja koja se konsektivno nastavljaju jedno na drugo, čineći vremensku cjelinu odnosno vremenski kontinuitet. Međutim, prva osuda za takvo trajno djelo ujedno je i jedina moguća jer se radi o jednom kaznenom djelu, koje je sankcionirano takvom osudom koja u sebi uključuje i daljnje održavanje stanja – neplaćanje uzdržavanja. Stoga optuženik ne bi mogao biti ponovno procesuiran ni osuđen jer bi time bilo povrijeđeno načelo *ne bis in idem*, s obzirom da je odlučivano o presuđenoj stvari.

Naime, ako bi se u slučaju opoziva uvjetne osude zahtijevalo utvrđenje u posebnom novom postupku počinjenog novog istovrsnog djela (ponovno ne plaćanje uzdržavanja), to bi bilo nemoguće jer je takva obaveza već pokrivena izrečenom posebnom obavezom i osuđujuću presudu u kojoj bi se utvrdila nova kriminalna količina i opozvala ranija uvjetna osuda ne bi bilo moguće donijeti jer bi se, obzirom da se radi o prodluženom kaznenom djelu, radilo o već presuđenoj stvari i osuđujuća presuda ne bi bila moguća.

²⁸ ESLJP Maresti protiv Hrvatske, 55759/07., 25. lipnja 2009.

3.5. PRAVNA SHVAĆANJA I ZAKLJUČCI

Međutim novija sudska praksa prihvaća izmjene Kaznenog zakona odnosno KZ/11. pa je tako u jednoj svojoj odluci sud naveo da kazneno djelo povrede uzdržavanja, s obzirom na razdoblje počinjenja koje završava 31. kolovoza 2014., dakle u vrijeme važenja KZ/11., pravno treba biti označeno, primjenom članka 3. stavak 4. KZ/11., po članku 172. stavak 2. u svezi stavka 1. KZ/11. iz razloga jer se radi o trajnom kaznenom djelu, pa sukladno članku 3. stavak 4. KZ/11., na isto se zbog promjene Kaznenog zakona u razdoblju počinjenja kaznenog djela, stupanjem na snagu KZ/11., 1. siječnja 2013. treba primijeniti zakon koji je vrijedio u vrijeme dovršenja djela. Dakle, kazneno djelo optuženika valja pravno označiti kao kazneno djelo iz članka 172. stavak 2. u svezi stavka 1. KZ/11.

4. UČESTALOST KAZNENIH DJELA POVREDE DUŽNOSTI UZDRŽAVANJA

Prema Državnom zavodu za statistiku u Republici Hrvatskoj je u razdoblju od 29. listopada 2016. do 29. listopada 2019. doneseno ukupno 1614 presuda vezano za kazneno djelo povrede dužnosti uzdržavanja iz članka 172. stavak 1. i 2. KZ/11.

U odnosu na Općinski sud u Vukovaru koji je stvarno nadležan sud za odlučivanje u postupcima iz članka 172. KZ/11. u razdoblju od 2017. do 2019. godine bilo je formirano 212 predmeta koji se odnose na naprijed navedeno kazneno djelo.

Istovremeno pred Županijskim sudom u Vukovaru u razdoblju od 2017. do 2019. godine bila su ukupno 2 predmeta izvršavanja kazne zatvora koji su proizašla iz neplaćanja uzdržavanja.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Nakon sada već dugogodišnje primjene novoga kaznenoga zakona iz 2011 tj. izmjene članka 209. sada članka 172. Kaznenog zakona godine postavlja se pitanje je li doista se ostvarila svrha njegova donošenja odnosno je li intencija zakonodavca da pojednostavi sudske postupke doista uspjela. Odgovor na to pitanje je pozitivan naime Kaznenim zakonom iz 2011. pojednostavljeni su sudski postupci, vezani za počinjenje kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja, koji su trajali dugo, jer se mnogo vremena trošilo na dokazivanje izbjegavanja zaposlenja i ostalih okolnosti koje su se navodile u članku 209. stavak 1. KZ/97. jer radnje koje imaju za cilj izbjegavanje plaćanja uzdržavanja više nisu dio bića kaznenog djela, već je dovoljno da počinitelj ne podmiruje uzdržavanje za osobu koju je po zakonu dužan uzdržavati i to na način, u visini i u rokovima određenim ovršnom ispravom.

Sportskim rječnikom rečeno prebačena je loptica sa tužitelja na optuženika. Sada optuženik da bi se oslobodio odgovornosti za učin kaznenog djela povrede dužnosti uzdržavanja morat preuzeti aktivnu ulogu jer se više u postupku ne može braniti pasivno, čekajući da tužitelj dokaže da je poduzimao radnje u cilju izbjegavanja plaćanja uzdržavanja, već sada on mora zauzeti aktivnu ulogu u postupku i u slučaju postojanja ovršne isprave mora dokazati da iz opravdanih razloga nije bio u mogućnosti plaćati uzdržavanja.

Kaznenim zakonom iz 2011. godine ostvaren je cilj donošenja novog zakona i u vrlo kratkom vremenskom periodu broj kaznenih djela neplaćanje uzdržavanja smanjio za trećinu, a sudovima je dana mogućnost da u vrlo kratkom roku i efikasno okončaju kazneni postupak protiv počinitelja toga kaznenog djela, čime je Republika Hrvatska ujedno ispoštovala preuzete obveze iz članka 27. stavak 4. Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima djeteta od 20. studenoga 1989. godine

6. LITERATURA:

1. Garačić A., Kazneni zakon u sudskoj praksi opći dio, Biblioteka pravo i zakoni, Libertin naklada, Rijeka 2016.
2. Garačić A., Kazneni zakon u sudskoj praksi posebni dio, Biblioteka pravo i zakoni, Libertin naklada, Rijeka 2016.
3. Garačić A., Izuzeci od primjene blažeg zakona, Novine u kaznenom zakonodavstvu, Opatija 2016.
4. Novoselec P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.

5. Gliha D. i Pintarić A., Pravo djeteta na roditeljsko uzdržavanje, Pravni fakultet, Sveučilišta u Zagrebu, 2014.
6. Turković K. i Maršavelski A., Reforma sustava kazni u novom Kaznenom zakonu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj: 2/2012, str. 795-817
7. Singer M., Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 198, str. 177.
8. Pavišić B. i Veić P., Komentari Kaznenog zakona, MUP, Zagreb, 1999., str. 414.
9. Cvitanović L. i Glavić I., Prvi pogled na uvjetnu osudu u novom Kaznenom zakonu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj: 2/2011., str. 755-778
10. Frank S., Teorija kaznenog prava prema Krivičnom zakoniku, Školska knjiga, Zagreb, 1975.
11. Petranović M., Zastara kaznenog progona i izvršenja kaznenih sankcija, Aktualna pitanja novog kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, 2002.
12. Konvencija UN-a o pravima djeteta, 1989.
13. Konvencija UN-a o ostvarivanju alimentacijskih zahtjeva u inozemstvu, 1956.
14. Kazneni zakon, KZ/97 (Narodne novine broj: 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08., 57/11., 77/11., 125/11., 143/12.)
15. Kazneni zakon, KZ/11 (Narodne novine broj: 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19.)
16. Zakon o kaznenom postupku, ZKP/08 (Narodne novine broj: 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13, 145/13, 152/14.)
17. Obiteljski zakon (Narodne novine broj: 103/15. 98/19.)
18. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine broj: 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 5/14.)
19. Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog Kaznenog zakona, Zagreb, srpanj 2011.
20. Smjernice Vijeća Europe o pravosuđu, 2010.
21. Okvirna odluka Vijeća 2008/947/PUP o primjeni načela uzajamnog priznavanja presuda i uvjetnih odluka s ciljem nadzora uvjetnih mjera i alternativnih sankcija od 27. studenoga 2008., SI L 337

Marin Mrčela*
Buga Mrzljak-Stenzel**

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 2019. kao i pregled nekoliko najnovijih odluka Suda Europske unije važnih za kaznenu granu sudovanja. Također se daje pregled predmeta Vrhovnog suda Republike Hrvatske u kojem je najviši sud po prvi puta podnio zahtjev za donošenje prethodne odluke Suda Europske unije, a u povodu kojega je Sud Europske unije tumačio značenje ranije odobrenog azila u državi stranci Sporazuma o Europskom gospodarskom području za postupak odlučivanja o izručenju trećoj državi.

1. ZBIRNI PREGLED ODLUKA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA DONESENIH U PREDMETIMA PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE U 2019.

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 2019. odlučivao o ukupno 727 zahtjeva protiv Republike Hrvatske, od kojih je u 2019. bilo podneseno njih 712. ESLJP je ukupno 711 zahtjeva (97,79 %) proglasio nedopuštenima ili ih brisao s liste predmeta.² O preostalih 16 zahtjeva (2,20 %) odlučeno je presudama. U jednoj presudi nije pronađena niti jedna povreda, u jednoj je presudi dio zahtjeva protiv Republike Hrvatske odbačen kao nedopušten (povreda je pronađena u odnosu na Grčku), a u devet je presuda pronađena barem jedna povreda Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.³

ESLJP objavljuje sve odluke koje donose odbori, vijeća ili veliko vijeće. U 2019. objavljeno je 50 odluka donesenih u postupcima protiv Republike Hrvatske. Od toga je 11 presuda, 25 su odluke o nedopuštenosti zahtjeva, a 14 su odluke kojim su zahtjevi brisani s liste predmeta.

* 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://echr.coe.int/Documents/CP_Croatia_ENG.pdf

² Te je odluke donio sudac pojedinac u pogledu 665 zahtjeva (91,47%), a odbor i vijeće ESLJP-a u pogledu 46 zahtjeva (6,32%).

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.

Predmet ovoga rada su odluke objavljene 2019. u predmetima protiv Republike Hrvatske koje se izravno ili neizravno odnose na kaznenu granu sudovanja.⁴ Takvih je 25 odluka (50 %).⁵ Od toga, jedna je presuda (4,00 %) u kojoj nije pronađena niti jedna povreda, a sedam su presude (28%) u kojima je pronađena barem jedna povreda, 12 (48,00 %) su odluke kojima je zahtjev je odbačen kao nedopušten, a 5 (20,00 %) su odluke kojima su zahtjevi brisani s liste predmeta (od toga tri iz razloga jer podnositelji nisu poduzeli potrebnu procesnu radnju (očitovanja na dopis tajništva ESLJP-a), a dvije jer je s podnositeljima Vlada sklopila prijateljsku nagodbu).

2. PREGLED OBJAVLJENIH ODLUKA ESLJP-A PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE IZ 2019. KOJE SE IZRAVNO ILI NEIZRAVNO ODNOSI NA KAZNENU GRANU SUDOVANJA

Odluke ESLJP-a iz 2019. koja se odnose na kaznenu granu sudovanja mogu se razvrstati prema člancima Konvencije koje je ESLJP u njima razmatrao.⁶

➤ Članak 2. Konvencije (pravo na život):

Kušić protiv Hrvatske (ratni zločin, neučinkovita istraga) – zahtjev odbačen zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava (ustavne tužbe).⁷

➤ Članak 3. Konvencije (zabrana mučenja):

A. i B. protiv Hrvatske (prigovor neučinkovite istrage zbog kaznenog djela spolne zlouporabe djeteta protiv oca djeteta). ESLJP je presudio da nije došlo do povrede postupovnog aspekta članka 3. Konvencije na štetu djeteta (podnositeljice B). Zahtjev majke (podnositeljice A) odbačen je kao nedopušten *ratioane personae*. Sažetak i raščlamba presude se daju u nastavku.⁸

Ulemek protiv Hrvatske (uvjeti u zatvoru). Uvjeti u Zatvoru u Zagrebu u kojima je podnositelj dijelom imao jedva 3m2 osobnog prostora, a dijelom niti toliko, unatoč relativno kratkom boravku u tom zatvoru (od 12. svibnja do 6. lipnja 2011.) doveli su do povrede članka 3. Konvencije. Nasuprot tome, prostorni uvjeti u Zatvoru u Glini gdje je podnositelj imao na raspolaganju 3,1 do 4,11 m2 osobnog prostora, a zadnjih deset dana prije puštanja na slobodu manje od 3m2, nisu doveli do povrede članka 3. Konvencije. Do povrede tog članka nije došlo niti zbog odvajanja od ostalih zatvorenika smještajem u jednokrevetnu prostoriju niti zbog uvjeta stomatološkog liječenja u tom zatvoru.⁹

Brdar protiv Hrvatske (nestanak podnositeljevog oca kojeg su prethodno odveli pripadnici hrvatske vojske; prigovor zbog povrede materijalnog aspekta članka 3. Konvencije). Zahtjev brisan s liste predmeta nakon sklapanja prijateljske nagodbe.¹⁰

⁴ 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. U tom smislu, u kaznene predmete potpadaju i prekršajni predmeti. S druge strane, određeni postupci građansko-pravne prirode u konvencijskom smislu, kao što je na primjer postupak upućivanja u psihijatrijsku ustanovu nakon pravomoćnosti „utvrđujuće“ presude iz članka 554. stavka 1. Zakona o kaznenom postupku („Narodne novine“, broj 152/08., 76/09., 80/11., 121/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14., 70/17. i 126/19., dalje ZKP/08.-19.) popadaju pod pravila domaćeg kaznenog i izvanparničnog postupka. Stoga, 25 odluka koje se izravno ili neizravno odnose na kazneni postupak uključuju domaće postupke iz kaznene grane sudovanja, prekršajne postupke i izvanparnične postupke vođene prema Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama.

⁵ Tim odlukama odlučeno je o ukupno 37 pojedinačno podnesenih zahtjeva koji su sadržavali jedan ili više prigovora zbog povrede Konvencije.

⁶ Ako se u jednom predmetu odlučivalo o prigovorima zbog povreda više članaka, onda se takav predmet navodi kod svake odredbe na koju se odnosi.

⁷ Kušić protiv Hrvatske, zahtjev broj 71667/17., odluka od 10. prosinca 2019.

⁸ A i B protiv Hrvatske, zahtjev broj 7144/15., presuda od 20. lipnja 2019., konačna 4. studenog 2019.

⁹ Ulemek protiv Hrvatske, zahtjev broj 21613/16., presuda od 31. listopada 2019., konačna 15. travnja 2020.

¹⁰ Brdar protiv Hrvatske, zahtjev broj 33663/18., odluka od 26. studenog 2019.

Crnković protiv Hrvatske (zlostavljanje, uhićenje i razmjena s pripadnicima hrvatske vojske) – zahtjev odbačen kao nedopušten. ESLJP je utvrdio da se podnositelj u stvari nije žalio zbog neučinkovite istrage, nego zbog ishoda parničnog postupka zbog naknade štete u kojem je tužba bila podnesena nakon proteka zastarnog roka.¹¹

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

Čutura protiv Hrvatske (produljenje prisilnog smještaja neubrojivog okrivljenika nakon „utvrđujuće» presude, procesna jamstva, učinkovito sudjelovanje u postupku, učinkovito zastupanje) – povreda članka 5. stavka 1. Konvencije.¹²

Osmanović protiv Hrvatske (ustavnosudski postupak u povodu ustavne tužbe protiv rješenja o istražnom zatvoru) – predmet brisan s liste predmeta zbog sklapanja prijateljske nagodbe.¹³

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

Sršen protiv Hrvatske (kazneni postupak zbog izazivanja prometne nesreće sa posljedicom smrti). Zahtjev podnositeljice proglašen je nedopuštenim. ESLJP je odlučivao o dva prigovora:

- zbog povrede prava na branitelja u fazi uzimanja uzoraka krvi i urina nakon nesreće (članak 6. stavak 1. i 3. točka c. Konvencije). ESLJP je ocijenio da je ovaj prigovor očito neosnovan,
- zbog povrede povlastice zabrane samooptuživanja izjavom podnositeljice policajcima o tome da je upravljala vozilom kojim je skrivljena nesreća (članak 6. stavak 1. Konvencije) - prigovor očito neosnovan.¹⁴

Ringwald protiv Hrvatske (kazneni postupak zbog zlouporabe opojnih droga). Zahtjevi podnositelja proglašeni su nedopuštenima. ESLJP je odlučivao o dva prigovora:

- zbog povrede članka 6. stavka 1. Konvencije zbog upotrebe dokaza pribavljenih posebnim izvidima – prigovor očito neosnovan, jer su nalozi suca istrage bili obrazloženi u skladu sa zahtjevima iz članka 8. Konvencije,
- zbog povrede članka 6. stavka 2. Konvencije zbog izjava policijskog načelnika da se podnositelji „neće izvući“. ESLJP je istaknuo da je u drugostupanjskoj odluci bilo izričito navedeno da su javne izjave policijskih službenika bile neprihvatljive i u suprotnosti s člankom 28. Ustava koji jamči pretpostavku nedužnosti, no da one nisu mogle utjecati na kazneni postupak. ESLJP je prigovor prvog podnositelja odbacio zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava, smatrajući da su domaća tijela priznala povredu zbog čega je podnositelj trebao pokrenuti parnicu radi naknade štete. Istovrsni prigovor druge podnositeljice bio je odbačen jer ona taj prigovor nije istaknula na svim razinama postupka, nego tek po prvi puta u ustavnoj tužbi.¹⁵

Bosak i drugi protiv Hrvatske (zlouporaba opojnih droga). ESLJP je odlučivao o četiri vrste prigovora:

- povredi članka 6. stavka 1. Konvencije zbog korištenja dokaza pribavljenih tajnim nadzorom, na temelju dva naloga istražnog suca koji nisu sadržavali odgovarajuće obrazloženje i time doveli do povrede prava na privatnost iz članka 8. Konvencije – prigovori očito neosnovani,

¹¹ Crnković protiv Hrvatske, zahtjev broj 69697/11., odluka od 26. studenog 2019.

¹² Čutura protiv Hrvatske, zahtjev broj 55942/15., presuda od 10. siječnja 2019., konačna istog dana. Presuda je donesena prema Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama („Narodne novine«, broj 11/97., 27/98., 128/99. i 79/02., dalje ZZODS/97).

¹³ Osmanović protiv Hrvatske, zahtjev broj 67681/10., odluka od 12. studenog 2019. Riječ je o povredi sličnoj povredi iz Krnjak grupe predmeta protiv Hrvatske (zahtjev broj 11228/10., presuda od 28. lipnja 2011.) U Krnjak grupi predmeta povreda je pronađena jer je Ustavni sud odbio odlučivati o žalbama protiv rješenja o istražnom zatvoru zato što je u međuvremenu doneseno novo rješenje ili zato što je okrivljenik u međuvremenu bio pušten na slobodu. Ustavni je sud u međuvremenu izmijenio svoju praksu, a postupak izvršenja Krnjak grupe predmeta pred vijećem ministara je zatvoren. Više na: <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%22EXECCDocumentTypeCollection%22:%22CEC%22,%22EXEAppno%22:%2211228/10%22,%22EXEIdentifier%22:%22004-12121%22>}.

¹⁴ Sršen protiv Hrvatske, zahtjev broj 30305/13, odluka od 22. siječnja 2019.

¹⁵ Ringwald protiv Hrvatske, zahtjevi broj 14590/15. i 25405/15., odluka od 22. siječnja 2019. ESLJP je ranije, u presudi Dragojević protiv Hrvatske (zahtjev broj 68955/11., presuda od 15. siječnja 2015.), presudio da upotreba dokaza pribavljenih uporabom posebnih izvida, čije nalaganje nije bilo u skladu s člankom 8. Konvencije nije dovela do povrede članka 6. Konvencije. Sada, u Ringwaldu, niti samo određivanje posebnih izvida nije bilo u suprotnosti sa zahtjevima iz članka 8. Konvencije.

- povredi članka 6. stavka 1. Konvencije zbog korištenja dokaza pribavljenih tajnim nadzorom, na temelju naloga istražnog suca i postupka koji su bili u skladu s Konvencijom – prigovori očito neosnovani,
- povredi članka 6. stavka 1. Konvencije zbog nedostavljanja podnesaka državnog odvjetništva obrani u žalbenom dijelu postupka - povreda članka 6. stavka 1. Konvencije (tzv. „Zahirović tip“ povrede),
- povredi članka 6. stavka 1. i stavka 3. točke c) Konvencije zbog odsutnosti podnositelja sa sjednice žalbenog vijeća, u postupku koji se vodio prema odredbama ZKP/97. prema kojem pozivanje optuženika ovisi o ocjeni svrhovitosti - povreda članka 6. stavka 1. i stavka 3. točke c) Konvencije (tzv. „Zahirović tip“ povrede),
- povredi članka 6. stavka 1. točke d) Konvencije zbog odbijanja dokaznih prijedloga obrane za ispitivanjem svjedoka obrane - nema povrede.

Sažetak i raščlamba presude Bosak i drugi iznose se u nastavku teksta.¹⁶

Kliba protiv Hrvatske (nedostavljanje podneska državnog odvjetnika u žalbenom postupku) – povreda članka 6. stavka 1. Konvencije („Zahirović tip“ povrede).¹⁷

Šimundić protiv Hrvatske (nedostavljanje podneska državnog odvjetnika u žalbenom postupku). ESLJP je zaključio da podnesak državnog odvjetnika nije bio obrazložen, nije sadržavao nikakav prijedlog i bio je čisto tehničke prirode – prigovor očito neosnovan, zahtjev proglašen nedopuštenim.¹⁸

Hodžić protiv Hrvatske (kazneni postupak protiv neubrojivog okrivljenika; načelo jednakosti stranaka u postupku; osporavanje nalaza vještaka; učinkovito sudjelovanje u postupku; upućivanje u psihijatrijsku ustanovu) – povreda članka 6. Konvencije (kazneni aspekt), povreda članka 6. stavka 1. Konvencije (građanski aspekt). Sažetak i raščlamba presude iznose se u nastavku.¹⁹

Ljubas protiv Hrvatske (prvostupanjska osuda zbog kaznenog djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz članka 292. stavka 2. alineje 4. KZ/97. preinačena osuda zbog utaje poreza ili carine iz članka 256. stavak 1. KZ/11., prigovor zbog neodgovarajućeg obrazloženja pravnog kontinuiteta) - zahtjev brisan s liste predmeta jer podnositelji nisu poduzeli potrebnu procesnu radnju.²⁰

Klasić protiv Hrvatske (razbojništvo – povreda prava na branitelja nakon uhićenja) – zahtjev proglašen nedopuštenim. Detaljan prikaz odluke iznosi se u nastavku.²¹

Smoković protiv Hrvatske (kazneni postupak zbog tjelesne ozljede; prigovor zbog ocjene činjenica i dokaza te iznošenja završnog govora optužbe nakon završnog govora obrane). ESLJP je ocijenio da se podnositelj u stvari žalio zbog ishoda kaznenog postupka, a to ne potpada pod doseg članka 6. stavka 1. Konvencije. Odluke domaćih sudova bile su prikladno obrazložene i nisu bile proizvoljne. Što se tiče redosljeda iznošenja završnih govora, ESLJP navodi da se članak 6. Konvencije ne može tumačiti tako da daje pravo na iznošenje završnih govora dvaput ili po određenom redu. Zbog toga je prigovor zbog povrede članka 6. stavka 1. Konvencije očito neosnovan.²²

Čudina protiv Hrvatske (kazneni postupak zbog teške tjelesne ozljede, prigovor povrede prava na nepristran sud iz članka 6. stavka 1. Konvencije očito neosnovan). Sutkinja koja je provela četiri rasprave u prvostupanjskom postupku u kojem se optuženiku sudilo u odsutnosti, bila je članica vijeća koje je odlučivalo o žalbi protiv prvostupanjske presude donesene u obnovljenom postupku. Drugostupanjsko vijeće je prvo ukinulo

¹⁶ Bosak i drugi protiv Hrvatske, zahtjev broj 40429/14., 41536/14., 42804/14., 58379/14, presuda od 6. lipnja 2019., konačna 7. listopada 2019. ESLJP je donio više odluka protiv Republike Hrvatske u kojima je pronašao povredu zbog nedostavljanja podneska državnog odvjetnika u žalbenom postupku i/ili zbog nepozivanja optuženika na žalbeni sjednicu vijeća, što je rezultiralo prvo promjenom prakse, a potom i odredaba ZKP/08. Prva takva odluka ESLJP-a protiv Republike Hrvatske bila je presuda *Zahirović protiv Hrvatske* (broj zahtjeva 58590/11. od 25. travnja 2013.).

¹⁷ Kliba protiv Hrvatske, zahtjev broj 30375/16, presuda od 18. travnja 2019. Presudu je ESLJP donio u sastavu odbora od tri suca, jer je u postupku bila riječ o pitanju o kojem postoji ustaljena sudska praksa (članak 28. stavak 1. točka b. Konvencije).

¹⁸ Šimundić protiv Hrvatske, zahtjev broj 22388/16., odluka od 26. ožujka 2019. Za razliku od ostalih predmeta tipa *Zahirović*, u Šimundiću podnesak državnog odvjetnika nije bio obrazložen niti je sadržavao bilo kakav prijedlog sudu. S obzirom na to da je podnesak bio čisto tehničke prirode, ne može se reći da načela jednakosti oružja i prava na kontradiktoran postupak iz članka 6. stavka 1. Konvencije nisu bili poštovani. Zbog toga je prigovor podnositelja ocijenjen očito neosnovanim te je zahtjev odbačen kao nedopušten.

¹⁹ Hodžić protiv Hrvatske, zahtjev broj 28932/14., presuda od 4. travnja 2019. konačna 4. srpnja 2019.

²⁰ Ljubas protiv Hrvatske, zahtjev broj 4101/14., odluka od 18. lipnja 2019.

²¹ Klasić protiv Hrvatske, zahtjev broj 79249/13., odluka od 22. listopada 2019.

²² Smoković protiv Hrvatske, zahtjev broj 57849/12., odluka od 57849/12.

prvostupanjsku presudu donesenu u obnovljenom postupku, a potom je potvrdilo osuđujuću presudu donesenu u ponovljenom suđenju. Zbog ograničenog sudjelovanja u prvom prvostupanjskom postupku, sutkinja nije izrazila nikakvo stajalište o krivnji podnositelja. Osim toga, drugostupanjsko vijeće u čijem je radu sutkinja sudjelovala, prethodno je ukinulo je prvostupanjsku osuđujuću presudu.²³

Škrlić protiv Hrvatske (povreda prava na nepristran sud iz članka 6. stavka 1. Konvencije). Sudac koji je sudio u prekršajnom postupku se nekoliko dana prije, zbog sukoba s majkom podnositelja, suglasio s zahtjevom za izuzeće koji je podnositelj podnio u drugom postupku. Zahtjev za izuzeće u tom (drugom) postupku bio je prihvaćen. Podnositelj je tvrdio da je zahtijevao izuzeće suca i u prvom postupku, međutim u spisu se nije nalazio takav zahtjev. ESLJP je istaknuo da nije vjerojatno da se situacija suca mogla promijeniti samo nekoliko dana nakon što je pristao biti izuzet u drugom predmetu protiv podnositelja. Prema tome, morao je biti svjestan okolnosti koje opravdavaju njegovo izuzeće. Takve okolnosti mogle su objektivno izazvati legitimne sumnje u nepristranost suca, a mogle su otvoriti i pitanje prema subjektivnom testu i čak otkriti osobnu pristranost motiviranu sučevim animozitetom s majkom podnositelja zahtjeva. U takvim okolnostima ESLJP nije uopće smatrao potrebnim odlučivati o tome je li podnositelj pravilno iscrpio domaći pravni put tj. je li stvarno podnio zahtjev za izuzeće ili ne. ESLJP mjerodavnom smatra činjenicu da je u nacionalnom pravu izričito navedena obveza suca da odmah izvjesti predsjednika suda o okolnostima koje opravdavaju njegovo izuzeće. Ustavni sud Republike Hrvatske jedini je mogao otkloniti povredu usvajanjem ustavne tužbe, ali to nije učinio.²⁴

Šimunić protiv Hrvatske – (prekršaj iz članka 4. stavka 1. podstavka 7. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima zbog uzvikivanja „Za dom!“ nakon nogometne utakmice). Podnositelj se žalio zbog povrede članka 6. stavka 1. Konvencije zbog nedosljednosti sudske prakse, te s tim u vezi i na povredu članka 1. Protokola 12. Konvencije (opća zabrana diskriminacije) te članka 13. Konvencije (pravo na djelotvoran pravni lijek) – prigovori očito neosnovani.²⁵

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

Glavašić i Tankosić protiv Hrvatske (zlouporaba položaja i ovlasti, pojam „druga osoba“, pravni kontinuitet) – zahtjev brisan s liste predmeta jer podnositelji nisu poduzeli potrebnu procesnu radnju.²⁶

Ljubas protiv Hrvatske (prvostupanjska osuda zbog kaznenog djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz članka 292. stavka 2. alineje 4. KZ/97. preinačena u osudu zbog utaje poreza ili carine iz članka 256. stavak 1. KZ/11., pitanje pravnog kontinuiteta) - zahtjev brisan s liste predmeta jer podnositelji nisu poduzeli potrebnu procesnu radnju.

Smoković protiv Hrvatske (kazneni postupak zbog tjelesne ozljede; retroaktivna primjena novih, dužih, zastarnih rokova, pri čemu u vrijeme stupanja na snagu zakona kojim su zastarni rokovi produženi nije nastupila apsolutna zastara) – prigovor odbačen zbog nespojivosti *rationae materiae* s odredbama članka 7. Konvencije.

Šimunić protiv Hrvatske – Podnositelj se žalio da uzvikivanje „Za Dom!“ zbog kojeg je osuđen nije bilo propisano kao zabranjeno – ESLJP je prigovor odbacio zbog neiscrpljivanja domaćeg pravnog puta, jer podnositelj nije na svim razinama postupka izrijekom prigovario povredi načela zakonitosti

Lopac i drugi protiv Hrvatske (prekršajni i upravni carinski postupak radi neplaćanja carine na privremeni uvoz vozila,) – povreda članka 7. Konvencije („Žaja“ tip povrede).²⁷

²³ Čudina protiv hrvatske, zahtjev broj 30370/13., odluka od 10. prosinca 2019.

²⁴ Škrlić protiv Hrvatske, zahtjev broj 32953/13., presuda od 11. lipnja 2019., konačna 11. listopada 2019.

²⁵ Šimunić protiv Hrvatske, zahtjev broj 20373/17., odluka o nedopuštenosti od 22. siječnja 2019. Sažetak i raščlamba presude dani su u prošlogodišnjem radu „Novije odluke sudova Vijeća Europe i Europske unije u predmetima iz kaznene grane sudovanja, Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2019., Zbornik radova, Opatija 6.-7. svibnja 2019. (dalje u tekstu: Novije odluke Sudova VE i EU - 2019.).

²⁶ Glavašić i Tankosić, zahtjev broj 33797/17; 37679/17., odluka 14. svibnja 2019

²⁷ Lopac i drugi protiv Hrvatske, zahtjev broj 7834/12., 43801/13., 19327/14., 63535/16., presuda od 10. listopada 2019., konačna istog dana. U predmetu Žaja protiv Hrvatske (zahtjev broj 37462/09, presuda od 4. listopada 2016.) ESLJP je presudio da „podnositelj zahtjeva nije mogao, čak i uz pravne savjete informirane osobe, razlikovati dopustivo i zabranjeno ponašanje i stoga nije mogao predvidjeti uz stupanj sigurnosti koji zahtijeva članak 7. Konvencije da će ulazak u Republiku Hrvatsku njegovim automobilom, premda očigledno ima uobičajeno boravište u Češkoj Republici, predstavljati prekršaj“. ESLJP je naveo da formulacija članka 5.

➤ **Članak 8. (pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života):**

Ringwald protiv Hrvatske (nalozi suca istrage o određivanju i produljenju posebnih izvida) – prigovor očito neosnovan, zahtjev odbačen kao nedopušten.²⁸

Bosak i drugi protiv Hrvatske (nalozi suca istrage o određivanju i produljenju posebnih izvidima). ESLJP je ispitivao više prigovora:

- prigovor zbog nedostatka odgovarajućeg obrazloženja - povreda u odnosu na četvrtog podnositelja u pogledu dva naloga (tzv. „Dragojević tip“ povrede); nema povrede u pogledu preostalih prigovora,
- prigovor zbog tajnog nadzora u odnosu na drugog i trećeg podnositelja koji su se nalazili u inozemstvu, a razgovori su bili snimljeni na temelju naloga protiv prvog podnositelja („slučajni nalaz“) – nema povrede članka 8. Konvencije,
- prigovor zbog pogrešne primjene domaćeg zakona (primjeni tajnog nadzora prema odredbama ZKP/97. a ne prema posebnim odredbama ZUSKOK/05.²⁹ – nema povrede članka 8. Konvencije.

Sažetak i raščlamba presude *Bosak*, iznose se u nastavku teksta.

Tolić i drugi protiv Hrvatske (vlasnici stanova u Vrbanima III u Zagrebu u kojima je voda bila zagađena) – prigovor očito neosnovan, zahtjev odbačen kao nedopušten.³⁰

A. i B. protiv Hrvatske (prigovor neučinkovite istrage zbog kaznenog djela spolne zlouporabe djeteta protiv oca djeteta). ESLJP je presudio da nije došlo do povrede postupovnog aspekta članka 8. Konvencije na štetu djeteta, podnositeljice B. Ostatak zahtjeva, zbog povrede članka 8. u pogledu nadzora roditeljske skrbi koji je provodio centar za socijalnu skrb, odbačen je kao očito neosnovan. Zahtjev majke (podnositeljice A) odbačen je kao nedopušten *ratioane personae*. Sažetak i analiza presude iznose se u nastavku teksta.

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

Šimunić protiv Hrvatske – prekršajna osuda na novčanu kaznu zbog uzvikivanja „Za Dom!“ nakon nogometne utakmice nije predstavljala povredu prava podnositelja na slobodu izražavanja – prigovor očito neosnovan.

➤ **Članak 13. Konvencije (pravo na djelotvoran pravni lijek):**

Ulemek protiv Hrvatske (uvjeti u zatvoru). ESLJP je ocjenjivao hrvatski pravni sustav u cjelini: preventivno sredstvo prema Zakonu o izvršavanju kazne zatvora (pritužba zatvorenika, odnosno zahtjev za sudsku zaštitu), kompenzatorno sredstvo naknade štete u parničnom postupku te ustavnosudsku zaštitu koja je dopuštena za oba pravna puta. ESLJP je ocijenio da su navedena pravna sredstva predstavljaju učinkovita pravna sredstva te da stoga nije došlo do povrede članka 13. Konvencije.

➤ **Članak 1. Protokola 1. (zaštita vlasništva):**

Vladić protiv Hrvatske (prekršajni i upravni carinski postupak radi neplaćanja carine na privremeni uvoz vozila) – zahtjev brisan s liste premeta, jer podnositelj nije poduzeo potrebnu procesnu radnju.³¹

Lopac i drugi protiv Hrvatske (prekršajni i upravni carinski postupak radi neplaćanja carine na privremeni uvoz vozila, „Žaja“ tip predmeta) – povreda članka 1. Protokola 1. Konvencije.

Aneksa C Konvencije o privremenom uvozu („Istanbulska konvencija“), a posebno njezin prijevod na hrvatski jezik dovode do nesigurnosti i dvojbe i da je tumačenje te odredbe od strane domaćih tijela bilo nedosljedno. Prostor ostavljen nadležnim tijelima za tumačenje i primjenu te odredbe bio je suviše širok da bi osigurao učinkovit mehanizam zaštite od proizvoljnog progona, osude ili kažnjavanja.

²⁸ ESLJP je prvo u *Dragojeviću*, a potom i u nizu drugih odluka, presudio da su obrazloženja naloga istražnog suca predstavljala povredu članka 8. Konvencije. Konkretno „postupak za nalaganje i nadziranje provođenja mjera prisluškivanja telefona podnositelja nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti, niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njegova privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo „nužno u demokratskom društvu“. Međutim, sada u *Ringwaldu*, ESLJP je ocijenio da nalozi istražnog suca u vezi s upotrebom mjera tajnog nadzora nisu sadržavali samo zakonski izraz da se „istraga ne može provesti na drukčiji način ili da bi to bilo izrazito teško“. Ti su nalozi sadržavali obrazloženja koja su se temeljila na specifičnim činjenicama predmeta i posebnim okolnostima koje upućuju na osnovanu sumnju da je prvi podnositelj zahtjeva počinio kazneno djelo i da se istraga ne može provesti drugim, manje nametljivim sredstvima

²⁹ Zakon o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala („Narodne novine“ 88/01., 12/02., 33/05. i 48/05., dalje ZUSKOK/05)

³⁰ *Tolić i drugi protiv Hrvatske*, zahtjev broj 13482/15., odluka od 14. lipnja 2019.

³¹ *Vladić protiv Hrvatske*, 34664/12., odluka od 26. ožujka 2019.

➤ **Članak 2. Protokol broj 4. Konvencije (sloboda kretanja)**

Hernadi protiv Hrvatske (određivanje istražnog zatvora iz osnove u članku 123. stavka 1. točke 1. ZKP/08., odbijanje prijedloga za opoziv istražnog zatvora, europski uhidbeni nalog) - zahtjev nedopuštenim zbog neiscrpljivanja domaćeg pravnog puta. ESLJP je u odluci naveo da se podnositelj u ustavnim tužbama nije izrijekom pozivao na povredu slobode kretanja iz članka 2. Protokola broj 4.

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

Smoković protiv Hrvatske (prekršajni postupak zbog prekršaja protiv javnog reda i mira dovršen obustavom postupka zbog nastupa zastare, kazneni postupak zbog tjelesne ozljede) – zahtjev odbačen zbog nespojivosti s *rationae materiae* s odredbama Konvencije. Obustava postupka zbog zastare nema značenje niti osuđujuće niti oslobađajuće presude.³²

Mesić i drugi protiv Hrvatske (osuda u prekršajnom postupku i izricanju preventivne mjere prema Zakonu o zaštiti od nereda na športskim natjecanjima) – zahtjev odbačen kao nedopušten jer prigovor nespojiv *rationae materiae* s odredbama Konvencije.³³

3. VAŽNIJE ODLUKE ESLJP-A DONESENE U POSTUPCIMA PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE U 2019. U KAZNENOJ GRANI SUDOVANJA

3.1 HODŽIĆ PROTIV HRVATSKE

Presuda Hodžić donesena je u povodu postupka koji se vodio prema odredbama ZKP/08. prije izmjena iz „Narodnih novina“ broj 152/14. te prema odredbama ZZODS/97,³⁴ kojima nije bila propisana mogućnost određivanja psihijatrijskog liječenja na slobodi. Unatoč tomu, presuda Hodžić je važna jer se u toj presudi ESLJP bavio tzv. privatnim vještačenjima i njihovom značenju za prava obrane i za kazneni postupak.

Činjenice predmeta Hodžić bile su sljedeće. Prvostupanjski je sud utvrdio da je podnositelj u nebrojivom stanju počinio dva protupravna djela prijetnje te mu je na temelju članka 554. stavka 1. ZKP/08. („Narodne novine“ 152/08. - 143/12.) odredio prisilni smještaj u psihijatrijsku ustanovu u trajanju 6 mjeseci. Podnositelj je poricao počinjenje djela i postojanje duševne bolesti – shizofrenije. Tijekom postupka je dostavio povijest bolesti s nalazom i mišljenjem svog psihijatra, prema kojem je imao poremećaj u ponašanju koji zahtijeva psihološko liječenje i prema kojem bi prisilan smještaj u psihijatrijsku ustanovu negativno utjecao na liječenje. Predložio je ispitivanje svoje liječnice obiteljske medicine i psihijatra.

Prvostupanjski je sud pročitao isprave koje je dostavio podnositelj te zaključio da su one nevjerodostojne jer su u suprotnosti s nalazom vještakinje i jer je upitna psihijatrova objektivnost, budući da je pregledu i terapiju podnositelj sam plaćao vlastitim sredstvima. Prvostupanjski je sud odbio ispitati liječnicu obiteljske medicine jer je ocijenio da ona „nema stručna saznanja za davanje mišljenja o eventualnoj ubrojivosti okrivljenika“, a i jer je vještakinja navela je da je uzela u obzir i dokumentaciju te liječnice. Ispitivanje psihijatra prvostupanjski je sud odbio iz istih razloga (bez daljnjeg obrazlaganja). Naime, utvrđujuća presuda temeljila se na nalazu vještakinje

³² Treba istaknuti da se praksa ESLJP-a u ovom području razilazi od prakse Suda Europske unije, prema kojoj se, kako je to navedeno u presudi Gasparini i drugi, C-467/04., od 28. rujna 2006., načelo *ne bis in idem* iz članka 54. CISA-e primjenjuje u odnosu na odluku suda države članice donesenu nakon pokretanja postupka kojom je optuženik pravomoćno „oslobođen zbog nastupa zastare“. O presudi Gasparini je ESLJP vodio računa tijekom odlučivanja u predmetu Smoković. U odnosu na pitanje područja prava Vijeća Europe odnosno Europske unije, treba imati na umu da se konvencijski izričaj Protokola 7. članka 4. Konvencije kojim je propisano načelo *ne bis in idem* odnosi na postupak „iste države“. To znači da se primjena tog članka ograničava na nacionalni nivo. Stoga ESLJP pritužbe zbog povrede načela *ne bis in idem* koje se odnose na više od jedne zemlje proglašava nedopuštenima (Gestra protiv Italije, odluka Komisije; Amrollahi protiv Danske; Sarria protiv Poljske).

³³ Mesić i drugi protiv Hrvatske, zahtjevi broj 792/16., 5677/16., 21599/16., 27292/16., 38450/16., odluka od 12. veljače 2019. Odluka se temelji na ranijoj odluci *Seražin protiv Hrvatske* (19120/15., 9. listopada 2018.). ESLJP je primjenom *Engel* mjerila zaključio da preventivna mjera izricanja zabrane odlaska na sportska natjecanja (koja se temeljilo na ranijoj prekršajnoj osudi) nije imala kaznenopravni karakter tj. da nije bila riječ o odlučivanju o optužbi „kazneno djelo“.

³⁴ ZZODS/97, Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama iz Narodnih novina broj 11/97., 27/98., 128/99. i 79/02.)

koja međutim nikada nije razmotrila medicinsku dokumentaciju i mišljenje podnositeljevog psihijatra. K tome, prvotno podnesena optužnica bila je vraćena radi dopune psihijatrijskog vještačenja. U dopuni vještakinja nije u potpunosti postupila prema uputi vijeća jer nije pribavila dokumentaciju podnositeljevog psihijatra, nego samo liječnice obiteljske medicine. Navela je da s psihijatrom nije mogla stupiti u kontakt jer je otišao u mirovinu. Vještakinja je k tomu, navela da joj je dijagnoza bila jasna nakon prvog pregleda i da joj nisu potrebne nikakve nove isprave. Izjavila je da dokaze o psihičkom stanju podnositelja *tempore criminis* ne mogu dati podnositeljev psihijatar ili liječnica obiteljske medicine. Županijski je sud odbio podnositeljevu žalbu, a Ustavni je sud proglasio ustavnu tužbu nedopuštenom. Županijski je sud smatrao da nema potrebe ispitivati psihijatra i liječnicu obiteljske medicine jer oni nisu ovlašteni sudski vještaci.

Nakon pravomoćnosti presude, Županijski je sud u Zagrebu naložio smještanje podnositelja u psihijatrijsku ustanovu. Podnositelj je u međuvremenu otišao u Sarajevo, gdje su ga pregledala dva vještaka za psihijatriju i psiholog koji su zaključili da boluje od raznih histrijskih psihičkih poremećaja, ali ne i paranoidne shizofrenije. Podnositelj se žalio protiv rješenja o upućivanju, pozivajući se na nalaz sarajevskih vještaka. Međutim žalba mu je odbijena uz obrazloženje da ništa u njegovima tvrdnjama nije dovelo u sumnju nužnost njegovog upućivanja u psihijatrijsku ustanovu prema presudi kaznenog suda. Podnositelj je u daljem tijeku postupka ostao nedostupan sudu.

U presudi Hodžić ESLJP je tumačio konvencijske zahtjeve u pogledu:

- a) *postupka prema okrivljenicima s duševnim smetnjama*: ESLJP navodi da se, zbog važnosti prava na pravično suđenje u demokratskom društvu, članak 6. stavak 1. Konvencije ne smije restriktivno tumačiti. U predmetima protiv okrivljenika s duševnim smetnjama, potreba održavanja tih prava trebala bi biti veća upravo zbog njihove nemoći. Domaće vlasti moraju pokazati potrebnu marnost u osiguravanju njihovog učinkovitog sudjelovanja u postupku i moraju posebno pažljivo postupati da okrivljenici s duševnim smetnjama ne bi bili u nepovoljnijem položaju u usporedbi s drugim okrivljenicima.
- b) *dokazivanja u kaznenom postupku i ocjeni dokaza općenito*: ESLJP navodi da člankom 6. stavkom 1. Konvencije nisu propisana nikakva pravila o dopuštenosti dokaza ili načinu ocjene dokaza pa su to pitanja koja se uređuju nacionalnim pravom. Ocjenu domaćih sudova ESLJP preispituje samo ako su njihova utvrđenja proizvoljna te očigledno nerazumna.
- c) *načina odlučivanja o dokaznim prijedlozima stranaka i obrazlaganju odluka*: ESLJP tumači da Konvencija zahtijeva da domaći sudovi u svojim presudama primjereno navedu razloge na kojima se one temelje. To ne znači i obvezu pružanja detaljnog odgovora na svaku iznesenu tvrdnju, ali znači potrebu pružanja konkretnog i izričitog odgovora na tvrdnje koje su presudne za ishod tog postupka. Konvencija također sadrži pravo stranaka u postupku da iznesu očitovanja koja smatraju važnim za svoj predmet. To znači da okrivljenik treba stvarno biti „saslušan“, odnosno, da su njegova očitovanja propisno ispitana od strane sudova. Pri tome, sudovi trebaju imati na umu da načelo jednakosti stranaka u postupku zahtijeva da svaka stranka dobije razumnu priliku izložiti svoje argumente pod uvjetima koji ju ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na njenog protivnika.
- d) *dokazivanja vještačenjem*: ESLJP navodi da zahtjev poštenog suđenja ne nameće obvezu raspravnom sudu da odredi vještačenje ili koju drugu dokaznu radnju samo zato što je stranka to zatražila. Domaći sud treba odlučiti je li potrebno ili dovoljno važno prihvatiti predloženi dokaz. Ako dokaz nije važan za bit stvari optužbe, sud ga slobodno može odbiti. Međutim, pravila o dokazivanju ne bi trebala prekomjerno otežati ili onemogućiti obrani ostvarivanje prava iz članka 6. Konvencije. U određenim okolnostima može biti teško osporiti izvještaj vještaka bez pomoći drugog vještaka u odgovarajućem području. Prema tome, u takvim situacijama, samo pravo obrane da predloži sudu određivanje još jednog vještačenja nije dovoljno. Kako bi učinkovito ostvarila to pravo, obrana mora imati istu priliku predstaviti svoje „vještačenje“. To pravo nije apsolutno i oblici u kojima obrana može zatražiti pomoć vještaka mogu se razlikovati. Što se tiče ocjene provedenog vještačenja, u prvom je redu na domaćim sudovima da ocijene znanstvenu kvalitetu različitih psihijatrijskih mišljenja te u tom pogledu oni imaju određenu slobodu procjene. Zaključci međutim ne smiju biti proizvoljni ili neznanstveni.
- e) *lišenja slobode na temelju vještačenja*: ESLJP navodi da se pravilu mjera koja rezultira lišenjem slobode treba odrediti na temelju „dovoljno nedavnog“ medicinskog vještačenja. Ono ovisi o specifičnim okolnostima predmeta. U nekim situacijama propust domaćih vlasti da razmotre traje li još uvijek psihički

poremećaj neke osobe i je li njezina prisilna hospitalizacija nužna u trenutku kad je upućuju u psihijatrijsku bolnicu može otvoriti pitanje proizvoljnosti. U vrijeme donošenja mjere kojom se osoba lišava slobode zbog psihičkog poremećaja mora se pouzdano utvrditi da ta osoba boluje od tog poremećaja. Međutim valjanost daljnjeg lišenja slobode mora ovisiti o postojanosti psihičkog poremećaja, a to znači da treba uzeti u obzir promjene u psihičkom stanju.

Primjenjujući ova načela na konkretan predmet ESLJP je zaključio da je u postupku prema podnositelju došlo do povrede i u kaznenopravnom i u građanskopravnom aspektu članka 6. stavka 1. Konvencije.

- a) Kaznenopravni aspekt. ESLJP smatra da su domaći sudovi nekritički prihvatili razloge vještakinje, a da nisu ispitali pouzdanost njezina nalaza. Naime, vještakinja je prvo provela vještačenje bez potrebne medicinske dokumentacije. Potom je dopunu nalaza izradila bez potrebne psihijatrijske dokumentacije. Nije objasnila koje je mjere poduzela kako bi stupila u kontakt s podnositeljevim psihijatrom. Niti sud nije pozvao psihijatra da dostavi dokumentaciju. Vještačenje bez psihijatrijske dokumentacije nije otklonilo rizik da je razmotrena medicinska dokumentacija bila nepotpuna za razumijevanje stvarnog stanja. S druge strane, podnositelj je dostavio nalaz svojeg psihijatra koji je bio suprotan nalazu vještakinje, a koji je domaći sud odbacio kao nepouzdan. Domaći je sud odbio ispitati psihijatra pozivajući se na razloge zbog kojih je odbio ispitivanje liječnice obiteljske medicine, tj. nedostatak potrebnih stručnih saznanja. Bezuvjetno se pozivajući na nalaz vještakinje i odbijajući dokaze predložene u ime obrane, domaći su sudovi doveli podnositelja zahtjeva u nepravedno nepovoljan položaj. Mogućnost podnositelja zahtjeva da ospori zaključke vještakinje bila je otežana budući da nije pribavljeno drugo vještačenje koje bi se bavilo njegovim prigovorima. Na taj način podnositelju nije bila pružena prilika da ispita „vještaka“ u svoje ime. U tako složenom području kao što je psihičko stanje pojedinca i predviđanje opasnosti koju predstavlja može biti teško osporiti izvješće vještaka bez pomoći drugog vještaka u odgovarajućem području. Stoga je u kaznenom postupku došlo do povrede načela jednakosti strana iz kaznenopravnog aspekta članka 6. stavka 1. Konvencije.
- b) Građanskopravni aspekt. ESLJP ističe da je od vještačenja do rješenja o upućivanju u psihijatrijsku ustanovu prošlo gotovo trinaest mjeseci. U vrijeme donošenja toga rješenja naknadno mišljenje psihijatar iz Sarajeva dovelo je u pitanje nalaz vještakinje, a time i potrebu smještaja podnositelja zahtjeva u psihijatrijsku ustanovu. Osim toga, podnositelj se nalazio na slobodi više od godinu dana nakon puštanja iz istražnog zatvora, a tijekom tog razdoblja nije došlo ni do kakvog incidenta niti su domaće vlasti pokušale pokrenuti postupak prisilnog zadržavanja i prisilnog smještaja. ESLJP je utvrdio da se u takvim okolnostima predmeta, postavljanje općeg ograničenja na mogućnost podnositelja da u fazi upućivanja u postupku iznese bilo kakav dokaz u vezi s potrebom za smještajem u bolnicu, čak i kada je prošlo dosta vremena od prvotnog rješenja o upućivanju, ne može uskladiti sa zahtjevima pravičnog suđenja. Stoga je postupak bio u suprotnosti sa zahtjevima članka 6. stavka 1. Konvencije u njegovom građanskom aspektu.

Imajući na umu sve izloženo, smatramo da je prvostupanjski sud pravilno pročitao privatni nalaz podnositeljevog psihijatra kao ispravu. Na taj bi način trebalo bi pristupati svim „privatnim nalazima“ uz naglasak da je riječ o ispravi, a ne nalazu vještaka, bez obzira o tome tko je takvu ispravu sačinio. To zato što vještačenje određuje i vještaka za konkretan predmet imenuje samo tijelo koje vodi postupak. Prvostupanjski je sud pogriješio u tome što vještakinju nije ponovno pozvao da se očituje o onome što je u „privatnom nalazu“ bilo navedeno jer je takvo očitovanje bilo važno i moglo je utjecati na ishod postupka.

Nadalje, vezano za povredu građanskopravnog aspekta povrede, izričaj obrazloženja drugostupanjske odluke (da ništa u podnositeljevim tvrdnjama nije dovelo u sumnju nužnost njegovog upućivanja u bolnicu utvrđenu kaznenom presudom) mogao bi se tumačiti na način da je izvanraspravni sud u fazi upućivanja (ne u fazi produljenja!) ovlašten (pre)ispitivati odluku kaznenog suda.³⁵ Smatramo međutim da se odluka kazne-

³⁵ Niti ZZODS/14., niti ZZODS/97. ne propisuju razloge zbog kojih se može podnijeti žalba. Međutim odredbe oba zakona o postupku donošenja rješenja o upućivanju neubrojive osobe u psihijatrijsku ustanovu i sadržaju tog rješenja ne upućuju na to da je izvanraspravni sud u ovoj fazi postupka nadležan preispitivati odluku kaznenog suda. Uloga izvanraspravnog suda u ovoj fazi postupka (upućivanja, ne produljenja prisilnog smještaja) usporediva je s ulogom suca izvršenja nakon pravomoćnosti kaznene osuđujuće presude. Nije sporno da, prema tumačenju ESLJP-a, Konvencija zahtijeva da se mjera koja rezultira lišenjem slobode treba temeljiti na „dovoljno nedavnom“ medicinskom vještačenju. Međutim, postupak, prema našem mišljenju potpada pod pitanje nacionalnog

nog suda može preispitivati samo u okviru kaznenog postupka. Zbog toga je pravilan pravni put bio podnošenje zahtjeva za obnovu postupka zbog novih činjenica ili novih dokaza.³⁶

3.2 BOSAK I DRUGI PROTIV HRVATSKE

Presuda Bosak i drugi nastavlja se na prigovore kakvima se ESLJP već bavio u predmetima tipa *Dragojević (kvaliteta obrazloženja naloga suca istrage za provođenjem posebnih izvida/posebnih dokaznih radnji, uporaba dokaza pribavljenih na temelju nedovoljno obrazloženih naloga)* i *Zahirović (nedostavljanje podneska državnog odvjetnika u žalbenom dijelu postupka i nepozivanje optuženika lišenog slobode na žalbenu sjednicu)*.³⁷ Međutim, novost presude je ocjena sukladnosti tzv. „slučajnog dokaza“ s Konvencijom te provođenje trodijelnog testa iz *Murtazaliyeva za ocjenu je li odbijanjem dokaznih prijedloga obrane došlo do povrede prava okrivljenika iz članka 6. stavaka 1. i 3. točke d) Konvencije*.³⁸ Osim toga, presuda je preispitala i zaključke domaćih sudova o valjanosti nadzora nad izvršenjem naloga za tajni nadzor provedenog prema odredbama ZKP/97. a ne prema odredbama ZUSKOK/05. koji je *lex specialis*.³⁹

ESLJP je presudio da je došlo do povrede članka 8. Konvencije zbog nedostatka odgovarajućeg obrazloženja u odnosu na četvrtog podnositelja i to u odnosu na dva naloga kojim su određene odnosno produljene mjere nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu.⁴⁰ Međutim, ESLJP je također presudio da nije došlo do povrede članka 8. Konvencije u odnosu na ostatak naloga izdanih protiv prvog, drugog, trećeg i četvrtog podnositelja. Ti nalozi sadržavali su obrazloženja koja su se temeljila na konkretnim činjenicama predmeta kao i razloge zašto se izvidi nisu mogli provesti drugim, manje nametljivim sredstvima.

Podnositelji zahtjeva su nadalje tvrdili da su se osim prvog naloga, svi ostali nalozi za tajni nadzor temeljili na odredbama ZKP/97., a ne na odredbama članka 41. i 42. ZUSKOK/05., koji je propisivao kraće rokove, nadležnost vijeća za produljenje mjere, dužnost dostave dnevnih izvještaja i ekskluzivno pravilo. Vrhovni je sud u drugostupanjskoj odluci objasnio da temeljenje tih naloga na odredbama ZKP/97., a ne na odredbama ZUSKOK/05. ne čini naloge nezakonitima. Isto tako, činjenica da policija nije dostavljala dnevne izvještaje istražnom sucu nije naloge činila nezakonitima jer je izvještaj bio podnesen nakon provođenja mjera. ESLJP je istaknuo da je tumačenje i primjena domaćeg prava u prvom redu zadatak domaćih vlasti. On stoga ispituje jesu li tumačenje i primjena proizvoljni ili očigledno nerazumni. Tumačenje domaćih sudova da se mjere tajnog nadzora na temelju članka 180. stavka 1. ZKP/97. u vezi s kaznenim djelima u nadležnosti ZUSKOK-a mogu provoditi na temelju ZKP/97. nije proizvoljno niti očigledno nerazumno. Sam postupak za određivanje i nadziranje provođenja mjera bio u skladu s pretpostavkama zakonitosti, te je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njihova privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo „nužno u demokratskom društvu“. Zbog toga nije došlo do povrede članka 8. Konvencije.

Dakle, ESLJP je zaključio da je samo u odnosu na dva naloga izdana protiv četvrtog podnositelja nedostatak odgovarajućeg obrazloženja doveo do povrede članka 8. Konvencije. Ostali su nalozi bili odgovarajuće obrazloženi, a njihova utemeljenost na odredbama ZKP/97. a ne ZUSKOK/05 nije imala za posljedicu nezakonitost prema odredbama domaćeg prava niti je bila protivna članku 8. Konvencije.

zakonodavstva, a preispitivanje odluke kaznenog suda treba doći u obzir u okviru kaznenog postupka.

³⁶ ESLJP se u presudi *Hodžić* time nije bavio jer se u postupku u tom pravcu nije problematiziralo neiscrpljivanje domaćih pravnih sredstava.

³⁷ Metodologija po kojoj ESLJP ocjenjuje je li (nedovoljno) obrazloženje naloga suca istrage bilo u suprotnosti s konvencijskim zahtjevom iz članka 8. Konvencije, te je li uporaba dokaza pribavljenih na temelju naloga koji je predstavljalo povredu članka 8. dovela do nepravичnosti postupka navedena je u radu „Novije odluke sudova VE i EU – 2019“.

³⁸ *Murtazaliyeva protiv Rusije*, 36658/05., 18. prosinca 2018. Pregled presude i mjerila iz *Murtazaliyeva* također su dani u radu „Novije odluke sudova VE i EU – 2019“.

³⁹ U međuvremenu je donesen i ZKP/08. i novi Zakon o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. Presuda Bosak i drugi bavi se zakonima koji su bili na snazi u vrijeme donošenja domaćih presuda.

⁴⁰ U tom dijelu presuda Bosak referira se na *Dragojevića* u kojem je ESLJP utvrdio da nedostatak obrazloženja naloga istražnog suca, zajedno s praksom domaćih sudova da zaobilaze taj nedostatak obrazloženja retroaktivnim opravdavanjem upotrebe tajnog nadzora, nije bio u skladu s mjerodavnim domaćim pravom te u praksi nije osigurao odgovarajuće mjere zaštite od moguće zlouporabe. ESLJP je stoga smatrao da takva praksa nije u skladu s pretpostavkom zakonitosti niti je dovoljna da ograniči miješanje u pravo podnositelja zahtjeva na poštovanje njegova privatnog života i dopisivanja na ono što je „nužno u demokratskom društvu“.

Međutim, drugi i treći podnositelj su prigovarali da je tajni nadzor protiv njih bio nezakonit i time protivan članku 8. Konvencije jer: (1) je bio određen protiv treće osobe (prvog podnositelja) (2) su rezultati takvog tajnog nadzora korišteni u kaznenom postupku koji se vodio protiv njih te (3) jer se nadzor za vrijeme dok su oni bili u inozemstvu provodio bez podnošenja zahtjeva za međunarodnu pravnu pomoć u kaznenim stvarima.

ESLJP je radi ocjene osnovanosti tih prigovora kojima se problematizira "slučajan nalaz" ispitao:

- 1) jesu li osporeni nalozi bili u skladu sa zakonom,
- 2) jesu li osporeni nalozi bili nužni,
- 3) jesu li podnositelji imali priliku osporavati naloge, osobito zakonitost i nužnost mjera.

ESLJP je zaključio da su osporeni nalozi bili zakoniti. Bila je riječ o nalogima koji su bili dostatno obrazloženi, a osim toga a njihova utemeljenost na odredbama ZKP/97. a ne ZUSKOK/05 nije imala za posljedicu nezakonitost. Drugi i treći podnositelj zahtjeva mogli učinkovito osporavati prisluškivanje telefona kojem su bili podvrgnuti. Njihovi prigovori – da nalozi za tajni nadzor nisu bili dostatno obrazloženi; da je postupak nadzora nad izvršenjem tih bio nezakonit; i da nalozi nisu bili izdani u odnosu na njih te da su se u Nizozemskoj provodili protiv njih bez podnošenja zahtjeva za međunarodnu pomoć – bili su ispitani su od strane domaćih sudova koji su ih ocijenili neosnovanima. ESLJP je istaknuo da istražni sudac nije izdao naloge u odnosu na drugog i trećeg podnositelja zahtjeva u Nizozemskoj nego u odnosu na prvog podnositelja. Telefonski razgovori drugog i trećeg podnositelja bili su presretani i snimani na temelju zakonitog naloga protiv prvog podnositelja zahtjeva s kojim su oni kontaktirali. Budući da su sudjelovali u kriminalnim aktivnostima prvog podnositelja zahtjeva, koji je bio pod tajnim nadzorom, odnosno aktivnostima koje su predstavljale kataloško kazneno djelo iz članka 181. ZKP/97., domaći su sudovi smatrali da se tako pribavljeni dokazi mogu koristiti u kaznenom postupku protiv njih. Taj zaključak temelji se na mjerodavnom domaćem pravu i sudskoj praksi u pogledu takozvanog „slučajnog nalaza“. Zbog toga nije došlo do povrede članka 8. Konvencije.

ESLJP je potom odlučivao o prigovorima podnositelja da su osuđeni na temelju nezakonitih dokaza pribavljenih tajnim nadzorom. Podnositelji su tvrdili da im je povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz članka 6. stavka 1. Konvencije. I ovdje je bila riječ o prigovorima tipa *Dragojević*. *Osnovno je načelo da ESLJP ispituje je li postupak u cjelini bio pravičan, uključujući način na koji su dokazi pribavljeni. Metodologija koju ESLJP primjenjuje u pogledu načina pribavljanja dokaza sastoji se u ispitivanju:*

- 1) je li dokaz pribavljen kršenjem nekog konvencijskog prava,
- 2) je li okrivljenik mogao učinkovito osporavati vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njegovom korištenju, neovisno o tome je li u tome bio uspješan,
- 3) je li dokaz bio pouzdan,
- 4) važnosti dokaza.

U ovome je predmetu ESLJP, kako je to maloprije navedeno, utvrdio da je došlo povrede članka 8. Konvencije u odnosu na četvrtog podnositelja i to u odnosu na dva naloga. To znači da dokazi pribavljeni protiv ostalih podnositelja na temelju naloga koji su bili u skladu s člankom 8. Konvencije nisu bili „nezakoniti“ u konvencijskom smislu. Navodi tih podnositelja u pogledu dokaza pribavljenih tim nalogima nisu upućivali na neku drugu povredu pravičnosti iz članka 6. stavka 1. Konvencije. Zbog toga je prigovor prvog, drugog i trećeg podnositelja očito neosnovan. S druge strane, ESLJP je pronašao povredu članka 8. Konvencije u pogledu dva naloga izdana protiv četvrtog podnositelja. Zbog toga je nastavio s provođenjem testa za ocjenu pravičnosti postupka s obzirom na dokaze koji su pribavljeni tim nalogima. Utvrdio je da je četvrtom podnositelju bila pružena učinkovita mogućnost osporavati vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njihovom korištenju, neovisno o tomu što ishod nije bio uspješan za podnositelja. Dokaz je bio pouzdan, a sve sumnje obrane u točnost snimaka bile su pravilno ispitane. Niti ESLJP nije našao ništa što bi dovelo u sumnju pouzdanost i točnost dokaza. Osporeni dokazi bili su odlučujući za osudu protiv podnositelja. Međutim, taj element nije odlučujući činitelj za ocjenu o pravičnosti postupka. Naime, kada je sadržaj snimaka predstavljao točne i pouzdane dokaze, potreba za daljnjim dokazima je u skladu s time slabija. Stoga je i ovaj prigovor odbačen kao očito neosnovan.

ESLJP je dalje, kao u presudi *Zahirović*, presudio je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije u odnosu na prvog, drugog i trećeg podnositelja zahtjeva u pogledu propusta u dostavljanju podneska državnog odvjetnika obrani u žalbenom dijelu postupka. Također, presudio je da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. i stavka 3. točke c) Konvencije u odnosu na prvog podnositelja zahtjeva u pogledu njegove odsutnosti sa sjednice žalbenog vijeća.⁴¹

⁴¹ Prvi podnositelj se u vrijeme žalbene sjednice nalazio u pritvoru. Nije niti tražio da ga se pozove na sjednicu vijeća. ESLJP je za-

Naposljetku je ESLJP odlučivao o prigovoru četvrtog podnositelja zbog povrede članka 6. stavaka 1. i 3. točke d) Konvencije. On je tvrdio da nije bio mogao osigurati prisutnost svjedoka obrane pod istim uvjetima kao tužiteljstvo. Konkretno, podnositelj je između ostaloga bio optužen zbog prodaje kokaina određenom kupcu. U postupku je bio prihvaćen njegov prijedlog za ispitivanjem tog kupca. Kupac je iskazao da drogu nije kupio od podnositelja nego od treće osobe i da to mogu potvrditi dva svjedoka. Podnositelj je predložio da se ispitaju ta dva svjedoka, no prijedlog je bio odbijen. ESLJP je u istaknuo da prigovor treba ispitati prema mjerilima trodijelnog testa iz *Murtazaliyeva*. *To znači da treba odgovoriti na tri pitanja:*

(1) Je li zahtjev za ispitivanjem svjedoka bio dostatan obrazložen i važan za predmet optužbe?

(2) Jesu li domaći sudovi razmotrili važnost tog iskaza i pružili dostatan obrazloženje za odluku da ne ispitaju svjedoka na raspravi?

(3) Je li odluka domaćih sudova da ne ispitaju svjedoka narušila sveukupnu pravičnost postupka

Provodeći trodijelni test ESLJP je zaključio (1) da je prijedlog podnositelja bio dovoljno obrazložen i da je mogao osnažiti njegov položaj u postupku, ali da je (2) raspravni sud dao dovoljne razloge za odbijanje, jer da iskaz predloženih svjedoka ne bi promijenio zaključak koji se temeljio na rezultatima posebnih izvada, snimljenim razgovorima i oduzetoj drogi i da (3) pravičnost postupka u cjelini nije bila dovedena u pitanje. Zbog toga prigovor četvrtog podnositelja predstavlja samo neslaganje s ocjenom dokaza domaćih sudova, a ESLJP tu ocjenu ne smatra niti proizvoljnom niti očigledno nerazumnom. Zbog toga nije došlo do povrede članka 6. stavaka 1. i 3. točke d) Konvencije.

3.3. A I B PROTIV HRVATSKE

ESLJP je utvrdio da donošenjem rješenja o odbačaju kaznene prijave i donošenjem rješenja o odbačaju istražnog zahtjeva oštećenice kao tužiteljice protiv C-a, oca djevojčice podnositeljice B, zbog kaznenog djela spolne zlouporabe djeteta, u vrijeme kada je ona imala četiri i pol godine, nije došlo do povrede postupovnog aspekta članka 3. i 8. Konvencije na štetu podnositeljice B. Ostatak zahtjeva, zbog povrede članka 8. u pogledu nadzora roditeljske skrbi koji je provodio centar za socijalnu skrb, odbačen je kao očito neosnovan. Zahtjev majke (podnositeljice A) odbačen je kao nedopušten *ratioane personae* jer majka nema status žrtve.

Iako se suština predmeta svodi na ocjenu učinkovitosti istrage u konvencijskom smislu, premet je važan jer je ESLJP posebno ocjenjivao i zaštitu prava žrtve - djeteta. Također, iako je zahtjev ESLJP-u podnijela majka djevojčice u svoje i kćerkino ime, ESLJP je (doduše tri godine nakon podnošenja zahtjeva), po prvi puta pozvao Hrvatsku odvjetničku komoru da djevojčici postavi punomoćnika jer je utvrdio postojanje mogućeg sukoba interesa između majke, podnositeljice A i djevojčice, podnositeljice B.

ESLJP je utvrdio da Republika Hrvatska ima odgovarajući zakonodavni i pravni okvir za postupanje po navodima o (seksualnom) zlostavljanju djece: KZ/11. propisuje kazneno djelo spolne zlouporabe djeteta mlađeg od 15 godina, zadovoljenje pohote pred djetetom i upoznavanje djeteta s pornografijom. ZKP/08. osigurava posebna prava djeci žrtvama. Također su doneseni i posebni protokoli za postupanje u predmetima obiteljskog nasilja, seksualnog zlostavljanja i zlostavljanja i zanemarivanja djeteta. Nadalje, ESLJP je utvrdio da su u okolnostima konkretnog predmeta, državna tijela pravilno primijenila zakonodavni okvir, uvažavajući posebnu ranjivost djeteta. Rješenje o odbačaju kaznene prijave temeljilo se na zaključku da je djevojčica bila izložena neprimjerenom sadržaju, ali da nije bilo dokaza da je otac djevojčicu seksualno zlostavljao. Osim toga bilo je navedeno da se zbog majčinog utjecaja, od djevojčice više ne može dobiti istinit iskaz.⁴² ESLJP je

ključio da mu se ne može predbaciti činjenica da nije zatražio da osobno prisustvuje sjednici.

⁷⁰ zato jer prema članku 374. stavku 2. ZKP/97. predsjednik žalbenog vijeća osigurava nazočnost optuženika koji se nalazi u pritvoru samo ako nazočnost smatra svrhovitim. U ovom predmetu, Vrhovni je sud izričito naveo da neće osigurati nazočnost optuženika, koji su bili u pritvoru i imali su odvjetnika.

⁴² Prema nalazu multidisciplinarnog tima Poliklinike ABR kod djevojčice nisu pronađeni znakovi seksualnog zlostavljanja jer opis okolnosti i afektivni odgovor nisu pratili izgovorene riječi. Postojao je rizik od emocionalnog zlostavljanja jer je nalaz upućivao na pritisak i utjecaj majke na djevojčicu. Poliklinika je preporučila praćenje djevojčice i nadzor nad roditeljskom skrbi. Prema nalazu psihijatra ZK-a, djevojčica je opisala seksualno zlostavljanje od strane oca, a majka je opisala neprimjeren ponašanje djevojčice prema trećim osobama (npr. poljupce u usta, guranje prsta u donje rublje, guranje prsta u rektum mačke). Tijekom pregleda B je manifestirala neprimjeren ponašanje prema psihijatru. Prema nalazu Poliklinike djevojčica pokazuje prerani interes za seksualnost pa njezino ponašanje upućuje na traumu. Zbog

zaključio da su domaća tijela prije odluke o odbačaju kaznene prijave poduzela sve razumne mjere radi zaštite prava podnositeljice B i da su postupali u njezinom najboljem interesu. Stoga u okolnostima konkretnog predmeta nije došlo do povrede postupovnog aspekta članaka 3. i 8. Konvencije. Što se tiče postupka nadzora roditeljske skrbi, ESLJP je smatrao da je Centar za socijalnu skrb poduzeo niz mjera s ciljem normalizacije odnosa među roditeljima. U provođenje mjera bili su uključeni psiholog, psihijatar, pedagog i socijalni radnici. Majci je bila pružena pomoć radi boljeg nošenja sa situacijom, a susreti s ocem bili su provedeni pod nadzorom. Centar je održao savjetovanje i sa stručnjacima iz vrtiće i škole u koju je B u međuvremenu krenula. Stoga je zahtjev zbog povrede članka 8. u pogledu nadzora roditeljske skrbi odbačen kao očito neosnovan.⁴³

Predmet A i B problematizira pitanje zaštite interesa djeteta žrtve kaznenog djela u kojem se kao mogući počinitelj javlja jedan roditelj uz istovremeno postojanje ozbiljnih pokazatelja da drugi roditelj utječe na iskaz djeteta. Treba primijetiti da djevojčici nije bio postavljen poseban skrbnik prema članku 53. ZKP/08. kojom je propisana mogućnost njegovog imenovanja u situaciji u kojoj su interesi djeteta u suprotnosti s interesima roditelja. Smatramo da tu mogućnost ne bi trebalo vezivati samo uz dijete oštećenika, nego uz dijete žrtvu uopće ako su interesi djeteta u suprotnosti s interesima roditelja.

3.4. KLASIĆ PROTIV HRVATSKE

Predmet Klasić protiv Hrvatske bavi se pitanjem prava na pristup branitelju u najranijim fazama postupka. Temelji se na načelima iz presude *Beuze protiv Belgije* kojom je snižen standard iz ranijih presuda ESLJP-a.⁴⁴

Činjenice predmeta bile su sljedeće. Podnositelj je bio uhićen zbog sumnje da je počinio razbojništvo.

Prema podnositeljevoj verziji događaja, on je bio više sati smješten u zaključanu prostoriju u policijskoj stanici gdje su ga četiri policijska službenika psihički zlostavljala i neformalno ispitivala bez prisutnosti odvjetnika. Unatoč tomu što je tražio da se pozove njegov branitelj D.Š., policija je pozvala odvjetnicu A. B. Nakon njezina dolaska policijski je službenik počeo diktirati tekst zapisnika koji je braniteljica potpisala, iako nije

duljeg ozbiljnog sukoba među roditeljima djevojčica je emocionalno i socijalno zanemarena od strane oba roditelja. Poliklinika je bila je stava da je djevojčica bila izložena neprimjerenom sadržaju i/ili ponašanju odraslih sa seksualnim konotacijama. Djevojčicu nije bilo moguće ispitati. Prije odluke o skrbništvu predloženo je provesti vještačenje roditeljske sposobnosti oba roditelja. Preporučeno je i nastavak tretmana djevojčice. Viši stručni suradnik u državnom odvjetništvu bio je mišljenja da majka vodi B na različite preglede kako bi dobila potvrdu svojih optužbi te da na nju očito utječe, pri čemu djevojčica pokazuje erotsko ponašanje neprimjereno svojoj dobi. Nitko od svjedoka nije imao saznanja o tome da bi otac na bilo koji način seksualno iskoristavao djevojčicu. Majčina rodbina govorila je o seksualno neprimjerenom ponašanju djevojčice (ljubljenje u usta, diranje za genitalije). Očeva rodbina tvrdila je da majka emocionalno i fizički zlostavlja dijete. Odgojiteljice u vrtiću i pedijatrica nisu uočili tragove zlostavljanja, a djevojčicu su opisali kao bistru i komunikativnu. Nekoliko mjeseci kasnije, „babysitterica“ je izjavila da se B ponašala na seksualno neprimjeren način. Nakon što je podnositeljica A prijavila oca djevojčice, njegov otac prijavio je podnositeljicu A, tvrdeći da emocionalno i fizički zlostavlja djevojčicu. Otac je podnio kaznenu prijavu protiv majke, a tražio je i skrbništvo nad kćerkom. Tijekom postupka Centar za socijalnu skrb provodio je mjere nadzora roditeljske skrbi nad oba roditelja, a djevojčica je bila u tretmanu kod psihijatra. Općinski je sud najprije izdao privremenu mjeru a potom i presudu kojom je skrbništvo nad djevojčicom povjerio majci, a ocu odredio vrijeme za susrete i druženja s kćerkom. Nakon niza postupaka, u konačnici Općinski sud povjerio je skrbništvo ocu.

⁴³ Presuda je donesena većinski (4:3) uz opsežna podupiruća i izdvojena mišljenja. Sucima ESLJP-a bio je sporan opseg razmatranja predmeta. S jedne strane, zahtjev ESLJP-u je podnijela odvjetnica koja je zastupala majku i djevojčicu po majci samo zbog nezadovoljstva ishodom postupka protiv C-a. S druge strane, odvjetnica koju je naknadno na traženje suda imenovala Hrvatska odvjetnička komora, prigovarala je neučinkovitosti istrage, tvrdeći da je istraga trebala utvrditi tri elementa: je li djevojčicu otac seksualno iskoristavao, je li djevojčicu seksualno iskoristavao netko drugi i je li djevojčicu emocionalno zlostavljala majka. Prema punomoćnici djeteta, istraga se bavila samo utvrđivanjem prvog elementa. Punomoćnica djeteta također je isticala da djevojčici u domaćem postupku nije bio postavljen punomoćnik niti poseban skrbnik kako bi se izbjegao moguć sukob interesa između djevojčice i majke i osigurala zaštita interesa djeteta s potrebnom nepristranošću. Većina sudaca smatrala je da se ispitivanje povrede treba ograničiti samo na prigovore iz prvotno podnesenog zahtjeva, a ne i na prigovore koje je tek naknadno u tijeku postupka iznijela punomoćnica djeteta te je presuđeno kako je to gore navedeno.

⁴⁴ Problematika prava na pristup branitelju u svjetlu novije prakse ESLJP-a kojima je „snižen“ raniji standard te osobito pregled presude *Beuze* koja sumira taj pristup ESLJP-a izloženi su u radu *Novije odluke sudova VE i EU – 2019*.

bila prisutna u vrijeme stvarnog ispitivanja. Podnositelj je također potpisao zapisnik ne znajući što potpisuje jer se bojao policije.

Prema službenoj verziji, podnositelj je nakon uhićenja bio upozoren o razlozima uhićenja i pravima koja mu pripadaju. Tražio je da se pozove njegov branitelj D. Š. koji je međutim bio nedostupan. Bio je smješten u nezaključanoj prostoriji u kojoj su bila dva policijska službenika te je za to vrijeme odlučio dati iskaz policajcima o okolnostima počinjenja djela, ali taj iskaz kasnije nije bio korišten u kaznenom postupku. Podnositelju je bila dana lista odvjetnika te je sam zatražio da se pozove odvjetnica A.B. Ispitivanje u prisutnosti braniteljice trajalo je od 11,55 do 13,15, a tijekom ispitivanja podnositelj je detaljno priznao počinjenje djela.

Nesporno je da je u daljnjem tijeku postupka podnositelj bio ispitan pred istražnim sucem u prisutnosti branitelja N.K. kojeg su opunomoćili njegovi roditelji. Tom se prilikom koristio pravom na šutnju. U fazi postupka nakon podignute optužnice, podnositelj je opozvao punomoć branitelju N.K. pa mu je ponovno bila postavljena braniteljica A. B. Na raspravi je međutim obavijestio sud da želi da ga brani branitelj D.Š. koji je i pristupio raspravi. Nakon toga održane su još tri rasprave, a na četvrtoj je branitelj D.Š. prvi puta predložio da se izdvoji iz spisa zapisnik o ispitivanju podnositelja pred policijom te da se u tu svrhu ispita odvjetnica A. B. Prijedlozi su bili odbijeni. O izdvajanju je bilo odlučeno posebnim rješenjem protiv kojeg podnositelj nije podnio žalbu. Podnositelj je svoju uvodno navedenu verziju događaja iznio i u obrani. Podnositeljeva obrana ocijenjena je neosnovanom te je on bio osuđen na kaznu zatvora tri godine. U obrazloženju prvostupanjske presude bilo je među ostalim navedeno da je obrana podnositelja na policiji bila vrlo detaljna. Ti detalji nisu se mogli doznati na drugi način nego od podnositelja. Osim toga, bilo je istaknuto i da su podnositelj i njegova braniteljica potpisali zapisnik o ispitivanju bez primjedbi.

ESLJP je zahtjev proglasio nedopuštenim. U odluci je istaknuo da se u načelu bilo kakav razgovor između uhićenika i djelatnika policije treba smatrati kao formalno postupanje tj. da se ne smije tretirati kao neformalno ispitivanje. Međutim, podnositelj nije priložio nikakav uvjerljiv dokaz koji bi opovrgao službenu verziju policijskih službenika. ESLJP je svoj zaključak temeljio na činjenici da podnositelj niti njegov odvjetnik N.K. nisu iznijeli nikakve primjedbe na policijsko ispitivanje istražnom sucu, odnosno da je podnositelj prvi puta prigovarao zakonitosti ispitivanja na policiji tek pri kraju suđenja. Osim toga, tvrdnje podnositelja ocjenjivali su nadležni sudovi na dvije razine nadležnosti. Svoje odluke su obrazložili i za svoje obrazloženje dali logične razloge.

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

4.1 ODLUKE KOJIMA JE SEU TUMAČIO OKVIRNU ODLUKU O EUROPSKOM UHIDBENOM NALOGU I POSTUPCIMA PREDAJE IZMEĐU DRŽAVA ČLANICA⁴⁵

A. Državni odvjetnik kao izdavatelj europskog uhidbenog naloga

SEU je donio šest presuda kojima se bavio problematikom državnih odvjetnika kao izdavatelja Europskog uhidbenog naloga (dalje EUN-a). Prvih pet presuda odnosi se na EUN-e radi progona, a šesta presuda na EUN radi izvršenja kazne zatvora. To su:

- Presudi u spojenim predmetima, OG i PI, (Parquet de Lübeck) od 27. svibnja 2019.– njemački državni odvjetnici
- Presudi PF, C-509/18., (Procureur général de Lituanie) od 27. svibnja 2019. (– litvanski državni odvjetnici
- Presudi C-489/19., NJ (Parquet de Vienne) od 9. listopada 2019.– austrijski državni odvjetnici
- Presudi u spojenim predmetima C-566/19. PPU i C-626/19. PPU, Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours) od 12. prosinca 2019. – francuski državni odvjetnici
- Presudi C-625/19. PPU Openbaar Ministerie (Parquet Suède) od 12. prosinca 2019. – švedski državni odvjetnici i

⁴⁵ 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;

- Presudi C-627/19. PPU, Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles) od 12. prosinca 2019. – belgijski državni odvjetnici,

SEU je problematici državnih odvjetnika kao izdavatelja EUN-a pristupio kroz aspekt neovisnosti i kroz pitanje postojanja pravnog lijeka protiv odluke državnog odvjetnika o izdavanju EUN-a.

a. Neovisnost državnih odvjetnika:

Iz sadržaja naznačenih presuda može se zaključiti da okolnost da EUN izdaje državni odvjetnik nije protivno Okvirnoj odluci o EUN-u ako državni odvjetnik ima kvalitetu neovisnosti, a to znači da nije podložan pojedinačnim uputama izvršne vlasti. Na pitanje neovisnosti ne utječe to što državni odvjetnik kao dužnosnik hijerarhijski ustrojenog tijela može primati upute višeg državnog odvjetnika, ako nije pri tome izložen riziku podređenosti izvršnoj vlasti. Kada je državni odvjetnik izravno ili neizravno izložen riziku podređenosti nalozima ili pojedinačnim uputama izvršne vlasti, tada on ne potpada pod pojam "pravosudnog tijela koje izdaje EUN", zbog čega proizlazi da bi takav EUN trebalo odbiti. *Takva situacija postoji kod njemačkih državnih odvjetnika. Međutim, Njemačka je reagirala na presudu SEU-a te je popravila nastalu situaciju tako što su ranije izdane EUN-e u međuvremenu ponovno izdali sudovi. Jednaka situacija postoji kod austrijskih državnih odvjetnika, međutim, kako EUN-e koje oni izdaju potvrđuje sud, to EUN-ovi austrijskih državnih odvjetnika nisu sporni i potpadaju pod pojam "EUN".*

b. Postojanje pravnog lijeka protiv odluke državnog odvjetnika o izdavanju EUN-a:

Ako je riječ o EUN-u radi kaznenog progona koji izdaje državni odvjetnik, onda je potrebna sudska kontrola osnovanosti EUN-a i osobito njegove proporcionalnosti do koje može doći prije ali i nakon predaje tražene osobe. Međutim time se ne zahtijeva uspostava posebnog pravnog lijeka. Drugim riječima, osnovanost izdavanja EUN-a i njegovu proporcionalnost moguće je razmatrati istovremeno s donošenjem odluke o nacionalnom uhidbenom nalogu (istražnom zatvoru) ali i poslije pa čak i u povodu pravnog lijeka nakon stvarne predaje. U tom smislu, iz presuda SEU-a proizlazi da francuski i švedski pravni sustav omogućavaju potrebnu razinu zaštite. Za odgovor na pitanje što u praksi znači kontrola proporcionalnosti, treba uputiti na Obavijest Komisije od 28. rujna 2017. (Priručnik o izdavanju i izvršavanju EUN-a).⁴⁶

Nasuprot tome, ne zahtijeva se preispitivanje osnovanosti i proporcionalnosti EUN-a koje izdaju državni odvjetnici radi izvršenja kazne. Postojanje ranijeg sudskog postupka kojim se odlučuje o krivnji tražene osobe dopušta pravosudnom tijelu izvršenja da pretpostavi da odluka o izdavanju EUN-a u svrhu izvršenja kazne proizlazi iz nacionalnog postupka u okviru kojeg je osoba protiv koje je donesena izvršiva presuda imala sva

⁴⁶ https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-hr.do. U Priručniku je i navedeno (str. 19): "EUN bi uvijek trebao biti proporcionalan svojem cilju. Čak i kad su okolnosti slučaja obuhvaćene područjem primjene članka 2. stavka 1. Okvirne odluke o EUN-u, nadležna pravosudna tijela koja izdaju uhidbeni nalog savjetuju se da razmotre je li izdavanje EUN-a opravdano u određenom slučaju.

Uzimajući u obzir ozbiljne posljedice koje izvršavanje europskog uhidbenog naloga ima na slobodu tražene osobe i ograničenja slobodnog kretanja, pravosudna tijela koja izdaju uhidbeni nalog trebala bi razmotriti provjeru niza faktora kako bi se odredilo je li opravdano izdavanje europskog uhidbenog naloga.

Posebno bi se mogli uzeti u obzir sljedeći faktori:

- (a) težina kaznenog djela (npr., šteta ili opasnost koju je uzrokovalo);
- (b) moguća izrečena kazna ako se osobu proglašati krivom za navodno kazneno djelo (npr. bi li bilo riječi o kazni zatvora);
- (c) vjerojatnost zadržavanja osobe u državi članici koja izdaje uhidbeni nalog nakon predaje;
- (d) interesi žrtava kaznenog djela.

Štoviše, nadležna tijela koja izdaju uhidbeni nalog trebala bi razmotriti bi li se umjesto izdavanja europskog uhidbenog naloga mogle koristiti ostale mjere u području pravosudne suradnje. Ostali pravni instrumenti Unije u području pravosudne suradnje u kaznenim stvarima predviđaju ostale mjere koje su u mnogim situacijama učinkovite te istovremeno manje prisilne (vidjeti odjeljak 2.5.). Općenito gledajući, provjerom proporcionalnosti prije izdavanja europskog uhidbenog naloga može se povećati uzajamno povjerenje među nadležnim tijelima država članica. Stoga se provjerom proporcionalnosti znatno pridonosi učinkovitoj upotrebi EUN-a u Uniji». U priručniku se upućuje na primjenu Europskog istražnog naloga (osobito mogućnost ispitivanja osumnjičenika u državi članici u kojoj osumnjičenika ima boravište u pre-sudskoj fazi postupka), transfera zatvorenika, transfera probacijskih odluka i alternativnih sankcija, europskog naloga za nadzor i izvršenja novčanih kazni i alternativnih kazni u državi članici boravišta osuđene osobe."

jamstva koja uobičajeno prate tu vrstu odluka, osobito ona koja proizlaze iz temeljnih prava i temeljnih pravnih načela iz članka 1. stavka 3. Okvirne odluke o EUN-u. Također, Okvirna odluka o EUN-u ne zahtijeva postojanje pravnog lijeka kojim bi se preispitala proporcionalnost izdavanja, jer ona proizlazi iz osuđujuće presude, koja ima temelj u odgovarajućem kaznenom postupku, a kojom je izrečena kazna zatvora u trajanju najmanje četiri mjeseca.

B. Odbijanje izvršenja EUN-a zbog opasnosti od neljudskog ili ponižavajućeg postupanja prema traženoj osobi u zemlji izdateljici EUN-a (uvjeti u zatvoru) - Presuda velikog vijeća SEU, C-128/18., Dorobantu, 15. listopada 2019.

Prema presudi SEU-a izvršenje EUN-a je načelo, a odbijanje izvršenja iznimka koja se mora usko tumačiti. Ipak, pravosudno tijelo izvršenja mora obustaviti postupak predaje ako postoji opasnost od nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja u smislu članka 4. Povelje. Nečovječno i ponižavajuće postupanje obuhvaća i materijalne uvjete oduzimanja slobode tražene osobe (uvjete u zatvorskoj ustanovi u koju će tražena osoba biti smještena). SEU je u presudi tumačio:

- *zabrana nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja je apsolutna*: zaključak o postojanju opasnosti od postupanja protivnom članku 4. Povelje o temeljnim pravima EU ne može se nadoknaditi s razmatranjima o učinkovitosti pravosudne suradnje u kaznenim stvarima i s načelima uzajamnog povjerenja i priznavanja.
- *postojanje opasnosti mora se utvrditi in concreto*: opasnost mora biti stvarna za traženu osobu. To znači da pravosudno tijelo izvršenja svoju odluku mora temeljiti na "objektivnim, vjerodostojnim, preciznim i valjano ažuriranim podacima" o uvjetima oduzimanja slobode u zatvorskim ustanovama u državi izdateljici.
- *način na koji pravosudno tijelo izvršenja treba utvrditi opasnost*: pravosudno tijelo izvršenja može se poslužiti međunarodnim sudskim odlukama, poput presuda ESLJP-a, sudskim odlukama države članice izdateljice naloga kao i odlukama, izvještajima ili drugim dokumentima tijela Vijeća Europe ili Ujedinjenih naroda. No, ti elementi imaju snagu indicija. Pravosudno tijelo izvršenja mora provjeriti hoće li tražena osoba u konkretnoj situaciji biti podvrgnuta postupanju koje je protivno članku 4. Povelje. Te okolnosti pravosudno tijelo izvršenja mora ažurirati i precizno ispitati za traženu osobu. Zbog toga mora primjenom članka 15. stavka 2. Okvirne odluke o EUN-u zahtijevati žurnu dostavu svih potrebnih dopunskih informacija o konkretnim uvjetima planiranog oduzimanja slobode tražene osobe u državi izdateljici EUN-a. Pravosudno tijelo izdavanja za davanje takvih odgovora može prema potrebi zatražiti pomoć središnjeg tijela svoje države. Po potrebi treba zahtijevati i dopunske informacije. Postojanje pravnih sredstava kojima se u državi izdateljici omogućava nadzor zakonitosti uvjeta oduzimanja slobode s obzirom na temeljna prava sam po sebi ne može isključiti stvarnu opasnost da će tražena osoba biti podvrgnuta postupanju protivnom članku 4. Povelje zbog uvjeta oduzimanja slobode. Takav element može se samo uzeti u obzir s drugim elementima. Dakle, čak i kada država izdateljica naloga predviđa navedena pravna sredstva, pravosudna tijela izvršenja i dalje moraju izvršiti pojedinačno ispitivanje situacije svake tražene osobe kako bi se uvjerila da njihova odluka o predaji te osobe neće potonju izložiti, zbog navedenih uvjeta, opasnosti od nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja.
- *učinak jamstva države izdateljice da tražena osoba neće biti izvrgnuta nečovječnom ili ponižavajućem postupanju*. Ako pravosudno tijelo izvršenja pruži ili barem odobri jamstvo da tražena osoba neće biti podvrgnuta nečovječnom ili ponižavajućem postupanju zbog konkretnih i preciznih uvjeta oduzimanja slobode, pravosudno tijelo izvršenja mora se pouzdati u to jamstvo. Dakle, nije odlučno u koju će zatvorsku ustanovu tražena osoba biti smještena (ima li tu sustavnih nedostataka ili ne), nego jamstvo o uvjetima koji će konkretno biti pruženi traženoj osobi. Samo u vrlo iznimnim situacijama i na temelju preciznih elemenata pravosudno tijelo može, unatoč jamstvu države izdateljice, utvrditi da postoji stvarna opasnost da bi tražena osoba mogla biti podvrgnuta nečovječnom ili ponižavajućem postupanju, zbog uvjeta oduzimanja slobode u državi izdateljici.
- *elemente za ocjenu uvjeta oduzimanja slobode u pogledu smještaja tražene osobe u državi izdateljici*. U nedostatku minimalnih pravila u tom pogledu u pravu Unije, SEU se oslonio na sudsku praksu ESLJP-a

o članku 3. Konvencije iz presude *Muršić protiv Hrvatske*.⁴⁷ Država izdavateljica ocjenjuje uvjete oduzimanja slobode prema standardima koji se navode u presudi, a ne prema eventualno višoj zahtjevima koji proizlaze iz nacionalnog prava.⁴⁸

4.2. ODLUKA KOJOM JE SEU TUMAČIO DIREKTIVU 2012/29/EU O USPOSTAVI MINIMALNIH STANDARDNA ZA PRAVA, POTPORU I ZAŠTITU ŽRTAVA KAZNENIH DJELA⁴⁹ I NAČELO NEPOSREDNOSTI - PRESUDA SEU C-38/18., GAMBINO I HYKA OD 29. SRPNJA 2019.

U presudi *Gambino i Hyka* SEU je tumačio članke 16. i 18. Direktive 2012/29/EU. Presudio je da se tim odredbama ne protivi nacionalni propis prema kojem se, u slučaju promjene sastava suda, na zahtjev obrane, mora ponovno ispitati žrtva koja je već bila ispitana pred prvostupanjskim sudom.⁵⁰

U donošenju odluke, SEU je krenuo od prakse ESLJP-a, prema kojoj je načelo neposrednosti važno jamstvo pravičnosti postupka. To zato što je ocjena vjerodostojnosti svjedoka složen zadatak koji se u pravilu ne može ispuniti pukim čitanjem sadržaja izjava svjedoka. Sučevo zapažanje o ponašanju i vjerodostojnosti svjedoka može imati dalekosežne posljedice za optuženika. Zbog toga je važno omogućavanje optuženiku suočavanja sa svjedokom u prisutnosti suca koji u konačnici donosi odluku. Međutim, prema ESLJP-u, u situacijama u kojima dolazi do promjene sastava suda, odgovarajuće razumijevanje dokaza i argumenata može se osigurati čitanjem zapisnika koji stranke ne osporavaju ili određivanjem nove rasprave ili ponovnim ispitivanjem svjedoka. U tom kontekstu, SEU tumači da niti članak 16. niti članak 18. Direktive ne dovode u pitanje pravo optuženika na pošteno suđenje i pravo na obranu sadržano i u člancima 47. i 48. Povelje o temeljnim

⁴⁷ Na presudu ESLJP-a *Muršić protiv Hrvatske* u kontekstu ispitivanja EUN-a a obzirom na uvjete u zatvoru uputili smo u radu Novije odluke sudova VE i EU – 2019.

⁴⁸ Presuda SEU bavi se smještajem u višekrevetnu prostoriju. Treba utvrditi kakvom će površinom raspolagati tražena osoba. U izračun površine ne treba uzeti u obzir površinu sanitarnog čvora. Nasuprot tome, u izračun treba uzeti prostor koji zauzima namještaj, pri čemu se međutim pojašnjava da zatvorenici moraju zadržati mogućnost normalnog kretanja u prostoriji. U pogledu standarda upućuje na presudu *Muršić* prema kojoj:

^{a)} Ako je osobni prostor kojim zatvorenik u višekrevetnoj prostoriji raspolaže manji od 3 m², to je temelj za čvrstu pretpostavku povrede članka 3. EKLJP-a. Pretpostavka je ipak oboriva, ako su :

- smanjenja osobnog prostora ispod 3m2 kratkotrajna, povremena i neznatna,
- smanjenja osobnog prostora ispod 3m2 popraćena dovoljnom slobodom kretanja izvan zatvorske prostorije i primjerenim aktivnostima izvan nje i
- ako ustanova općenito pruža pristojne uvjete oduzimanja slobode a predmetna osoba nije izložena drugim elementima koji se smatraju otegotnim okolnostima loših uvjeta oduzimanja slobode.

^{b)} Ako zatvorenik u višekrevetnoj prostoriji raspolaže osobnim prostorom veličine između 3 i 4 m², prostorni čimbenik ostaje važan element pri ocjeni prikladnosti uvjetâ oduzimanja slobode. U takvom se slučaju može zaključiti da postoji povreda članka 3. EKLJP-a ako je nedostatak prostora povezan s drugim aspektima neodgovarajućih materijalnih uvjetâ oduzimanja slobode koji se, posebice, odnose na pristup dvorištu za šetnju, prirodnom zraku i svjetlu, lošu ventilaciju, prenisuku ili previsoku sobnu temperaturu, mogućnost privatnog korištenja nužnika te loše zdravstvene i higijenske uvjete.

^{c)} Ako zatvorenik raspolaže s više od 4 m² osobnog prostora u višekrevetnoj prostoriji, prostorni čimbenik nije problematičan. Ipak, drugi aspekti materijalnih uvjeta slobode mogu biti važni.

⁴⁹ Puni naziv Direktiva 2012/29/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2012. o uspostavi minimalnih standarda za prava, potporu i zaštitu žrtava kaznenih djela te o zamjeni Okvirne odluke Vijeća 2001/220/PUP (dalje: Direktiva).

⁵⁰ U nacionalnom postupku optuženici su bili optuženi zbog pranja novca i prijevare, na štetu dvije žrtve od kojih je jedna postavila imovinskopravni zahtjev. Obje žrtve su bile ispitane na javnoj raspravi. Međutim, u daljnjem tijeku postupka jedan je član vijeća bio imenovan na viši sud. Prema nacionalnom zakonu, u slučaju promjene sastava vijeća, čitanje zapisnika je dopušteno samo uz suglasnost svih stranaka. S obzirom na to da se obrana protivila čitanju zapisnika, talijanski je sud pitao SEU je li ponovno ispitivanje žrtava protivno člancima 16., 18. i 20. b. Direktive. Članak 16. Direktive odnosi se na pravo žrtve na odluku o naknadi štete u kaznenom postupku u razumnom roku. Članak 18. Direktive odnosi se na zaštitu žrtve od sekundarne i ponovljene viktimizacije. Članak 20. točka b) odnosi se na pravo žrtve u fazi istrage da se broj njezina ispitivanja zadrži na najmanjom mjeri. SEU je tumačio članke 16. i 18. a ne i članak 20. b) koji nije primjenjiv jer se odnosi na fazu istrage a ne na fazu rasprave iz glavnog postupka (pri čemu niti izričaj tog članka koji ograničava ispitivanja „u najmanju moguću“ mjeri“ ne zahtijeva da se žrtva ispita samo jednom).

pravima Europske unije (dalje Povelja). Članak 16. Direktive koji se odnosi na pravo na odluku o naknadi štete u razumnom roku ne upućuje na zaključak da je zakonodavac Unije kao jednu od mjera za zaštitu žrtve predvidio ograničenje na samo jedno ispitivanje žrtve tijekom sudskog postupka. Osim toga, izmjena u sastavu suda ne može se pripisati optuženiku pa prava žrtve iz članka 16. Direktive ne mogu utjecati na njegova prava u postupku. Također, ponovno ispitivanje svjedoka ne podrazumijeva samo po sebi da se o naknadi štete žrtvi ne bi moglo odlučiti u razumnom roku. Članak 18. propisuje prava (radi zaštite) žrtve ali na način da se njima ne dovodi u pitanje pravo na obranu. Stoga se članak 18. Direktive u načelu ne protivi tomu da se žrtva kaznenog djela u slučaju izmjene sastava suda ponovno ispita pred novim sastavom na zahtjev jedne od stranaka u postupku.

SEU ipak u presudi „otvara vrata“ mogućnosti čitanja zapisnika u određenim situacijama.⁵¹ U tom pravcu upućuje da, prema praksi ESLJP-a, treba ispitati može li ispitivanje žrtve biti odlučujuće u svrhu donošenja osuđujuće presude te je li popraćeno čvrstim postupovnim jamstvima kako čitanje zapisnika ne bi dovelo u pitanju pravičnost postupka.

SEU naposljetku ističe da ako sud u novom sastavu odluči ispitati žrtvu, prethodno nadležna domaća tijela trebaju provesti pojedinačnu ocjenu te žrtve u skladu s člankom 22. Direktive 2012/29/EU radi utvrđivanja njezinih posebnih potreba zaštite te joj, prema potrebi, omogućiti korištenje zaštitnih mjera iz članka 23. i 24. te Direktive.⁵²

Smatramo da presudu Gambino i Hyka i praksu ESLJP-a koja se u toj presudi navodi treba imati na umu prilikom primjene članka 431. ZKP/08, osobito u kontekstu izmjena iz „Narodnih novina“ broj 126/19. Načelo neposrednosti je važno jamstvo pravičnosti postupka. Alat iz članka 431. ZKP/08. je važan iz aspekta učinkovitosti postupka, ali u svjetlu prakse ESLJP-a i SEU-a, korištenju tog alata treba pristupiti oprezno, uvažavajući sve konkretne okolnosti predmeta (npr. postupati osobito oprezno prilikom odlučivanja o čitanju zapisnika odlučujućeg svjedoka).

4.3 ODLUKA KOJOM SEU TUMAČI DIREKTIVU (EU) 2016/343 EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA OD 9. OŽUJKA 2016. O JAČANJU ODREĐENIH VIDOVA PRETPOSTAVKE NEDUŽNOSTI I PRAVA SUDJELOVATI NA RASPRAVI U KAZNENOM POSTUPKU (SL 2016., L 65, STR. 1.)⁵³ – PRESUDA SEU-A, C-377/18., AH I DRUGI, 5. RUJNA 2019.

Činjenice glavnog postupka u predmetu SEU-a C-377/18. bile su sljedeće. U Bugarskoj se protiv 6 okrivljenika vodio kazneni postupak zbog sudjelovanja u zločinačkom udruženju. Jedan od okrivljenika želio je sklopiti sporazum s državnim odvjetnikom u kojem priznaje krivnju u zamjenu za smanjenje kazne. Sukladno nacionalnom zakonodavstvu ostalih pet okrivljenika dalo je „postupovnu suglasnost“ za sklapanje takvog sporazuma, uz izričito navođenje da time ne priznaju vlastitu krivnju te se ne odriču svojega prava na izjašnjavaње nedužnima. U činjeničnom opisu djela iz sporazuma bilo je navedeno da je okrivljenik koji se sporazumio s pet okrivljenika bio dio zločinačkog udruženja. Svi su okrivljenici u tom sporazumu navedeni na isti način, odnosno svojim imenom, patronimom, prezimenom i nacionalnim identifikacijskim brojem. Jedina je razlika u navođenju tih osoba to što je okrivljenik koji se sporazumio bio identificiran i svojim datumom i mjestom rođenja, adresom, državljanstvom, etničkom pripadnošću, obiteljskim statusom i podacima iz kaznene evidencije. U skladu s nacionalnim postupovnim pravilima taj je sporazum podnesen na odobrenje sudu koji je uputio zahtjev, a koji ga je ovlašten izmijeniti. Prema nacionalnom zakonodavstvu, sporazum koji je odobrio sud ima učinak pravomoćne presude. U tom kontekstu, bugarski je sud želio doznati je li u skladu s člankom 4. stavkom 1. Direktive 2016/343 to da se u tekstu sporazuma o kojem je riječ u glavnom postupku, pet okrivljenika koji nisu sklopili taj sporazum i za koje se postupak nastavlja po pravilima redovitog kazne-

⁵¹ SEU upućuje na izneseno mišljenje nezavisnog odvjetnika koje se pak poziva na presudu ESLJP-a Schatschaschwili protiv Njemačke (CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, t. 125. i sljedeće točke).

⁵² Ove su mjere prenesene u odredbe članka 43.a i 44. ZKP/08.

⁵³ Direktiva (EU) 2016/343 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenom postupku (SL 2016., L 65, str. 1.), dalje: Direktiva 2016/343

nog postupka, jasno i izričito navode kao članovi predmetnog zločinačkog udruženja te se navodi njihovo ime, patronim, prezime i nacionalni identifikacijski broj.

Članak 4. Direktive 2016/343, naslovljen „Javna upućivanja na krivnju“, u svojem stavku 1. propisuje: „Države članice poduzimaju odgovarajuće mjere kako bi se osiguralo da se, dok god se osumnjičeniku ili optuženiku ne dokaže krivnja u skladu sa zakonom, u izjavama za javnost tijela javne vlasti i sudskim odlukama, osim onih o krivnji, za tu osobu ne navodi da je kriva. Time se ne dovode u pitanje radnje kaznenog progona kojima je cilj dokazati krivnju osumnjičenika ili optuženika ni privremene odluke postupovne prirode koje donose sudska ili druga nadležna tijela i koje se temelje na sumnji ili inkriminirajućim dokazima.“

SEU je presudio da Članak 4. stavak 1. Direktive (EU) 2016/343 treba tumačiti na način da mu se ne protivi to da se u sporazumu u kojemu okrivljenik priznaje krivnju u zamjenu za smanjenje kazne, a koji treba odobriti nacionalni sud, kao supočinitelji kaznenog djela o kojem je riječ, uz tu osobu izričito navedu i drugi okrivljenici koji nisu priznali krivnju te protiv kojih se vodi zaseban kazneni postupak, ako je, s jedne strane, to navođenje potrebno za kvalifikaciju pravne odgovornosti osobe koja je sklopila taj sporazum i, s druge strane, ako je u samom tom sporazumu jasno navedeno da se protiv tih drugih osoba vode zasebni kazneni postupci i da njihova krivnja nije utvrđena u skladu sa zakonom.

Nakon presude AH u stručnoj se javnosti postavilo pitanje jesu li izjave za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka u skladu s Direktivom.

Najprije treba istaknuti da pravo na pretpostavku nedužnosti spada pod doseg Konvencije i prava EU.⁵⁴

U pogledu prava EU, smatramo potrebnim istaknuti da je rok za prenošenje Direktive protekao 1. travnja 2018., a to znači da temporalno važenje Direktive vrijedi od tog datuma. Tako je i SEU u presudi AH naveo da je Direktiva bila primjenjiva *rationae temporis* jer sud u glavnom postupku u vrijeme donošenja presude SEU-a još nije odobrio sporazum, odnosno eventualno odobrenje tog sporazuma moglo je uslijediti tek nakon krajnjeg roka za prenošenje Direktive 2016/343 (dakle, nakon 1. travnja 2018.).

Potom, neovisno o razlikama u bugarskom i hrvatskom zakonodavstvu, tumačenje SEU-a dovoljno je uopćeno kako bi bilo primjenjivo u svim članicama Unije. Iz pozicije prava EU-a, ako bi se konkretno ocijenilo da izjave i posljedično presude na temelju sporazuma potpadaju pod temporalnu primjenu Direktive i da se protiv Direktivi, postavlja se pitanje posljedica te neusklađenosti.⁵⁵

⁵⁴ Pitanje pretpostavke nedužnosti potpada i pod doseg Konvencije. ESLJP se bavio ispitivanjem presude protiv supočinitelja u kojoj je podnositelj, svaki puta uz navod da se protiv njega vodi poseban postupak, bio naveden svojim imenom i prezimenom (Karaman protiv Njemačke, zahtjev broj 17103/10., presuda 27. veljače 2014.). ESLJP je također ispitivao osuđujuću presudu koja se temeljila i na čitanju zapisnika koji je ranije osuđeni supočinitelj dao kao okrivljenik te na ranije donesenoj presudi protiv supočinitelja (Navalnyy i Ofitserov protiv Rusije, zahtjevi broj 46632/13., i 28671/14., presuda od 23. veljače 2016.). U Karamanu je ESLJP ispitivao predmet iz aspekta članka 6. stavka 2. Konvencije (pretpostavka nedužnosti), a u Navalnyyu iz aspekta pravičnosti u cjelini prema članku 6. stavku 1. Konvencije. Problematika koja u pogledu presuda na temelju sporazuma može potpasti pod doseg Konvencije premašila bi opseg ovog rada. Vrlo sažeto, prema Karamanu u pogledu pretpostavke nedužnosti ESLJP ocjenjuje (1) uporabu termina (izričaja, nazivlja) (2) kontekst postupka – smije li se presuda iz naknadnog postupka temeljiti na ranijoj presudi, (3) prirodu postupka – je li spominjanje treće osobe nužno i (4) posebne okolnosti postupka – je li kazneni sud dovoljno jasno naveo da presuda posredno ne utvrđuje krivnju treće osobe. Prema Navalnyyu, u odvojenim postupcima protiv supočinitelja moraju biti poštivana dva jamstva: (1) sudovi se trebaju suzdržavati od izjava koje mogu imati štetan učinak na postupak u tijeku, čak i ako takve izjave nisu obvezujuće i (2) kvaliteta pravomoćnosti ne bi se trebala pridavati činjenicama utvrđenim u predmetu na koje pojedinci nisu bili stranka (svaku činjenicu treba utvrditi u novom postupku, a svaki dokaz podvrgnuti pravilima dopuštenosti i vjerodostojnosti). S aspekta pravičnosti, ocjeni spornih dokaza (presudi na temelju sporazuma i iskazu svjedoka koji su se sporazumjeli) uvijek treba pristupiti s „posebnim oprezom“ (argumenti iz presuda *Habran i Dalem protiv Belgije*, 43000/11. i 49380/11., 17. siječnja 2017. u kojim je bila riječ o „zainteresiranim svjedocima“, *Verhoek protiv Nizozemske*, 54445/00., 27. siječnja 2004. u kojoj je bila riječ o svjedocima sudionicima).

⁵⁵ Direktiva u članku 10. propisuje da države članice osiguravaju da osumnjičenici i optuženici, ako su njihova prava iz ove Direktive prekršena, imaju na raspolaganju učinkovito pravno sredstvo. U stavku 2. Direktiva nalaže poštivanje prava obrane i pravičnost postupka pri procjeni izjava koje su dali osumnjičenici ili optuženici ili dokaza prikupljenih uslijed kršenja prava da se brane šutnjom ili prava da sami sebe ne izlože kaznenom progono, ne dovodeći time u pitanja nacionalna pravila o prihvatljivosti dokaza. Uvodna izjava broj 44. ima u tom pogledu interpretativnu funkciju i glasi: „Načelom učinkovitosti zakonodavstva EU-a zahtijeva se od država članica da uspostave prikladna i učinkovita pravna sredstva u slučaju povrede prava koja pojedinci imaju u skladu sa zakonodavstvom Unije. Učinkovito pravno sredstvo dostupno u slučaju povrede bilo kojeg od prava iz ove Direktive trebalo bi imati, u što većoj mogućoj mjeri,

Smatramo da je za odgovor na to pitanje važno tumačenje SEU-a iz presude C-234/17., XC i drugi, od 24. listopada 2018., prema kojem u skladu s načelom lojalne suradnje iz članka 4. stavka 3. UEUa, postupovna pravila za pravna sredstva namijenjena zaštiti prava koja osobe izvode iz prava Unije ne smiju biti nepovoljnija od onih koja se odnose na slična pravna sredstva u nacionalnom pravu (načelo ekvivalentnosti) niti smiju učiniti praktično nemogućim ili pretjerano otežanim izvršavanje prava dodijeljenih pravnim poretom Unije (načelo djelotvornosti). Potom, treba istaknuti da članak 10. Direktive ne dovodi u pitanje nacionalna pravila o prihvatljivosti dokaza. Imajući na umu izloženo, nacionalnu procesnu autonomiju s jedne strane te zahtjeve načela ekvivalentnosti i djelotvornosti s druge, najprije je potrebno utvrditi koji je značaj povrede pretpostavke nedužnosti izričajem tijela javnih vlasti za kazneni postupak u kojem je odlučuje o krivnji. Putokaz za takvu odluku mogla bi biti navedena odluka ESLJP-a Ringwald. U Ringwaldu je u drugostupanjskoj odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske bilo navedeno da su javne izjave policijskih službenika bile neprihvatljive i u suprotnosti s člankom 28. Ustava, koji jamči presumpciju nevinosti, no da one nisu mogle utjecati na kazneni postupak. ESLJP je prigovor prvog podnositelja odbacio zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava, smatrajući da su domaća tijela priznala povredu pa da je podnositelj trebao pokrenuti parnicu radi naknade štete.

4.4. ZAHTJEV VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE ZA DONOŠENJE PRETHODNE ODLUKE I PRESUDA SEU-A U PREDMETU C-897/19. PPU, (RUSKA FEDERACIJA PROTIV I. N.) KOJI SE ODNOSI NA POSTUPAK IZRUČENJA DRŽAVLJANA DRŽAVE ČLANICE EUROPSKOG UDRUŽENJA SLOBODNE TRGOVINE (EFTA) I STRANKE EUROPSKOG GOSPODARSKOG PROSTORA (EGP)

U predmetu I Kž 528/2019. Vrhovni je sud Republike Hrvatske odlučivao o žalbi stranca protiv prvostupanjskog rješenja kojim je utvrđeno da je udovoljeno zakonskim pretpostavkama za izručenje.⁵⁶ Stranac s dvostrukim ruskim i islandskim državljanstvom, kojemu je prije stjecanja islandskog državljanstva bio u Islandu odobren azil, bio je uhićen na ulasku iz Slovenije u Hrvatsku u kojoj je želio koristiti ljetni godišnji odmor. Stranac se protivio izručenju Ruskoj Federaciji smatrajući da bi u slučaju izručenja bio podvrgnut mučenju, drugom neljudskom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Pozivao se na presudu SEU-a *Petruhhin*, prema kojoj o zahtjevu za izručenje treba obavijestiti državu članicu Unije čiji je stranac državljanin, kako bi ona mogla zahtijevati predaju na temelju Okvirne odluke o EUN-u, pod uvjetom da je nadležna za kazneni progon prije izručenja te prema kojoj treba provjeriti ugrožavaju li se izručenjem prava iz članka 19. Povelje.⁵⁷

Najprije treba istaknuti da odluka o izručenju potpada uvijek pod doseg Konvencije, jer prema tumačenju ESLJP-a još od presude *Soering*, država može biti odgovorna zbog povrede članka 3. Konvencije ako izručenje dovede do izlaganja pojedinca zabranjenom zlostavljanju.⁵⁸

Međutim, u postupku pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske, postavilo se pitanje potpada li postupak u i područje primjene prava Europske unije, a ako da, koje obveze iz tog prava proizlaze. Naime, za razliku od činjenica iz predmeta *Petruhhin* u kojem se u glavnom postupku odlučivalo o izručenju državljanina EU, u predmetu Vrhovnog suda Republike Hrvatske bila je riječ o islandskom državljaninu. Republika Island nije članica Europske unije, ali s Unijom ima povlašten odnos koji prekoračuje okvir gospodarske i trgovinske suradnje.⁵⁹

učinak stavljanja osumnjičenika ili optuženika u isti položaj u kojem bi se našli da nije došlo do povrede, s ciljem zaštite prava na pošteno suđenje i prava na obranu.“

⁵⁶ U postupku se odlučivalo na temelju odredbi Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima (“Narodne novine” 178/04.).

⁵⁷ SEU, presuda C-182/15. *Petruhhin* od 6. rujna 2016. U *Petruhhinu*, SEU je tumačio članak 18. Ugovora o funkcioniranju Europske unije – dalje UFEU (zabrana diskriminacije na temelju državljanstva) i članak 21. UFEU-a (sloboda kretanja građana Unije na području država članica). Nejednako postupanje u *Petruhhinu* sastojalo se u dopuštanju izručenja državljanina drugih članica trećim državama, dok je izručenje vlastitih državljanina bilo zabranjeno. Prema članku 21. UFEU-a, sloboda kretanja se može ograničiti, ali ograničenje se mora temeljiti na objektivnim razlozima i mora biti proporcionalno legitimnom cilju. Cilj izbjegavanja opasnosti od nekažnjavanja počinitelja kaznenog djela, može se ostvariti i manje ograničavajućom mjerom. Takva mjera je izdavanje EUN-a radi kaznenog progona. Zato, dužnost obavještanja države članice Unije čiji je stranac državljanin rezultat je obveze zadovoljenja uvjeta proporcionalnosti. Pregled te presude dan je u radu *Novije presude sudova VE i EU - 2019.*

⁵⁸ Presuda ESLJP-a, *Soering* protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 7. srpnja 1989., zahtjev broj 14038/88.

⁵⁹ Republika Island provodi i primjenjuje schengensku pravnu stečevinu te je stranka Sporazuma o Europskom gospodarskom

SEU je prvo odlučivao o tome je li pravo Unije primjenjivo u postupku.⁶⁰ Osnovno je pravilo da pravila u području izručenja ulaze u nadležnost država članica ako ne postoji međunarodni ugovor između Unije i treće države. Niti u *Petruhhinu* niti u predmetu Vrhovnog suda Republike Hrvatske nije postojao ugovor Unije s trećom državom (Ruskom Federacijom). U *Petruhhinu* je odlučivanje o izručenju potpadalo je pod doseg prava Unije jer se odluka o izručenju odnosila na državljanina države članice EU koji se koristio slobodom kretanja unutar EU (članci 18. i 21. EFUE-a). U predmetu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, odluka o izručenju odnosila se na državljanina članice Sporazuma o EGP-u koji u članku 36. jamči slobodu pružanja usluga, a koja prema tumačenju SEU-a uključuje i slobodu primatelja usluge da ode u drugu državu članicu kako bi se ondje koristio nekom uslugom, neometan ograničenjima, pri čemu turiste treba smatrati primateljima usluga.⁶¹ Kako je stranac pristupio graničnoj kontroli s ciljem ulaska u Hrvatsku i korištenjem usluga na njezinom području, to je SEU ocijenio da glavni postupak potpada pod područje primjene prava EU, prije svega Sporazuma o EGP-u.

Potom je SEU tumačio koje obveze to pravo nalaže. Pritom se SEU u tumačenju prava EU-a, osim zaključaka koji su usporedivi s presudom *Petruhhin*, koncentrirao na činjenicu da je strancu bio odobren azil.⁶²

Naime, za razliku od *Petruhhina*, stranac se u postupku pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske pozvao na ozbiljnu opasnost od nečovječnog i ponižavajućeg postupanja u slučaju izručenja. Zbog toga je SEU tumačio što su sudovi dužni učiniti u pogledu provjere mogućeg ugrožavanja prava iz članka 19. stavka 2. Povelje.

1. Dužnost provođenja provjere znači da nije dovoljna samo deklaracija treće države da prava neće biti ugrožena kao niti sama činjenica da je ta država prihvatila međunarodne ugovore koji u načelu jamče poštovanje temeljnih prava.⁶³

području (dalje EGP), sudjeluje u zajedničkom europskom sustavu azila te je s Unijom sklopila Sporazum između Europske unije i Republike Islanda i Kraljevine Norveške o postupku predaje između država članica Europske unije i Islanda i Norveške (dalje Sporazum o postupku predaje). Sporazum o postupku predaje se po svojem sadržaju i cilju može usporediti s odredbama Okvirne odluke o EUN-u.

⁶⁰ To je u stvari bio osnovni razlog zbog kojeg je zatraženo tumačenje. *Petruhhin* se temeljio na zabrani diskriminacije unutar područja Ugovora iz članka 18. UFEU i slobodi kretanja građana Unije unutar Unije iz članka 21. UFEU-a. Naime, za razliku od *Petruhhina*, bilo je sasvim jasno da u postupku ne dolazi u obzir primjena članka 21. UFEU-a koji jamči građanima Unije slobodu kretanja na području država članica Unije, jer stranac, kao islandski državljanin, nije građanin Unije. To je potvrdio i SEU u stavku 41. presude. Međutim, s obzirom na blisku povezanost Islanda s Unijom, s obzirom na to da se stranac područjem Unije kretao na temelju odredaba schengenske pravne stečevine koju primjenjuje i Island, a koja je uključena u okvir Europske unije, te kako je 1. studenog 2019. stupio na snagu Sporazum o postupku predaje, razmišljalo se potpada li predmet pod doseg članka 18. UFEU-a o zabrani nejednakog postupanja na temelju državljanstva u području Ugovora koje područje se nalazilo u okvirima schengenske pravne stečevine i Sporazuma o postupku predaje u biti zahtijevao postupanje kao u predmetu *Petruhhin*. SEU je međutim presudio da se članak 18. UFEU - koji zahtijeva jednako postupanje prema osobama koje su u situaciji koja potpada pod područje primjene Ugovorâ - ne primjenjuje u slučaju različitog postupanja prema državljanima država članica i državljanima trećih država (točka 41.). Zbog toga je područje prava unije pronađeno u schengenskom acquisu i Sporazumu o postupku predaje, ali prije svega u činjenici korištenja (turističkih) usluga prema Sporazumu o Europskom gospodarskom području koji sadrži odredbu o zabrani nejednakog postupanja unutar područja primjene Sporazuma (točke 44., 49. i 54).

⁶¹ Jedan od glavnih ciljeva Sporazuma o EGP-u je ostvarenje slobode kretanja roba, osoba, usluga i kapitala u najvećoj mogućoj mjeri, tako da unutarnje tržište uspostavljeno na području Unije bude prošireno i na područje EFTA-e. Zadaća SEU-a je osigurati da se one odredbe Sporazuma o EGP-u koje su u bitnome istovjetne odredbama UFEU-a tumače ujednačeno u državama članicama. Člankom 56. UFEU propisana je sloboda pružanja usluga. Ona uključuje slobodu primatelja usluga da odu u drugu državu članicu kako bi se ondje koristili nekom uslugom, neometani ograničenjima, te da turiste treba smatrati primateljima usluga na koje se odnosi ta sloboda. Na jednak način treba tumačiti sloboda pružanja usluga zajamčenu člankom 36. Sporazuma o EGP-u.

⁶² Usporedivo s *Petruhhinom*, članak 4. Sporazuma o EGP-u zabranjuje svaku diskriminaciju na temelju državljanstva unutar područja primjene tog sporazuma. Nejednako postupanje, jednako kao i u *Petruhhinu*, sastoji se u tome da Hrvatska ne izručuje svoje državljane Rusiji. S druge strane, situacija stranca u glavnom postupku, kao državljanina Islanda koji je član EFTA-e, stranka Sporazuma o EGP-u te provodi i primjenjuje schengensku pravnu stečevinu, objektivno je usporediva sa situacijom građanina Unije, kojem u skladu s člankom 3. stavkom 2. Ugovora o Europskoj uniji, Unija pruža područje slobode, sigurnosti i pravde bez unutarnjih granica, na kojem je osigurano slobodno kretanje osoba. Ograničenje koje se sastoji u izručenju trećoj državi može se opravdati ako se temelji na objektivnim razlozima i ako je proporcionalno legitimnom cilju koji se nacionalnim pravom želi postići.

⁶³ Ovdje smatramo nužnim uputiti na praksu ESLJP-a iz presude Otham (Abu Qatada) protiv Ujedinjenog Kraljevstva (8139/09., 17. siječnja 2012.) u kojoj su navedeni standardi za ocjenu jamstava koje daje država primateljica (slično, vidi i G.S. protiv Bugarske, 36538/17., točka 80). Također, sukladno tumačenju SEU-a iz presude, Aranyosi i Căldăraru, C404/15 i C659/15 PPU, 5. travnja 2016., država koja odlučuje o zahtjevu po potrebi može zahtijevati žurnu dostavu svih potrebnih dopunskih informacija u uvjetima u kojima se dotičnoj osobi namjerava oduzeti sloboda u toj državi članici.

2. Odluka o zahtjevu za izručenje mora se temeljiti na objektivnim, vjerodostojnim, preciznim i odgovarajuće aktualiziranim sastavnicama. Te sastavnice mogu proizlaziti i iz međunarodnih sudskih odluka poput presuda ESLJP-a, sudskih odluka treće države koja traži izručenje kao i odluka, izvještaja ili drugih dokumenata koje izrađuju tijela Vijeća Europe ili koje potječu iz sustava Ujedinjenih naroda.

Posebno je važno tumačenje SEU-a o značenju odobrenog azila za odluku o izručenju. Ta je činjenica je vrlo i treba je uzeti u obzir prilikom provjere opasnosti od povrede prava iz članka 19. Povelje. Ta je činjenica još važnija ako je odobrenje azila utemeljeno upravo na kaznenom progonu u državi podrijetla zbog kojeg se traži izručenje. SEU tako tumači da:

1. postojanje odluke islandskih tijela kojom se strancu odobrava azil mora dovesti do toga da nadležno tijelo države članice od koje se traži izručenje odbije izručenje, na temelju članka 19. stavka 2. Povelje.
2. izručenje ne bi trebalo odbiti samo ako bi postojale posebne okolnosti kao što je značajna promjena situacije u trećoj državi koja traži izručenje ili pak ozbiljni i vjerodostojni elementi koji dokazuju da je stranac prikrio da se protiv njega vodi kazneni progon.

Osim toga, SEU tumači da prije razmatranja izvršenja zahtjeva za izručenje treba o zahtjevu za izručenje izvijestiti državu EFTA-e čiji je stranac državljanin. Ovisno o okolnostima, toj državi na njezin zahtjev treba predati državljanina u skladu s odredbama Sporazuma o postupku predaje, pod uvjetom da je navedena država EFTA-e, u skladu sa svojim nacionalnim pravom, nadležna za kazneni progon tog državljanina za djelo počinjeno izvan svojeg državnog područja.⁶⁴

Prema našem shvaćanju presude *Petruhhin* i *Ruska Federacija protiv I. N.* se nadopunjuju. *Petruhhin* ima naglasak na manje ograničavajućim mjerama u predmetima izručenja građana EU trećim državama i pravima iz članka 19. Povelje općenito, a *Ruska Federacija protiv I. N.* ima naglasak na činjenici odobrenog azila i pravima iz članka 19. Povelje u pogledu konkretnog prigovora. Iz tih presuda zaključujemo sljedeće:

- standardi koji vrijede za državljanina države članice EU vrijede i za državljane (primatelje usluga) države članice Sporazumu o EGP-u,
- izručenje u državu u kojoj postoji ozbiljna opasnost od podvrgavanja smrtnoj kazni, mučenju ili drugom neljudskom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju protivi se članku 19. Povelje,
- država članica koja odlučuje o izručenju mora provjeriti ugrožavaju li se izručenjem prava iz članka 19. Povelje.
- osobito ako je izjavljen, prigovor zlostavljanja treba ispitati i obrazložiti, a sama izjava treće države da prava neće biti ugrožena nije dovoljna. U svrhu provjere po potrebi se može zahtijevati žurna dostava svih potrebnih dopunskih informacija i od države koja traži izručenje,
- odobrenje azila u drugoj državi, osobito članici EU odnosno potpisnici Sporazuma o EGP-u, utemeljeno upravo na kaznenom progonu u državi koja traži izručenje, predstavlja oborivu pretpostavku za odbijanje toga zahtjeva (izručenje bi se moglo odobriti ako se utvrde posebne okolnosti kao što je značajna promjena situacije u trećoj državi koja traži izručenje ili pak ozbiljni i vjerodostojni elementi koji dokazuju da je stranac prikrio da se protiv njega vodi kazneni progon).
- ako se odluka o izručenju ne protivi članku 19. stavku 2. Povelje, o zahtjevu za izručenje treba obavijestiti državu članicu EU/Sporazuma o EGP-u čiji je stranac državljanin,
- ako je ta država nadležna za kazneni progon stranca za djelo počinjeno izvan njezinog državnog područja i ako to zatraži, stranca joj treba predati.

⁶⁴ Izreka presude glasi: „Pravo Unije, a osobito članak 36. Sporazuma o Europskom gospodarskom prostoru od 2. svibnja 1992. i članak 19. stavak 2. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, treba tumačiti na način da, kada je državi članici u koju je došao državljanin države članice Europskog udruženja slobodne trgovine (EFTA) – koja je stranka Sporazuma o Europskom gospodarskom prostoru i s kojom je Europska unija sklopila Sporazum o postupku predaje – upućen zahtjev treće države za izručenje na temelju Europske konvencije o izručenju, potpisane u Parizu 13. prosinca 1957., i kada je tom državljaninu ta država EFTA-e, prije nego što je stekao njezino državljanstvo, odobrila azil upravo zbog kaznenog progona koji se protiv njega vodi u državi koja je uputila zahtjev za izručenje, na nadležnom je tijelu države članice od koje se traži izručenje da provjeri da se njime ne bi ugrozila prava iz navedenog članka 19. stavka 2. Povelje o temeljnim pravima, pri čemu je odobrenje azila osobito važan element u okviru te provjere. Prije razmatranja izvršenja zahtjeva za izručenje, država članica od koje se traži izručenje u svakom je slučaju obvezna izvijestiti tu državu EFTA-e i, ovisno o okolnostima, na njezin zahtjev predati joj navedenog državljanina, u skladu s odredbama Sporazuma o postupku predaje, pod uvjetom da je navedena država EFTA-e, u skladu sa svojim nacionalnim pravom, nadležna za kazneni progon tog državljanina za djelo počinjeno izvan svojeg državnog područja“.

Nakon presude SEU-a, Vrhovni je sud Republike Hrvatske ukinuo prvostupanjsko rješenje te zauzeo pravo shvaćanje prema kojem je naložio prvostupanjskom sudu putem nadležnih tijela Republike Hrvatske žurno izvjesti Island i zatraži očitovanje u odnosu na izručenje njezina državljanina Ruskoj Federaciji. Ako Island ne bude zainteresiran za predaju svog državljanina, prvostupanjski sud treba provjeriti bi li izručenjem u Rusku Federaciju moglo doći do ugrožavanja prava iz članka 19. Povelje te ponovno provjeriti postojanje zakonskih uvjeta za izručenje prema domaćem pravu.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Obveza poštivanja Konvencije rezultat je članstva u Vijeću Europe, a obveza poštivanja prava Europske unije rezultat je članstva u Uniji. Svako od tih članstava nosi svoja specifična pravila, prava i obveze. Iako je riječ o dva različita sustava koja djeluju svaki u svom području nadležnosti, oni se u području kaznenog prava u značajnoj mjeri isprepliću. Vrlo dobar primjer takvog ispreplitanja je pitanje prava na branitelja i osobito prava na besplatnu pravnu pomoć. Ovo je pitanje važno osobito zbog posljednjih izmjena ZKP/08. („Narodne novine“ broj 126/19.).

Naime, tim je izmjenama propisano pravo na privremenu pomoć branitelja na teret proračunskih sredstava suda u najranijim fazama postupka. Riječ je o članku 72.a ZKP/08., koji se u stavku 1. odnosi na uhićenika, a u stavku 2. na osumnjičenika. Stavkom 2. to pravo, ako obrana nije obavezna, predviđeno je samo za postupke za kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora teža od pet godina. Stoga se postavlja pitanje je li navedena odredba ZKP/08. u skladu sa Konvencijom i pravom Europske unije, a ako nije, koje su posljedice takve neusklađenosti.

Člankom 6. stavkom 3. točkom c) Konvencije propisano je pravo svake osobe optužene za kazneno djelo na branitelja, a pod određenim uvjetima i na besplatnog branitelja.⁶⁵ Prema autonomnom tumačenju ESLJP-a «kaznena optužba» postoji od kada nadležno tijelo službeno obavijesti pojedinca o optužbi da je počinio neko kazneno djelo ili od trenutka kada su na njegovu situaciju značajno utjecale radnje koje su vlasti poduzele kao rezultat sumnje protiv njega.⁶⁶ Drugim riječima, to pravo pripada već osumnjičeniku u smislu odredbi članka 202. stavka 2. točke 1. ZKP/08.⁶⁷ Istom logikom, pravo na besplatnu pravnu pomoć vrijedilo bi od trenutka „kaznene optužbe“ prema navedenom autonomnom tumačenju.

Iz navedenoga slijedi da je pravo na besplatnog branitelja povezano i s trenutkom u kojem građanin postaje osumnjičenik. Policija tijekom izvida prikuplja obavijesti od građana, a u određenom trenutku jedan ili više građanina mogu postati osumnjičenici. Trenutak kada građanin postaje osumnjičenik važan je jer se tada aktiviraju prava osumnjičenog građanina i dužnosti tijela kaznenog progona, ponajprije policije. Jedno od tih prava je i pravo na besplatnog branitelja.⁶⁸

Pravo na besplatnu pravnu pomoć se prema članku 6. stavku 3. točki c) Konvencije vezuje uz ispunjenje dva uvjeta: izostanka sredstava i postojanja „interesa pravde“. Prema praksi ESLJP-a „interesi pravde“ ocjenjuju se na temelju tri mjerila:

1. težina djela i težina kazne,
2. složenost predmeta i
3. osobna situacije optuženika (sposobnosti okrivljenika da iznese svoj predmet kad mu ne bi bila odobrena pravna pomoć).⁶⁹

⁶⁵ Članak 6. stavak 3. točka c) Konvencije glasi: Svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje sljedeća prava: ... c) 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.

⁶⁶ ESLJP, *Simeonovi protiv Bugarske*, zahtjev broj 21980/04, presuda 12. svibnja 2017., točka 110.

⁶⁷ Ovaj rad koncentriran je na kaznenu granu sudovanja, no pojam „kazneni“, se prema praksi ESLJP-a, primjenom „Engel“ mjerila, može odnositi i na druge vrste postupka (vidi bilj. 4).

⁶⁸ Za problematiku trenutka kada građanin postaje osumnjičenik v. Mrčela, M., Delost, D. (2019.): *Dokazni standardi u kaznenom postupku*, Policija i sigurnost, 28 (4) 417-433, Burić, Z., Karas, Ž. (2017). *Prilog raspravi o dvojbama vezanima uz novu definiciju osumnjičenika i radnju njegova ispitivanja*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu. 24(2), 443.-282. i Karas, Ž. (2009). *Sudska praksa o policijskom postupanju: osnove sumnje i osnovana sumnja; zatvoreni krug indicija*. Policija i sigurnost, 18(3), 387-392.

⁶⁹ European Court of Human Rights: Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf

U pravilu, kada je moguće lišenje slobode, interesi pravde nalažu pravno zastupanje.⁷⁰ Iz naprijed navedenoga se može zaključiti da prema Konvenciji pravo na besplatnu pravnu pomoć pripada osumnjičeniku za kazneno djelo za koje je predviđena kazna zatvora. Međutim, imajući na umu novije presude ESLJP-a, izostanak branitelja u najranijim fazama postupka ne mora dovesti do povrede Konvencije ako za to postoje „uvjerljivi razlozi“ (u iznimnim situacijama, privremene naravi i utemeljeni na pojedinačnoj procjeni specifičnih okolnosti svakog predmeta).⁷¹

Prema tome, može se zaključiti da prema praksi ESLJP-a, osumnjičeniku za kazneno djelo za koje je predviđena kazna zatvora (bez obzira na visinu), a koji nema sredstava za plaćanje branitelja u pravilu pripada pravo na besplatnu pravnu pomoć. Također, opravdano je pretpostaviti da ograničenje od tog prava iznimno neće dovesti do povrede Konvencije ako za takvo ograničenje postoje uvjerljivi razlozi.

S druge strane, pitanje besplatne pravne pomoći potpada i pod područje primjene prava Europske unije, konkretno Direktive (EU) 2016/1919. o pravnoj pomoći za osumnjičenike i okrivljenike u kaznenom postupku i za tražene osobe na temelju europskog uhidbenog naloga (dalje Direktiva 2016/1919.). Člankom 3. propisano je da „pravna pomoć“ znači financiranje pomoći odvjetnika od strane države članice kojim se omogućuje ostvarivanje prava na pristup odvjetniku.

Člankom 2. Direktive 2016/1919. propisano je područje primjene pa se ona odnosi na osumnjičenike i okrivljenike u kaznenom postupku koji imaju pravo na pristup odvjetniku prema Direktivi 2013/48/EU⁷² i:

1. kojima je oduzeta sloboda,
2. kojima mora pomagati odvjetnik (u skladu s pravom Unije ili nacionalnim pravom)
3. od kojih se traži ili kojima se dopušta da prisustvuju istražnoj radnji ili radnji povezanoj s prikupljanjem dokaza, koja obuhvaća najmanje prepoznavanje, suočavanje i rekonstrukciju.

Prve dvije situacije nisu sporne, a treću treba razmotriti.

Naime, iz izričaja članka 2. Direktive 2016/1919. proizlazi da osumnjičeniku, najmanje kod radnji prepoznavanja, suočavanja i rekonstrukcije (uz ispunjenje drugih pretpostavki), pripada pravo na besplatnu pravnu pomoć. U pogledu vrste radnji ZKP/08. širi pravo osumnjičenika, jer ga povrh radnji prepoznavanja, suočavanja i rekonstrukcije proteže i na ispitivanje osumnjičenika i na postupak po prijedlogu za određivanje istražnog zatvora.

Međutim, s druge strane, članak 72.a ZKP/08., prema našem mišljenju protivno Direktivi 2016/1919., suzuje pravo na besplatnu pravnu pomoć i to samo na osumnjičenike u postupcima zbog kaznenih djela za koja je predviđena kazna zatvora teža od pet godina. Stoga odredba članka 72.a ZKP/08. nije u skladu s pravom EU-a. Ovdje treba istaknuti još tri okolnosti.

Prvo, Direktiva 2016/1919. koristi pojam „kazneni postupak“, iako se ona može odnositi i na prekršajni postupak. To je vidljivo iz odredbi članka 2. stavka 4. Direktive 2016/1919. koji se odnosi na lakša kažnjiva djela.⁷³

⁷⁰ U često citiranom predmetu *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (19380/92., 10. lipnja 1996.) bila je riječ o porezno-upravnom postupku zbog neplaćene komunalne naknade u kojem je maksimalno predviđena kazna u trajanju tri mjeseca zatvora i pravna složenost predmeta zahtijevala pružanje besplatne pravne pomoći. U Zdravku *Stanevu protiv Bugarske* (32238/04., 6. studeni 2012.) do povrede je došlo u predmetu u kojem je podnositelj bio osuđen na novčanu kaznu, a za djelo za koje je bio osuđen bila je predviđena kazna zatvora u trajanju do dvije godine. U novijem predmetu *Mikhaykiva protiv Rusije* (46998/08., 19. studeni 2015.), do povrede je došlo u prekršajnom predmetu u kojem je bila riječ o prekršaju za koji je bila predviđena kazna od 28 EUR i/ili 15 dana zatvora.

⁷¹ Vidjeti naprijed navedenu presudu *Beuze protiv Belgije*.

⁷² Direktiva 2016/48/EU o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku i u postupku na temelju europskog uhidbenog naloga te o pravu na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima. Člankom 3. ove Direktive popisano je pravo osumnjičenika i okrivljenika na pristup odvjetniku u kaznenom postupku.

⁷³ Engleski „minor offences“, francuski „infractions mineures“, u hrvatskom prijevodu „lakša kažnjiva djela“. Engleski „traffic offences“, francuski „infractions routières“, u hrvatskom prijevodu „prometni prekršaji“. Članak 2. stavak 4. Direktive glasi: „4. Ne dovodeći u pitanje pravo na pošteno suđenje, u pogledu lakših kažnjivih djela:

- (a) ako je pravom države članice predviđeno da sankciju izriče tijelo koje nije sud nadležan u kaznenim stvarima, a na izricanje te sankcije može se podnijeti žalba pred takvim sudom ili se predmet izricanja te sankcije može uputiti takvom sudu; ili
- (b) ako se oduzimanje slobode ne može izreći kao sankcija, ova se Direktiva primjenjuje samo na postupke pred sudom nadležnim u kaznenim stvarima“.

Drugo, člankom 4. stavkom 1. Direktive 2016/1919. propisano je da države članice osiguravaju da osumnjičenicima i okrivljenicima (koji nemaju dovoljno sredstava za plaćanje pomoći odvjetnika) imaju pravo na pravnu pomoć kad to nalažu interesi pravde. Direktiva ne definira pojam „interes pravde“. Međutim, sukladno članku 11. Direktive 2016/1919. ništa se u njoj ne tumači kao ograničavanje ili odstupanje od bilo kakvih prava i postupovnih jamstava osiguranih između ostaloga i Konvencijom. U tom pravcu „interes pravde“ bio bi minimalno „interes pravde“ kako ga tumači ESLJP, prema kojem besplatni branitelj dolazi u obzir i u prekršajnom postupku, odnosno uvijek kada je moguća kazna koja uključuje lišenje slobode.

Treće, člankom 4. stavkom 2. Direktive 2016/1919. propisano je da države članice mogu provesti provjeru imovinskog stanja, provjeru osnovanosti zahtjeva ili obje te provjere kako bi utvrdile treba li se odobriti pravna pomoć u skladu sa stavkom 1. U stavku 3. propisana su mjerila za provjeru imovinskog stanja, a u stavku 4. mjerila za provjeru osnovanosti zahtjeva: ozbiljnost kaznenog djela, složenost predmeta i „težina očekivane sankcije“.⁷⁴ Gramatičkim bi se tumačenjem moglo zaključiti da su time propisani uvjeti za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć. Međutim, iz uvodne izjave broj 13. (čije je uloga objašnjenje odredbi), moglo bi se zaključiti drukčije. Tom je izjavom propisano da primjena Direktive podliježe uvjetima utvrđenim u Direktivi u slučaju «lakših kažnjivih djela». Države članice trebale bi moći provesti provjeru imovinskog stanja, provjeru osnovanosti zahtjeva ili obje te provjere kako bi utvrdile treba li se odobriti pravna pomoć. Pod uvjetom da je to u skladu s pravom na pošteno suđenje može se smatrati da uvjeti u slučaju provjere osnovanosti zahtjeva nisu ispunjeni u odnosu na određena «lakša kažnjiva djela».

Prema tome, Direktiva ne ograničava besplatnu pravnu pomoć prema težini predviđene kazne, a osobito ne prema težini predviđene kazne zatvora u kaznenom postupku (u užem smislu, sukladno domaćem sustavu). Tako se i na stranicama Eur-lexa, u sažecima zakonodavstva, koji se odnose na Direktivu 2016/1919., navodi da je u situacijama kada kazna uključuje zatvorsku kaznu potrebno smatrati da je dodjela pravne pomoći u interesu pravde.⁷⁵ Zato je Direktiva 2016/1919. pogrešno prenesena u odredbe ZKP/08. u onom dijelu u kojem besplatnog branitelja osumnjičenicima koji sudjeluje u radnjama prepoznavanja, suočavanja ili rekonstrukcije omogućuje samo u kaznenom postupku za koji je predviđena kazna zatvora teža od pet godina.⁷⁶

S obzirom na to da je ovdje riječ o dužnosti države da osigura besplatnog branitelja osumnjičenicima u kaznenom postupku sukladno Direktivi 2016/1919., to je riječ o okomitom pravnom odnosu u kojem je pojedinac može pozvati na direktivu protiv države. Time nastaje subjektivno pravo pojedinca koje se temelji na obvezi države da provede direktivu. S obzirom na izložene odredbe o području primjene Direktive 2016/1919., ovdje je riječ o pravu na besplatnog branitelja osumnjičenicima koji sudjeluju u radnjama prepoznavanja, suočenja ili rekonstrukcije.

Prema tumačenju SEU-a, još iz presuda *Ratti i Becker*, bezuvjetne i dovoljno precizne odredbe direktiva u okomitim pravnim odnosima imaju izravni učinak.⁷⁷ Izravni učinak znači dužnost suda da ne primijeni nacionalnu odredbu koja nije u skladu s direktivom i istovremenu primjenu odredbe direktive koja ima potrebnu kvalitetu tako što je jasna, bezuvjetna i dovoljno precizna. Ovdje se može problematizirati pitanje ima li odredba članka 4. stavka 1. Direktive takav učinak, odnosno je li na temelju odredbe članka 4. stavka 1. Direktive 2016/1919. dopušteno postaviti besplatnog branitelja osumnjičenicima koji sudjeluje u radnji prepoznavanja, suočavanja ili rekonstrukcije. Odgovor na to pitanje može dati samo SEU, jer SEU jedini može tumačiti pravo EU. Ako navedena odredba nema izravni učinak, ostaje obveza tumačenja odredbi ZKP/08. u skladu sa Direktivom 2016/1919.⁷⁸

Izložena raščlamba upućuje na zaključak da odredbe ZKP/08. istovremeno otvaraju pitanja usklađenosti s odredbama Konvencije i Direktive 2016/1919. U konačnici ESLJP ocjenjuje je li neomogućavanje besplatnog

⁷⁴ Prema službenom prijevodu Direktive riječ je o „težini očekivane kazne“, na engleskom tekst glasi „the severity of the sanction at stake“, a na francuskom „la sévérité de la sanction en jeu“ što bi u doslovnom prijevodu bilo „težina kazne u pitanju“. Zbog toga bi točniji prijevod mogao glasiti „težina predviđene kazne“, s obzirom da je „očekivana kazna“ relativan pojam.

⁷⁵ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=legisum:230301_1

⁷⁶ Ako je tome tako, otvara se pitanje prava na učinkovito pravno sredstvo zbog kršenja prava iz Direktive 2016/1919. U tom pravcu upućujemo na ranije izloženu presudu SEU-a C-234/17., XC i drugi o kojoj je bilo riječi vezano uz posljedice moguće povrede pretpostavke nedužnosti. Međutim, s obzirom na načelo ekvivalentnosti treba imati na umu posljedice koje nacionalno pravo vezuje uz povredu prava na branitelja.

⁷⁷ SEU, C-148/78., *Ratti*, 5. travnja 1979.; SEU, C-8/81., *Becker*, 19. siječnja 1982.

⁷⁸ Više o tome Tamara Čapeta i Siniša Rodin: *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, 2018., strane 104-106. i dr.

branitelja osumnjičeniku u prvim fazama postupka dovelo do povrede prava na pravično suđenje iz članka 6. Konvencije. ESLJP takav odgovor može dati tek nakon pravomoćnog okončanja kaznenog postupka, a on ovisi o konkretnim okolnostima svakog pojedinog predmeta.⁷⁹ To dakako ne sprječava nacionalni sud da ispituje moguću povredu prava na pravično suđenje. Štoviše, nacionalni je sud dužan postupak provesti pravično, a to dakako uključuje i ocjenu je li neomogućavanje besplatnog branitelja osumnjičeniku u prvim fazama postupka dovelo do povrede prava na pravično suđenje. S druge strane, u predmetima u kojima se problematizira neomogućavanje besplatnog branitelja osumnjičeniku koji sudjeluje u radnji prepoznavanja, suočenja ili rekonstrukcije, SEU može, na zahtjev nacionalnog suda, u tijeku konkretnog postupka, donijeti prethodnu odluku o tome protive li se Direktivi 2016/1919. naprijed raščlanjene odredbe ZKP/08.

Ako doista prema pravu EU (Direktivi 2016/1919.) osumnjičenik koji ispunjava druge uvjete za privremenu pravnu pomoć branitelja na teret proračunskih sredstava suda ima pravo na tu pomoć prilikom primjerice radnje prepoznavanja, a ta mu pomoć bude uskraćena pozivom na odredbu članka 72.a ZKP/08., onda se otvara pitanje zakonitosti tako poduzete radnje. Prema članku 8. Direktive 2016/1919. države članice osiguravaju da osumnjičenici, okrivljenici i tražene osobe, u slučaju kršenja njihovih prava iz te Direktive, imaju na raspolaganju djelotvorno pravno sredstvo u okviru nacionalnog prava. Imajući na umu zahtjeve načela ekvivalentnosti i djelotvornosti, smatramo da će zakonitost tako pribavljenih dokaza trebati procjenjivati prema članku 10. ZKP/08.

Zaključno, Direktiva 2016/1919. ne ograničava besplatnu pravnu pomoć prema težini predviđene kazne lišenja slobode, a osobito ne prema težini predviđene kazne zatvora u kaznenom postupku. Članak 72.a ZKP/18. upravo uvodi takvo ograničenje na postupke koji se vode za kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora teža od pet godine. Zato ova zakonodavna izmjena otvaraju mogućnost postupanja protivno pravu EU-a i može predstavljati i kršenje prava na pravično suđenje iz Konvencije. Pred našim je sudovima dakle situacija u kojoj će morati procjenjivati i moguće utvrđivati povredu prava na pravično suđenje u odnosu na situacije kada policija primjenjuje članak 72.a ZKP/08. Primjena navedene odredbe može predstavljati i povredu prava EU-a pa se otvara pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih primjenom članka 72.a ZKP/08. Naši sudovi imaju učinkoviti alat za popravljavanje ove zakonodavčeve pogreške. No teško se oteti dojmu da do ove situacije nije niti trebalo doći. Zakonodavac je samo trebao slijediti EU pravo koje smo ionako dužni poštivati. Zašto to nije učinjeno, ostaje izvan domašaja ovoga rada.

⁷⁹ Treba istaknuti da je 1. kolovoza 2018. stupio na snagu Protokol 16. Konvenciji, a kojim je predviđena mogućnost da se najviši sudovi država članica zatraže od ESLJP-u savjetodavno mišljenje u pogledu tumačenja ili primjene Konvencije. Republike Hrvatska međutim do sada nije pristupila navedenom Protokolu.

Igor Periša*

Sanja Katušić Jergović**

ODGOVORNE OSOBE TRGOVAČKIH DRUŠTAVA KAPITALA I DJELOKRUG NJIHOVIH POSLOVA S KAZNENOPRAVNOG I GRAĐANSKOPRAVNOG ASPEKTA

1. UVOD

Od postepenog napuštanja koncepta društvenog vlasništva (što uključuje i razdoblje od stupanja na snagu Zakona o poduzećima¹) i potpunog uvođenja privatnog vlasništva, a posebice nakon donošenja i stupanja na snagu Zakona o trgovačkim društvima², što su, iako ne ukorak, pratile i promjene u kaznenom materijalnom zakonodavstvu (kasneći i ne održavajući uvijek suštinu izmjena u načinu funkcioniranja i organizacije poduzeća – društava), u teoriji i praksi se razmatrala problematika odgovornih osoba. Kako izmjene u propisima uobičajeno kasne za izmjenama u realnosti i dalje je aktualno obrađivanje pitanja određivanja odgovornih osoba kao počinitelja kaznenih djela protiv gospodarstva i osnovnih kriterija po kojima se može utvrditi jesu li postupci tih osoba uistinu i kazneno djelo.

U ovom su radu obrađena trgovačka društva kapitala, budući da taj oblik gospodarskih subjekata uvjerljivo preteže u našoj ekonomiji.

Treba naglasiti da je bitno obilježje većine kaznenih djela protiv gospodarstva upravo njihova blanketna narav, čak i kada to iz samog zakonskog opisa djela nije odmah vidljivo.

Kao počinitelji kaznenih djela pojavljuju se najčešće zastupnici društava (iako se i članovi nadzornog odbora u situacijama kada ne zastupaju trgovačko društvo u svom krugu ovlaštenja mogu pojaviti kao počinitelji, što će, međutim, biti znatno rjeđe).

Zastupanje u pravnom smislu znači poduzimanje radnji u ime i za račun drugoga s neposrednim učinkom za onoga za koga se djeluje, tj. za zastupanoga. Zakon o obveznim odnosima³ uređuje zastupanje u materijalnopravnom smislu, pa predstavlja temeljni pravni izvor za odnos zastupanja. Uz taj Zakon, odnos zastupanja uređuju i drugi posebni zakoni, kao ZTD, Zakon o parničnom postupku⁴, Zakon o općem uprav-

* mr.sc. Igor Periša, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

** Sanja Katušić Jergović, sutkinja Županijskog suda u Velikoj Gorici

¹ Narodne novine br. 53/91 i 58/93

² Narodne novine br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 68/13, 110/15 i 40/13, dalje: ZTD

³ Narodne novine br. 35/05, 41/09, 125/11, 78/15 i 29/18, dalje: ZOO

⁴ Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 177/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14 i 70/19

nom postupku⁵, Zakon o zadrugama⁶, Prekršajni zakon⁷, dr. Zastupanje može biti i posredno, no tada se radi o djelovanju kada netko djeluje u svoje ime, a za račun drugoga, kao npr. u komisionom poslu.

Posebno treba spomenuti ovlast za potpisivanje. Naime, ta ovlast za trgovačko društvo u smislu ZTD-a nema posebno pravno značenje, zbog čega je taj zakon ne uređuje. ZTD u odnosu na potpisivanje dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću određuje da se članovi uprave potpisuju u ime društva, pri čemu navode tvrtku društva i svojstvo člana uprave (čl. 241. st. 4. i čl. 426. st. 1.), pa taj Zakon potpisivanje smatra konkretiziranjem jednog od načina kako se ostvaruje zastupanje društva. U prvom slučaju (članova uprave) ovlast za raspolaganje novčanim sredstvima proizlazi iz opće ovlasti za zastupanje društva, a u ostalim slučajevima ovlast za potpisivanje temelji se na punomoći deponiranoj kod ovlaštene organizacije kod kojih se nalaze računi društva s kojih se raspolaže novčanim sredstvima.

Usporedbom rješenja o osnovama zastupanja iz ZOO-a i ZTD-a vidljivo je da se osobe ovlaštene za zastupanje društva mogu odrediti:

- a) zakonom
- b) konstitutivnim aktom ili odlukom donesenom u društvu te oduzimanjem ovlasti za zastupanje
- c) aktom nadležnog tijela
- d) povjeravanjem obavljanja određenih poslova i
- e) pravnim poslom.

Samo se neke od nabrojanih ovlasti za zastupanje upisuju u sudski registar, pa za utvrđenje ovlaštenika neće biti dovoljno izvršiti uvid u sudski registar. U nekim će slučajevima biti dovoljan uvid u sudski registar, u nekima se treba osloniti na shvaćanja poslovne prakse, a u nekima se ovlast provjerava ispravom danom u tu svrhu. Bitno je naglasiti da se u istom društvu najčešće ovlasti za zastupanje daju po više osnova različitim osobama, što je i logično, pa se te osnove mogu kumulirati.

2. OSOBE KOJIMA JE OVLAST ZA ZASTUPANJE DANA ZAKONOM

ZTD određuje zastupanje za svaki pojedini tip društva, propisujući što sve ulazi pod pojam posloводства, te koje ga osobe, odnosno organi u pojedinom tipu društva obavljaju. Tim se Zakonom *in abstracto* propisuje da je svatko onaj tko u društvu ima položaj određen zakonom ovlašten to društvo i zastupati. Dakle, da bi se u konkretnom slučaju identificirala osoba koja ima to zakonsko pravo zastupanja, treba vidjeti sadržaj općih akata društva.

Bitno je da osobe kojima je ovlast za zastupanje dana zakonom moraju biti upisane u sudski registar, što se čini zbog načela javnosti, dakle, da bi treći znali tko je taj koji za pravnu osobu može davati pravno relevantna očitovanja volje. Pri tome računa valja voditi o tome da takav upis u sudski registar ima deklaratoran značaj.

Naravno, na umu treba imati da će se različito procjenjivati valjanost pravnoga posla i eventualna kaznena odgovornost, odnosno krivnja osobe koja je sklopila takav pravni posao, pa da stoga okolnost što je posao valjan ili nevaljan nema za posljedicu nepostojanje ili postojanje krivnje takve osobe.

Društva kapitala imaju organe pa se djelovanje organa pravne osobe predstavlja kao djelovanje same te pravne osobe. Bez obzira na to što organ pravne osobe djeluje kao ego, ipak se prema našim propisima pri djelovanju organa govori o zastupanju.

U društvima kapitala potrebno je razlikovati je li netko ovlašten zastupati društvo na temelju zakona pa mu nije potreban neki drugi izvor za takvu ovlast ili to čini po nekoj drugoj osnovi. Ako je riječ o zastupanju na temelju zakona, djeluje kao organ. Kada takva osoba (odnosno osobe, organ) daje punomoć za zastupanje društva, time ne prenosi na opunomoćenika svoje ovlasti organa, nego ga pravnim poslom ovlašćuje da zastupa društvo, ali samo kao *alter ego* društva.

Posljednjim izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2012. godine, uz prethodne izmjene i dopune iz 2007. i 2009. godine, ZTD je u cijelosti usklađen s pravnom stečevinom Europske unije. To znači da njegova primjena mora

⁵ Narodne novine br. 47/09

⁶ Narodne novine br. 34/11, 125/13, 76/14, 114/18 i 98 /19

⁷ Narodne novine br. 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17 i 118/18

biti istovjetna onoj koja se primjenjuje u Uniji, što podrazumijeva prvenstveno promjena pristupa tumačenju prava. Dosadašnju, kod nas najviše korištenu gramatičku metodu tumačenja norme mora zamijeniti teleološka metoda kojoj treba dati prednost tako da gramatičko tumačenje dolazi tek nakon toga. Ovaj pristup proteže se nužno i na utvrđivanje kaznene odgovornosti odgovornih osoba kao počinitelja kaznenih djela protiv gospodarstva, jer je to ishodište njihove kaznene odgovornosti.

2.1. DIONIČKO DRUŠTVO

Izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2007. uvedena je mogućnost izbora između monističkog i dualističkog ustroja organa dioničkog društva.

Položaj organa u dioničkom društvu ne temelji se na hijerarhiji, već svaki od organa ima svoju nadležnost i ovlasti koje nisu prenosive na drugi, niti ih se može ograničiti. Kako je zastupanje poduzimanje pravnih radnji prema trećima ne radi se o zastupanju kada jedan organ djeluje prema drugom, jer je to djelovanje unutar iste pravne osobe, a ne među različitim pravnim subjektima.

Osnovne karakteristike dva tipa dioničkih društava:

- a) Dualistički pristup uređenja odnosa organa u društvu znači da su vođenje poslova i nadzor nad poslovanjem društva povjereni različitim organima, koji su međusobno potpuno odvojeni. To podrazumijeva da iste osobe ne mogu biti članovi obaju spomenutih organa. Ovaj se koncept ogleda u tome da dioničko društvo ima glavnu skupštinu, nadzorni odbor i upravu. U suštini, dioničari ostvaruju svoja upravljačka prava na glavnoj skupštini. Nadzorni odbor pak imenuje članove uprave i nadzire njezin rad, odnosno poslovanje društva i zastupa društvo prema članovima uprave, a nikada nema ovlasti vođenja poslova društva. Uprava vodi poslove društva samostalno i na vlastitu odgovornost. ZTD ne propisuje hijerarhijski odnos tih organa, već im u funkcionalnom smislu daje različite zadatke, te se statutom ne mogu odnosi među organima postaviti drugačije. Dakako, s obzirom na nadležnost poslova koje obavljaju, elementi hijerarhijske nadređenosti jednog organa nad drugim ipak se primjećuju u nekim ovlastima, ali to je iznimno i samo u pojedinim pitanjima, pa predstavlja tek iznimku od općeg pristupa po kojem se, uostalom, dioničko društvo, između ostalog, razlikuje od društva s ograničenom odgovornošću.
- b) Monistički koncept uređenja odnosa organa u društvu znači da nema striktnosti odvojenosti vođenja poslova od nadzora nad vođenjem tim poslova. Naime, osobe koje obavljaju nadzor nisu jasno odvojene od onih koje vode poslove društva. Obje kategorije osoba su u istom organu, iako one koje vode poslove društva ne moraju tamo uvijek biti. Takva društva imaju glavnu skupštinu u kojoj se nalaze dioničari i upravu (kod nas upravni odbor), u kojoj se nalaze oni koji vode poslove društva i oni koji nadziru poslovanje. U upravnom odboru postoje dvije vrste direktora: izvršni i neizvršni direktori. Izvršni direktori mogu, ali i ne moraju biti članovi upravnog odbora. Izvršni direktori ne čine organ društva i u bitno su nepovoljnijem položaju od članova uprave prema nadzornom odboru u društvima s dualističkim konceptom ustroja organa. No, njihovo djelovanje ima mnogo sličnosti s onim kako djeluju organi uprave u društvima koja su se odlučila za dualistički ustroj. Bitna razlika u položaju i ulozi upravnog odbora monistički koncipiranog d.d.-a u odnosu na upravu i nadzorni odbor u dualistički koncipiranom d.o.o.-u je da upravni odbor osniva odbore i komisije koje mu pomažu u radu, što znači da njegovo djelovanje nije moguće zamisliti bez rada pomoćnih tijela. Doduše, nadzorni odbor u dualistički ustrojenom dioničkom društvu također može imati pomoćna tijela, ali su ovlasti nadzornog odbora usmjerene na funkciju nadzora u društvu, koja zahtijeva bitno manji angažman (a po prirodi stvari i manje raznovrstan) u društvu od onog koje ima upravni odbor. Činjenica je da je ZTD posvetio znatno manje odredaba upravnom odboru i izvršnim direktorima, upućujući u mnogim situacijama na ono što je određeno za funkcioniranje dualistički ustrojenog dioničkog društva. Ipak treba naglasiti da odgovarajuća primjena odredaba Zakona znači da je mjerodavno stanje propisa u vrijeme primjene, kao i da to ne znači striktnu primjenu propisa, nego primjenu u mjeri u kojoj to dopušta narav stvari. Potonji kriterij i njegova suština izvlači se iz izričitih odredaba ZTD-a kojima se propisuju odstupanja od odredbi toga Zakona na primjenu kojeg se upućuje. Dakle, kada se promatraju u odnosu na funkcioniranje upravnog odbora i izvršnih direktora, odgovarajuće odredbe moraju biti logične i činiti cjelinu.

Kako utvrditi radi li se u konkretnom slučaju o dualistički ili monistički koncipiranom dioničkom društvu:

Za utvrđivanje po kojem je principu koncipirano pojedino dioničko društvo odlučan je njegov statut. Dakako, za obje vrste ustroja dioničkih društava vrijedi pravilno da se statutom može odstupiti od ZTD-a samo onda kad to taj Zakon izričito dopušta, te da se statutom mogu urediti pitanja koja tim Zakonom nisu uređena samo onda kad on to izričito ne isključuje. To treba naglasiti i kako se ne bi dogodilo da se u kaznenim postupcima poziva na sadržaj odredaba Statuta koje nisu u skladu s tim pravilom, pri čemu su odredbe statuta protivno izloženom pravilu ništetne.

ZTD podrobno uređuje dioničko društvo, pa je logično da statut bude manje opsežan. Razlog tomu je potreba da se spriječe zlouporabe i izigravanja dioničara, a ta je opasnost veća u društvima s većim brojem dioničara. Uređenje odnosa u dioničkom društvu može utjecati i na način njegova poslovanja, a to pak na tržišnu vrijednost dionica, pa nema sumnje da postoji i interes izvan društva da se zakonom što podrobnije regulira takvo društvo, što je i pitanje pravne sigurnosti. Zakonskim se odredbama stoga nastoje zaštititi opravdani i priznati interesi svih zainteresiranih, i to kako izvan društva, tako i unutar njega, uključujući i interese članova organa društva, i to tako da se postigne ravnoteža, odnosno da niti jedan interes ne preteže. Ta zaštita vidljiva je npr. u odredbama koje propisuju mnogobrojne obveze, pa tako i obvezu obavješćivanje o stanju društva i ograničenja za djelovanje organa i njihovih članova, te posebno njihove stroge odgovornosti prema društvu i trećima. Upravo se takvim obvezama propisuje okvir za djelovanje, što je odlučno i značajno i kod utvrđivanja ima li mjesta kaznenopravnom odstupanju odnosno kršenju ovih obveza.

Istu svrhu, tj. zaštitu interesa različitih grupacija ima i kodificiranje načela za vođenje dioničkog društva⁸, a ta načela trebaju rezultirati najboljim vođenjem poduzeća, podizanjem vrijednosti društva i dionica, pojačanjem nadzora nad vođenjem poslova i time povećanjem odgovornosti onih koji obavljaju poslove u društvu. Radi se o mjerama usmjerenim na otklanjanje opasnosti od zlouporabe ovlasti u društvu, te prepoznavanju i sprečavanju mogućeg štetnog razvoja uočenih pojava, pri čemu se kao jedna od najznačajnijih mjera izdvaja primjerena obaviještenost svih zainteresiranih kako bi imali potreban uvid u to što se događa u društvu. Upravo zato se to najprije počelo primjenjivati u društvima čije dionice kotiraju na burzi, te je ta materija poznata kao *corporate governance* ili *shareholder value*. Europska je unija od skupine stručnjaka zatražila da predloži rješenja za uređenje javne ponude za preuzimanje poduzeća. OECD je 1999. izdao *Principles of Corporate Governance*, sa svrhom pomoći vladama zemalja članica pri postavljanju pravnog i institucionaliziranog okvira radi zaštite zainteresiranih i uvođenja dobre prakse vođenja poduzeća.

Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga i Zagrebačka burza donijele su 2007. godine Kodeks korporativnog upravljanja⁹, čiji je cilj uspostavljanje visokih standarda korporativnog upravljanja i javnosti dostupnih podataka o poslovanju društava dionice kojih su uvrštene na uređeno tržište radi olakšavanja pristupa kapitalu uz niže troškove. Pojavili su se i kodeksi koje su pojedina dionička društva sastavila za svoje potrebe.

Sadržaj kodeksa stoga može biti značajan i s kaznenopravnoga aspekta, jer može biti kriterij za ocjenu potrebne mjere postupanja u struci, ako se po tim pravilima počne djelovati u praksi i ako ona postane prosječna mjera postupanja. Razumije se, pravila kodeksa smiju samo razrađivati ZTD, a nikako mu proturječiti. ZTD je u čl. 272.p propisao obvezu uprave i nadzornog odnosno upravnog odbora dioničkog društva kojih su dionice uvrštene na uređeno tržište vrijednosnih papira radi trgovanja da osiguraju da uprava odnosno upravni odbor svake godine dade izjavu o tome da su postupali u skladu s preporukama objavljenim u kodeksu korporativnog upravljanja i da će i dalje po njima postupati te da navedu po kojoj od njih nisu postupali ili neće postupati, a ta izjava mora biti trajno dostupna dioničarima društva.

U statutu se pri osnivanju društva određuju organi koje će društvo imati, ali je važno naglasiti da je moguće da se naknadno izmjenom statuta ili donošenjem novog statuta to može i promijeniti.

Općenito, može se ustvrditi da uprava zastupa dioničko društvo s dualističkim ustrojem, a izvršni direktori da zastupaju dioničko društvo s monističkim ustrojem organa. Nadzorni odbor (u dualističkom d.d.), odnosno upravni odbor (u monističkom d.d.), te likvidatori zastupaju društvo u slučajevima propisanim ZTD-om.

⁸ Radi se o nastojanjima koja su počela sedamdesetih godina XX. stoljeća u SAD-u, a u europskim zemljama devedesetih godina, da se pored zakonskog uređenja pristupi takvom propisivanju načela za vođenje dioničkog društva.

⁹ Temeljna načela Kodeksa su: 1. javnost podataka, 2. jasno razrađeni postupci, 3. izbjegavanje sukoba interesa, 4. djelotvoran unutarnji nadzor i 5. jednak odnos prema svim nositeljima interesa.

2.1.1. DUALISTIČKI KONCEPT DIONIČKOG DRUŠTVA

2.1.1.1. UPRAVA DIONIČKOG DRUŠTVA

2.1.1.1.1. Sastav uprave

Uprava je ovlaštena zastupati društvo u svim stvarima, ako Zakonom nije izričito drugačije određeno u pojedinom slučaju. Prema ZTD-u uprava može imati jednoga člana, ili više njih (maksimalan broj nije propisan), i ne mora ih biti neparan broj. Za broj članova uprave odlučan je statut, kojim se može odrediti broj članova uprave, ili pak postaviti pravila kako će se to učiniti (npr. i tako da se statutom navede najmanji i/ili najveći broj članova uprave) ili ovlasti nadzorni odbor da, u okviru odredaba statuta, odluči o broju članova uprave. Pritom treba znati da nekada poseban zakon za određena dionička društva propisuje broj članova uprave.

Ako je više članova uprave, nadzorni odbor imenuje predsjednika uprave. U slučaju podijeljenih glasova članova uprave statutom se može odrediti koja se odluka smatra donesenom, a ako to statutom nije učinjeno, odlučujući će biti predsjednikov glas.

Mandat predsjednika i članova uprave traje do pet godina, a moguć je reizbor (pri čemu nije dopušteno automatsko produljenje mandata).

ZTD negativnom enumeracijom propisuje da članovi uprave moraju ispunjavati neke uvjete. Ako je neka osoba imenovana u upravu, a ne ispunjava te uvjete, imenovanje takve osobe je ništavo. Ništav pravni posao ne proizvodi pravne učinke. Drugo je, međutim, pitanje jesu li pravni poslovi koje su sklopili članovi uprave, imenovani suprotno navedenom, valjani, odnosno proizvode li pravne učinke. Naime, građanskopravno oni su valjani, radi zaštite trećih, dakako ako su treći bili u dobroj vjeri, a društvo ima pravo na naknadu štete od tako imenovanih članova uprave.

Član nadzornog odbora ne može istovremeno biti i član uprave društva, no postoji izuzetak propisan odredbom čl. 261. st. 2. ZTD, kada nadzorni odbor može neke svoje članove imenovati zamjenicima članova uprave koji nedostaju i to:

- ako neki član uprave nedostaje ili
- ako neki član uprave ne može obavljati svoju funkciju.

Dakako, kroz to vrijeme za tu osobu vrijede sva pravila kojima se određuje način rada, dužna pažnja itd. kao i za druge članove uprave.

Ta odluka o imenovanju mora sadržavati i vrijeme za koje se član nadzornog odbora imenuje za zamjenika člana uprave, a najdulje godinu dana, a kroz to vrijeme ta osoba ne može obavljati funkciju člana nadzornog odbora.

I sud može, ako neki član uprave nije imenovan, na zahtjev zainteresirane osobe u hitnom postupku imenovati takvoga člana, koji ima iste ovlasti za zastupanje kao što je imao član umjesto kojeg je imenovan.

ZTD ne propisuje posljedice ako se imenuje veći ili manji broj članova od onog određenog statutom. Bude li imenovan veći broj članova uprave od onog određenog statutom, radnje tako „prekobrojnih“ članova uprave imaju pravnu valjanost, no nadzorni odbor bio bi dužan opozvati imenovane prekobrojne članove uprave. Dosljedno, imajući u vidu nekonstitutivnost karaktera upisa članova uprave u sudski registar, ne bi bilo razloga da tako prekobrojni članovi uprave ne odgovaraju i kazneno za svoje postupke i radnje. Nadzorni odbor, pak, može opozvati imenovanje prekobrojnih članova uprave jer zato postoji važan razlog u odredbi statuta. To može rezultirati i plaćanjem odštete pri raskidanju ugovora koji je društvo sklopilo s članom uprave čije se imenovanje zbog tog razloga opoziva, pa bi postojao razlog da se član društva ne opozove. Hoće li tako biti u konkretnom slučaju ovisit će o brojnim okolnostima, ali se time otvara i mogućnost kaznene odgovornosti članova nadzornog odbora za imenovanje prekobrojnih članova uprave koje za posljedicu ima dodatne troškove društva (što znači štetu u širem smislu) i, dakako, imovinsku korist tako imenovanih članova uprave, bez obzira radi li se o plaći ili odšteti članova uprave.

Zamjenici

ZTD omogućuje da članovi uprave imaju zamjenike, koji su pravi članovi uprave, s punim pravima i obvezama kao i ostali članovi uprave, a njih se može upisati u sudski registar. Imenovanje zamjenika omogućuje

da se među članovima napravi interna hijerarhija, koja ne može doći do izražaja u ovlastima zastupanja, gdje su svi uvijek ravnopravni. Međutim, kada se radi o vođenju poslova društva, interno se može nekoga ograničiti tako da se brine o određenim poslovima uprave samo umjesto nekog redovnog člana uprave, koji to prestane biti ili je spriječen u obavljanju tih poslova. Zamjenik uprave građanskopravno odgovara za rad uprave i u dijelu u kojem nije sudjelovao, pa, ukoliko želi otkloniti svoju odgovornost za rad uprave jer mu se onemogućuje pregled cjelokupnog poslovanja, mora odstupiti. Imajući u vidu da je kaznenopravna odgovornost znatno uža od građanskopravne, za potrebe kaznenog postupka treba točno utvrditi ulogu i doprinos zamjenika člana uprave, kao i internu hijerarhiju, odnosno opseg poslova koji su mu po toj hijerarhiji dodijeljeni u nadležnost.

2.1.1.1.2. Nadležnost uprave i odrednice za procjenu rada uprave

Uprava je ovlaštena i dužna voditi poslove društva, te to čini na vlastitu odgovornost, na temelju čl. 240. st. 1. ZTD. Vođenje poslova društva definira se kao svako djelovanje usmjereno ostvarenju cilja zbog kojeg je društvo osnovano i ne odnosi se na osnove društva, pri čemu je nebitno poduzimaju li se pravne ili neke druge uobičajene ili izvanredne radnje. To je široko područje djelovanja, u koje spadaju: odlučivanje o organizaciji i vođenju poduzeća društva, poduzimanje radnji prema trećima, poduzimanje radnji prema zaposlenima i drugim članovima društva, reklamiranje, vođenje poslovnih knjiga, izrada financijskih izvješća, dopisivanje, vođenje sporova i sl. Osnovna odrednica pri vođenju poslova društva briga je o zaštiti interesa društva. Radi se o tri sastavnice, koje moraju biti uravnotežene, a to su:

- interes dioničara,
- interes zaposlenih i
- opći interes.

Kriterij kojim se uprava treba rukovoditi je trajna rentabilnost poslovanja, a ne samo kratkoročno stjecanje dobiti.

2.1.1.1.3. Samostalnost uprave i odnos s drugim organima

Uprava u obavljanju svog posla (vođenju poslova društva) nije vezana uputama drugih organa društva, pa niti uputama koje bi dali većinski dioničari.

Jedno od bitnih ograničenja je zabrana konkurencije društvu, koja se odnosi i na članove uprave i na njihove zamjenike. Član uprave ne može bez suglasnosti nadzornog odbora obavljati za svoj ni za tuđi račun poslove koji su predmet poslovanja društva, biti članom uprave ili nadzornog odbora u drugome društvu koje se bavi poslovima s područja poslovanja društva te u prostorijama društva obavljati poslove za svoj ili za tuđi račun. Suglasnost nadzornog odbora potrebna je i za to da član uprave može biti član trgovačkog društva koji za obveze tog društva osobno odgovara ako se ono bavi poslovima s područja poslovanja društva. Predmet poslovanja društva određuje se neovisno o stanju upisa u sudski registar i ono što je određeno u statutu. Suglasnost nadzornog odbora mora biti u pisanom obliku principijelno unaprijed, te se odnositi na točno određeni posao. Predmet poslovanja društva određuje se neovisno o stanju upisa u sudski registar i ono što je određeno u statutu. Da se radi o bitnom ograničenju odnosno da je postupanje člana uprave suprotno tome iznimno značajno govori i činjenica da takav postupak člana uprave može biti razlogom za opoziv odluke o imenovanju člana uprave.

Nadzorni odbor ograničen je na obavljanje nadzora nad vođenjem poslova društva, a sam ne može voditi poslove društva. Nadzornom odboru može se dati pravo na davanje suglasnosti za pojedine poslove, što znači da će nadzorni odbor u takvom slučaju moći utjecati na vođenje takvih poslova pravom veta, tj. jedino na način da takve poslove spriječi. Suglasnost nadzornog odbora nema utjecaja na valjanost poslova u odnosu na treće, već se radi o internom ograničenju, pa treći koji je sa članom uprave sklopio određeni pravni posao ne može zbog toga trpjeti posljedice u smislu nevaljanosti ili poboynosti tog pravnog posla, osim ako nije bio u dobroj vjeri. Pravo na davanje suglasnosti nadzornog odbora, odnosno potreba za davanjem takve suglasnosti može se predvidjeti statutom i odlukom nadzornog odbora. Sama činjenica da je član uprave sklopio neki valjani pravni posao bez potrebne suglasnosti nadzornog odbora, ne mora nužno rezultirati

njegovom kaznenopravnom odgovornosti. Dosljedno navedenom, uprava se ne može ekskulpirati za poje-dinu svoju odluku time što se poziva na dobivenu suglasnost nadzornog odbora. Naime, i kada dobije sugla-snost nadzornog odbora, uprava treba postupati po svojoj slobodnoj prosudbi, na njoj je inicijativa za podu-zimanje radnje i sloboda odlučivanja hoće li takvu radnju poduzeti.

Samostalnost uprave ograničena je u nekoj mjeri dužnošću tog organa da postupi na određeni način, a neke od tih dužnosti mogu biti relevantne za utvrđivanje subjektivnog elementa pojedinih kaznenih djela. Naime, nepostupanje uprave po takvim pravilima, odnosno „prešućivanje“ pojedinih podataka zasigurno mogu baciti drugačije svjetlo na neke druge aktivnosti koje uprava poduzima.

ZTD nalaže upravi da u određenim slučajevima postupi na točno propisani način. Npr. uprava je dužna sazvati glavnu skupštinu kada gubitak društva iznosi polovinu temeljnog kapitala društva, ne smije plaćati nakon što društvo postane nesposobno za plaćanje ili prezaduženo, ima obvezu pokretanja stečajnog po-stupka kada se za to ispune uvjeti zbog prezaduženosti društva ili nemogućnosti plaćanja¹⁰.

Među važnije dužnosti uprave spada i dužnost objavljivanja isprava društva. Zakon o sudskom registru te isprave naziva financijskim, neovisno o tome što one nisu takve naravi. U te isprave spadaju:

- pojedinačna i konsolidirana financijska izvješća prema propisima o računovodstvu, ako je propisana obveza njihovog objavljivanja,
- pripadajuća revizorska mišljenja ako financijska izvješća podliježu reviziji i propisana je obveza objavljivanja tih izvješća i
- pojedinačno godišnje izvješće o stanju društva¹¹ i konsolidirano godišnje izvješće o stanju društva¹² ako je posebnim zakonom propisana obveza objavljivanja tih izvješća.

Ratio legis tih obveza je zaštita interesa svih interesnih skupina vezanih za društvo, kao što su članovi društva, članovi njegovih organa, zaposlenici, dobavljači, kupci, vjerovnici društva, okruženje u kojem djeluje (npr. lokalna ili regionalna zajednica), potencijalni kupci vrijednosnih papira toga društva.

ZTD podrobno propisuje dužnost uprave da jednom na godinu u pisanom obliku glavnoj skupštini druš-tva podnese izvješće o stanju društva. To je u suštini godišnje izvješće o stanju društva iz Zakona o računo-vodstvu¹³, ali je za njegov sadržaj odlučan ZTD, čije su odredbe usklađene s pravnom stečevinom Europske unije. Stavke koje izvješće mora sadržavati su:

- prikaz svih važnijih poslovnih događaja koji su se pojavili nakon proteka poslovne godine,
- prikaz očekivanog razvoja društva u budućnosti kako bi dioničari društva mogli imati uvida u to brine li se uprava i o budućnosti društva ili nastoji postići samo trenutačne rezultate, što može biti posebno važno s obzirom na trajanje mandata članova uprave i brzinu njegova prestanka,
- prikaz djelovanja društva na području istraživanja i razvoja da bi se i time dioničarima društva omogu-ćilo sagledavanje društva ubuduće,
- davanje obavijesti o stjecanju vlastitih dionica društva,
- obavješćivanje o postojanju podružnica društva,
- podaci o upotrebi financijskih instrumenata te podaci važni za prosudbu stanja imovine društva, nje-govih obveza, financijskog položaja, dobiti i gubitka, ciljeva upravljanja financijskim rizicima i politika-ma uključujući i politiku poduzimanja mjera zaštite od gubitka u pojedinim važnijim vrstama predvi-

¹⁰ Nepostupanje po potonjem predstavlja i zakonski opis kaznenog djela iz čl. 626. ZTD.

¹¹ Propisano čl. 250.a st. 5. ZTD

¹² Propisano čl. 250.b st. 6. ZTD

¹³ Odredba čl. 21. Zakona o računovodstvu propisuje obvezu izrade godišnjeg izvješća i izvješća posloводства na način da obve-zuje poslodavca da zajedno s godišnjim financijskim izvještajima izradi izvješće posloводства za koje je potrebno provesti reviziju usklađenosti s financijskim izvješćima sastavljenima za isto izvještajno razdoblje i zakonskim odredbama, ako je propisana obvezna revizija financijskih izvještaja te koje mora sadržavati istinit i fer prikaz razvoja i rezultata poslovanja poduzetnika i njegova položa-ja, zajedno s opisom glavnih rizika i neizvjesnosti s kojima se on suočava. Prikaz mora biti uravnotežena i sveobuhvatna analiza razvoja i rezultata poslovanja poduzetnika i njegova položaja te mora biti u skladu s veličinom i kompleksnošću poslovanja. Ako je to potrebno za razumijevanje razvoja, rezultata poslovanja i njegova položaja, analiza mora uključivati financijske pokazatelje te ako je to primjereno, nefinancijske pokazatelje koji su relevantni za određeno poslovanje koji obuhvaćaju i informacije o zaštiti okoliša i radnicima. Ako je primjereno, izvješće posloводства će upućivati i dodatno objašnjavati iznose iskazane u godišnjim fi-nancijskim izvještajima.

đenih poslova koji se posebno računovodstveno iskazuju, izloženost društva cjenovnom riziku, kreditnom riziku, riziku likvidnosti i riziku tjeka gotovine.

Razumije se, sve ono što je navedeno u godišnjem izvješću oslanja se i na podatke iz pojedinačnih financijskih izvješća i odgovara onome što se iskazuje u godišnjim financijskim izvještajima iz Zakona o računovodstvu¹⁴. Godišnja financijska izvješća utvrđuju zajedno uprava i nadzorni odbor, pa oni u izradi tog dokumenta surađuju. Nadležnost organa društva u pogledu godišnjih financijskih izvješća propisana je odredbama čl. 300. do 300.e ZTD-a. Sadržajno su ta izvješća brojčani iskaz poslovanja društva u poslovnoj godini i stanja društva na određeni dan. U skladu s javnopravnom obvezom vođenja poslova društva uprava sastavlja takva izvješća prema propisima o računovodstvu (oslanjajući se na poslovne knjige koje mora voditi) i podnosi ih nadzornom odboru, koji ih ispituje i potom daje suglasnost na njih, čime su ta izvješća utvrđena od uprave i nadzornog odbora. Utvrđenje tih izvješća u suštini je pravni posao u kojem zajedno djeluju uprava i nadzorni odbor.

Nakon što uprava preda nadzornom odboru sačinjeno financijsko izvješće¹⁵, svaki član nadzornog odbora, u skladu s pravom i obvezom tog organa na to da bude potpuno obaviješten i po potrebi traži dodatna objašnjenja kako bi zauzeo stajalište o podnesenim izvješćima i donio odluku, ima pravo pregledati to izvješće, što je. Nakon provedenog ispitivanja, nadzorni odbor će u pisanom obliku obavijestiti skupštinu, pri čemu će morati navesti ne samo svoje mišljenje o izvješću, nego i na koji je način i u kojem opsegu u toku poslovne godine ispitao vođenje poslova društva, a sve kako bi glavna skupština dobila punu sliku o načinu djelovanja nadzornog odbora i vjerodostojnosti njegova stanovišta o godišnjim financijskim izvješćima.

U dvije je situacije glavna skupština nadležna za utvrđivanje godišnjih financijskih izvješća. Prvo, kada uprava i nadzorni odbor odluče da se odlučivanje o godišnjim financijskim izvješćima prepusti glavnoj skupštini. To nesumnjivo može rezultirati odlukom glavne skupštine da ne da razrješnicu članovima nadzornog odbora i članovima uprave, jer oni zapravo na taj način izbjegavaju preuzeti odgovornost za izrađena financijska izvješća prebacujući odlučivanja o njima glavnoj skupštini. Takvim postupkom oba organa istodobno otežavaju dokazivanje odgovornosti članova uprave i nadzornog odbora za propuste i pogreške u vezi s tim izvješćima. Druga situacija je kada nadzorni odbor ne da suglasnost na izvješća podnesena po upravi (a isto je i kad je dao suglasnost, ali traži da izvješće utvrdi glavna skupština čime zapravo oduzima danu suglasnosti taj značaj), kao i ako uprava uopće ne pripremi izvješća. Tada glavna skupština svojom odlukom sprječava da društvo ne odluči o godišnjim financijskim izvješćima.

Kroz financijsko izvješće uprava demonstrira i svoju odgovornost za vođenje poslova društva, pri čemu u njima iznosi i viziju vođenja poslova društva u budućnosti što se ogleda u njenoj ovlasti da u interesu društva raspoláže s dobiti (pri čemu uprava tako može raspolagati s maksimalno pola iznosa koji ostane nakon što se dobit rasporedi u skladu sa propisanim redosljedom, osim ako statutom nije određeno da to može biti manji ili veći dio), npr. tako da je ne isplati dioničarima nego je zadrži u društvu, što je poslovna odluka. Po upravi i nadzornom odboru utvrđena financijska izvješća glavna skupština prima na znanje i tim povodom odlučuje o davanju razrješnice članovima uprave i nadzornog odbora.

Podaci izneseni u godišnjim financijskim izvještajima i godišnjim izvješćima i izvješćima posloводства uvelike mogu biti pokazatelji za zaključak o tome je li se uprava u određenim situacijama držala pravila struke, koliko je odgovorno obavljala svoj posao, je li upotrijebila dužnu pažnju, odnosno je li svoje postupke i poslovne poteze uskladila sa stanjem i financijskim položajem društva ili je ušla u neadekvatne rizike. Naime, uprava je dužna brinuti se kako o osiguranju uplate temeljnog kapitala tako i o načelu očuvanja kapitala, što se može utvrditi iz načina kako su sastavljena financijska izvješća iz čega će najčešće biti vidljivo je li uprava postupala suprotno nekoj od zabrana iz ZTD-a¹⁶.

¹⁴ Prema čl. 19. st. 2. Zakona o računovodstvu godišnje financijske izvještaje čine: izvještaj o financijskom položaju (bilanca), račun dobiti i gubitka, izvještaj o ostaloj sveobuhvatnoj dobiti, izvještaj o novčanim tokovima, izvještaj o promjenama kapitala i bilješke uz financijske izvještaje.

¹⁵ Ovo podrazumijeva godišnja financijska izvješća, konsolidirana financijska izvješća, godišnje izvješće o stanju društva, konsolidirano godišnje izvješće o stanju društva i izvješće revizora.

¹⁶ Tako ZTD zabranjuje društvu da: dioničaru vrati ono što je unio kao ulog (čl. 217. st. 1.) i da plati kamate na ulog (čl. 217. st. 2.), stječe ili uzima u zalog vlastite dionice, osim kad je to Zakonom dopušteno (čl. 233-238), upotrebljava dobit protivno propisanom redosljedu (čl. 220. st. 1.) i da prije prestanka društva podijeli dividendu koja ne proizlazi iz računa dobiti i gubitka (čl. 230. st. 8.), što znači da se ona može isplatiti iz dobiti i iz rezervi društva, nastalih na temelju do-

Gore izneseno zahtijeva i određena objašnjenja. Prema ZTD-u, dioničko društvo (kao društvo kapitala) za svoje obveze odgovara isključivo svojom imovinom. Načelo temeljnog ili nominalnog kapitala počiva na zamisli da vjerovnicima društva, kao supstitut za nepostojeću osobnu odgovornost članova društva za njihove tražbine jamči barem imovinska masa društva koja je jednaka temeljnom kapitalu društva. Kako bi barem u trenutku osnivanja društva imovina društva bila u visini temeljnog kapitala, potrebno je da sav temeljni kapital (neovisno o tome radi li se o novcu, stvarima ili pravima) bude u društvo i unesen. ZTD nastoji provedbu tog postulata osigurati nizom odredaba¹⁷. Temeljni kapital zamišljen je kao tzv. garancijski kapital i služi interesu vjerovnika društva, no istodobno ne pruža sigurnost vjerovnicima da će svoje tražbine moći podmiriti od društva. Temeljni kapital se u poslovnim knjigama vodi kao upisani kapital, a kao računovodstvena kategorija ulazi u pasivu društva kao dio tzv. vlastitog kapitala, kojim se ne odgovara za obveze. Načelo očuvanja kapitala podrazumijeva vezanost imovine za nominalni iznos temeljnog kapitala, pri čemu se imovina računovodstveno prikazuje kao aktiva. Bilanciranje temeljnog kapitala na pasivnoj strani sprječava isplate iz imovinske mase koje bi išle na teret temeljnog kapitala odnosno na teret njegove kontrastavke na aktivnoj strani. To znači da temeljni kapital ima garantnu funkciju samo u mjeri u kojoj predstavlja pasivnu bilančnu stavku, dok je samo imovina društva ta koja predstavlja jamstvo vjerovnicima. Temeljni kapital je nepromjenjiva brojka u bilanci, a imovina društva je promjenjiva kategorija, ovisno o poslovnom uspjehu društva. Drugim riječima, načelo temeljnog kapitala i njegovog održavanja ne može spriječiti gubitke. ZTD određenim odredbama smjera spriječiti financijsko iscrpljivanje društva, odnosno neosnovano i neopravdano smanjenje njegove imovine¹⁸. Bilanca, koja je jedno od godišnjih financijskih izvješća, statični je pokazatelj financijskog stanja društva na određeni dan, koja će u pasivi osim temeljnog kapitala kao vlastiti kapital iskazati dobit i gubitak (kojim se smanjuje vrijednost), ali i tuđi kapital (u vidu dugoročnih i kratkoročnih obveza), a čiji zbroj mora odgovarati zbroju aktive, odnosno dugotrajne imovine (nekretnine i opreme, nematerijalne, financijske i sl.) i kratkotrajne imovine (zaliha, potraživanja, novca itd.). Bilanca sama za sebe, naravno, nedovoljno reprezentira financijsko i opće stanje društva, pa je potrebno u obzir uzeti i ostale financijske izvještaje (izvještaje o novčanom toku, naplativost tražbina i njihovu pravovremenost ili zakašnjenje itd.), koje treba razmatrati i analizirati zajedno. Uprava je organ društva koji, baš kako bi uspješno i racionalno vodila poslove društva, mora stalno tijekom godine pripremati privremene financijske izvještaje, kako bi nadzirala poslovanje tijekom cijele godine, a često uprava zahtijeva pripremu izvještaja po mjestima troškova kako bi se dobila detaljna analiza prihoda i rashoda svakog segmenta poslovanja, jer na osnovu treba donositi poslovne odluke.

Uprava i nadzorni odbor po svojim nadležnostima moraju imati najbolji uvid u poslovanje društva. Nakon što utvrdi račun dobiti i gubitka, uprava raspolaže polovinom dobiti¹⁹, tako da je može rasporediti i u ostale rezerve društva²⁰.

2.1.1.1.4. Način rada uprave

ZTD predviđa da višečlana uprava djeluje skupno (čl. 241. st. 2.), što vrijedi samo ako se statutom ili odlukom nadzornog odbora (na temelju ovlasti koju nadzorni odbor crpi iz statuta) ne odredi drugačije. U sudski registar treba biti upisan način djelovanja (skupno, pojedinačno i sl.).

biti iskazane u računu dobiti i gubitka za neku prijašnju godinu koje se mogu upotrijebiti za tu svrhu, ali samo ako postoji propisani omjer neto aktive i iznosa TK uvećanog za iznos rezervi koje se po zakonu ili statutu ne smiju isplatiti dioničarima (čl. 220. st. 7.), se koristi sredstvima zakonskih rezervi i rezervi kapitala protivno odredbi čl. 222., se koristi sredstvima iz rezervi za vlastite dionice osim za njihovu nabavu i da ih oslobađa osim u iznosu koji prelazi vrijednost vlastitih dionica (čl. 222.a st. 2.), se koristi statutarnim rezervama za namjene koje nisu predviđene statutom društva (čl. 222.a st. 3. toč. 3.), posebice da se njima koristi za isplatu dividende i za druge isplate dioničarima.

¹⁷ Pa tako zabranom izdavanja dionica ispod pari, obligatorno revizijom osnivanja kada bi načelo potpune uplate moglo biti izigrano, propisivanjem odgovornosti osnivača i drugih osoba, propisima o raspolaganju uplatama za dionice, zabranom oslobađanja od obveze uplate preuzetih odnosno upisanih dionica itd.

¹⁸ Pa tako zabranom vraćanja dioničarima onoga što su unijeli odnosno uplatili u temeljni kapital.

¹⁹ Statutom je moguće odrediti i veći ali i manji dio dobiti o čijem raspolaganju može odlučiti uprava.

²⁰ Statutom se mogu ovlastiti uprava i nadzorni odbor da u spomenute rezerve rasporede i više od polovine dobiti iz tekuće godine, uz ograničenje da to ne mogu učiniti ako su te rezerve veće od polovine temeljnog kapitala, ili bi bile tolike kada bi se u njih rasporedio dio dobiti tekuće godine.

Kad članovi uprave moraju djelovati skupno, višečlanost uprave obvezuje njezine članove na zajedničko odlučivanje, tj. s nekom radnjom nekog člana moraju se izričito ili konkludentno suglasiti svi članovi uprave. Odlučivati se može i izvan sjednice, bez sastavljanja zapisnika, telefonom, telefaksom i sl. Izražavanje suglasnosti je očitovanje volje koje mora biti dostavljeno ostalim članovima uprave da bi bilo valjano, a suglasnost ne može biti dana paušalno za buduće radnje koje nisu točno predvidive.

Statutom ili odlukom nadzornog odbora moguće je odrediti zastupanje kao:

- a) modificirano skupno zastupanje
- b) pojedinačno zastupanje
- c) nepravo (miješano) zastupanje.

Takva drugačija, a za praktične svrhe jednostavnija rješenja uglavnom se očituju kao:

- (a) zajedničko vođenje poslova, s time da se ono izražava voljom većine,
- (b) pojedinačno vođenje poslova bez ograničenja ovlaštenja,
- (c) pojedinačno vođenje poslova po pojedinim područjima (financije, prodaja, proizvodnja, marketing, kadrovska pitanja itd.),
- (d) pojedinačno vođenje poslova ograničeno na grane djelovanja (pojedine djelatnosti iz predmeta poslovanja),
- (e) pojedinačno vođenje poslova koje je teritorijalno ograničeno (područja određene zemlje i sl.).

Ova ograničenja mogu se međusobno kombinirati, ali neki poslovi moraju ostati u nadležnosti svih članova, pa čak i s njihovom jednoglasnošću (npr. poslovnik o radu uprave).

Neovisno o tim ograničenjima, članovi uprave dužni su nadzirati sve što se radi i u onim područjima koja su internom podjelom stavljena u djelokrug kojeg drugog člana, što znači da je svaki član dužan druge izvijestiti o onome što čini.

Uprava svoje odluke, kada je to određeno statutom, donosi većinom glasova, što može biti obična ili kvalificirana većina. Odluka je donesena većinom glasova svih članova uprave, kada uprava i nema potreban broj članova, pod uvjetom da su za nju glasovali članovi koji prema potrebnom broju članova uprave čine većinu. Kad je riječ o običnoj većini, odluka je donesena kada se za nju daje jedan glas više od onih koji su dani protiv (što znači da se ne uzimaju u obzir glasovi koji nisu dani). Samo statutom mogu se odrediti većine. Moguće je predvidjeti i pravo veta određenog člana na odluku većine, čime se blokira odluka, a to pravo može se dati i određenoj kvalificiranoj manjini.

Preglasani članovi uprave dužni su lojalno provoditi donesenu odluku, no ako bi ta odluka bila suprotna propisima ili bi bila štetna za društvo, za ekskulpaciju nije dovoljna činjenica da za nju nisu glasovali, jer moraju poduzeti sve što je u njihovoj moći da spriječe provođenje takve odluke, pa tako se moraju obratiti i nadzornom odboru, a u slučaju kada je očito da je riječ o kriminalnim radnjama, ili kada ih propis na to obvezuje, dužni su se obratiti nadležnim državnim organima da bi spriječili primjenu odluke.

Poslovnik o radu uprave uređuje unutrašnja pravila rada uprave, npr. vremenski razmaci u kojima se održavaju sjednice, način vođenja sjednica, nazočnost na sjednicama članova i osoba koje se mogu pozvati, način obavještavanja, stvaranje povjerenstava i odbora i sl.

2.1.1.1.5. Prestanak članstva u upravi društva opozivom

Više je načina prestanka članstva u upravi, a ovdje se izlaže samo opoziv, jer on može biti kaznenopravno interesantan. Naime, određeno ponašanje člana uprave koje ZTD kvalificira kao važan razlog (a što je i jedina osnova iz koje se može opozvati imenovanje člana uprave) može istodobno biti i okolnost koja baca novo svjetlo na ponašanje i postupke člana uprave koji mogu imati kaznenopravnu dimenziju.

Nadzorni odbor ovlašten je opozvati odluku o imenovanju člana uprave samo iz važnog razloga. Važan razlog predstavlja jamstvo članovima uprave koje garantira da u pogledu njihovog opoziva neće biti samovolje, te da svaka pogreška u poslovanju neće odmah rezultirati opozivom odluke o imenovanju. Članovi uprave moraju biti slobodni poduzimati određene poslovne poteze koji sadrže i neke rizike, dakako, koji se u struci smatraju razumnim, pa važan razlog dopušta veću elastičnost u vođenju poslova i daje veću sigurnost onima koji to čine.

Upravo mjerila za opoziv odluke o imenovanju članova uprave čine članove uprave neovisnijima o nadzornom odboru, nego što bi to bili kada bi ih taj odbor mogao opozvati po slobodnoj ocjeni i bez ograničenja. Ujedno se zbog takvog jamstva članovi uprave mogu i oprijeti eventualnim zahtjevima nadzornog odbora da u vođenju poslova društva poduzmu radnje s kojima se ne slažu.

Pravila struke su mjerilo za ocjenu postupanja, odnosno članovi uprave moraju postupati onako kako bi to činio razuman gospodarstvenik u njihovom položaju. Ovo je nesumnjivo važno i s kaznenopravnog aspekta, jer, jednako tako, član uprave ne može biti kaznenopravno odgovoran za pogrešku koja ne bi predstavljala važan razlog za opoziv. Naravno, time ne mislimo reći da je član uprave čije imenovanje nadzorni odbor nije opozvao automatski ekskulpiran od kaznenopravne odgovornosti. Razlog zbog čega nadzorni odbor to nije učinio može ležati u brojnim okolnostima, a nije isključeno i da člana uprave nadzorni odbor naknadno, nakon pokretanja kaznenog postupka, opozove. Smatramo da bi sličan ključ po kojem se procjenjuje postojanje važnog razloga za opoziv imenovanja članova uprave trebalo primijeniti i u kaznenim predmetima u kojima se treba procijeniti rizičnost određenog inkriminiranog postupka člana uprave.

Kao važan razlog uzimaju se gruba povreda dužnosti, nesposobnost za redovito vođenje poslova, gubitak povjerenja u glavnoj skupštini društva, nanošenje štete budućem poslovanju društva sklapanjem spekulativnih i sumnjivih poslova, izvršenje kažnjivih radnji, pa i u vlastitim stvarima, neiskrenost prema nadzornom odboru, prisvajanje imovine društva, neprimjereno visoka zaduženost društva, krivotvorenje isprava. Neki od navedenih primjera nesumnjivo mogu istodobno predstavljati i radnju izvršenja kaznenog djela. Važan razlog je također nepridržavanje internih ograničenja određenih statutom društva, odlukama nadzornog odbora i glavne skupštine²¹, a to su i okolnosti koje mogu snažno ukazivati na zlouporabu položaja i ovlasti u gospodarskom poslovanju. Važnim razlogom praksa je utvrdila i situaciju kada član uprave sebi ili zaposleniku društva isplati veću plaću od ugovorene, kada se član uprave koristi sredstvima društva u svoje privatne svrhe itd. Postupanje suprotno zabrani konkurencije propisanoj u ZTD-u zasigurno osim važnog razloga može biti i kazneno djelo, jer se tom zabranom društvo štiti od djelovanja članova uprave koje bi mu moglo štetiti.

Kao grubu povredu dužnosti ovdje ističemo manipuliranje financijskim izvješćima, skladištem, prisvajanje imovine društva, krivotvorenje dokumenata, davanje ili primanje mita, pokušaj porezne utaje, sklapanje *insiderskih* poslova i odavanje takvih podataka, povrede obveza prema drugim organima društva ili njihovim članovima, namjerno prikrivanje činjenica ili njihovo krivo prikazivanje drugim članovima uprave, izdavanje godišnjih financijskih izvješća bez sudjelovanja drugih članova uprave.

Iako ZTD ne sadrži odredbe o suspendiranju članova uprave, treba zaključiti da nadzorni odbor ima i to pravo, naravno opet ukoliko postoji važan razlog. Suspendiranje je privremena mjera, koja je po svojoj naravi vremenski ograničena, a izriče se kada se ozbiljno sumnja da postoji važan razlog za opoziv imenovanja.

2.1.1.1.6. Dužna pozornost i odgovornost članova uprave

ZTD prisilnopravnim odredbama na više mjesta uređuje pozornost članova uprave i njihovu odgovornost za štetu, a u cilju zaštite kapitala društva.

Članovi uprave dužni su voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva. Oni moraju braniti interese društva i ne poduzimati radnje kojima mu mogu nanijeti bilo kakvu štetu. Građanskopravno članovi uprave odgovaraju za svaku krivnju, koja se pretpostavlja, pa je na njima da dokažu da nema krivnje za nastalu štetu. Mjerilo dužne pozornosti je način kako bi postupao samostalni voditelj poduzeća koji je svjestan svojih dužnosti i koji ne upravlja svojim, nego tuđim sredstvima onako kako to čini osoba kojoj je povjerena briga o tuđim imovinskim interesima. Traži se najmanje prosječna mjera ponašanja u struci određena objektivnim mjerilima. Ako ima posebna znanja, član uprave obvezan je primijeniti ih, što podiže razinu pozornosti koju je dužan pokazati u svom radu. Iako se kaznenopravno krivnja počinitelja ne pretpostavlja, navedene odrednice bit će više nego dragocjene pri procjenjivanju oblika krivnje okrivljenika, naročito pri utvrđivanju njegovih subjektivnih obilježja (vrste i visine obrazovanja i si.), jer se pretpostavljena građanskopravna odgovornost mora reflektirati u kaznenim postupcima

²¹ Tako npr. prodaja vlastitih dionica društva protivno izričitoj zabrani nadzornog odbora.

kada se procjenjuje stupanj dužne pažnje i ocjenjuje prihvatljivost tvrdnji obrane u kojima se negira svijest i sposobnost predviđanja slijeda događaja.,

Pozornost članova uprave može se raščlaniti na sljedeći način:

- (a) članovi uprave dužni su se pridržavati pravila kojima se uređuje unutrašnji život društva (tj. poštovanje odredbi o ovlastima organa da ne bi došlo do sukoba i nategnutih odnosa u društvu, statuta i poslovnika, odupiranje pritiscima dioničara i vladajućeg društva i si.),
- (b) dužni su postupati po pravilima o djelovanju društva prema trećim osobama (tj. poštovanje propisa svih grana prava s kojima se dolazi u doticaj kako se radnjama koje se poduzimaju društvu ne bi nanijela šteta),
- (c) obvezni su na međusobnu korektnu suradnju (tj. uvažavanje argumenata drugih, davanje potpunih obavijesti, korektno provođenje odluka protiv kojih su glasovali i si.),
- (d) u svemu su dužni postupati s pažnjom koja se zahtijeva u struci (tj. u vođenju poduzeća pokazivati prosječnu pažnju koja se traži u struci u kojoj poduzeće djeluje),
- (e) moraju pokazati lojalnost prema društvu i dioničarima (tj. svoje interese podrediti interesima društva, ne konkurirati društvu, u privatnom životu se ponašati tako da time ne štete ugledu društva, ne primati provizije za poslove koje obavljaju u korist društva i si.),
- (f) moraju se pridržavati granica postavljenih slobodnoj poduzetničkoj prosudbi osoba koje vode poslove društva (npr. nepoduzimanje rizičnih poteza izvan onog što se smatra razumnim, nepodlijezanje zahtjevima politike ili države ili lokalnih vlasti, odnosno davanja izvan okvira društva ne smiju biti društvu na štetu, već na dobrobit - zbog ugleda, uklapanja u sredinu, zaštite okoliša i si.).

Uz ove glavne odrednice, na umu treba imati obvezu djelovanja u okviru djelatnosti koje čine predmet poslovanja društva, poštovanje odredaba o ovlastima organa kako ne bi došlo do sukoba i loših odnosa u društvu, odredaba ZTD-a, statuta i poslovnika o radu uprave, obvezu da se vodi računa o suglasnostima nadzornog odbora za poduzimanje pojedinih radnji, obvezu da se ne primijene ništetne odluke drugih organa društva, odupiranja pritiscima dioničara i vladajućeg društva (ako se ne radi o koncernu), urednog vođenja poslovnih knjiga i izrade financijskih izvješća.

Također je bitno da u odnosima prema trećima članovi uprave poštuju propise svih grana prava²² s kojima se dolazi u doticaj, kako se radnjama koje se u tome poduzimaju ne bi nanijela šteta²³. Kao primjeri takvog postupanja navode se davanje mita, nekorektno postupanje prema poslovnim partnerima, sudjelovanje u zabranjenoj trgovini, neplaćanje poreza i drugih javnih davanja.

Organizacija vođenja poslova mora omogućavati članovima uprave da imaju pod kontrolom život društva i društava koja su s tim društvom povezana, te da mogu na vrijeme uvidjeti sve što se u društvu događa, kako bi se svaki događaj koji ugrožava interese društva na vrijeme opazio i spriječio njegov daljnji nepovoljni razvoj. Pri odlučivanju članovi uprave moraju paziti da se sredstva društva ne razbacuju, ne smiju se davati krediti a da se prethodno ne ispita kreditna sposobnost korisnika kredita i bez davanja primjerenog osiguranja, ne smiju ulaziti u sumnjiva ulaganja itd.

Članovi uprave međusobno moraju komunicirati tako da se uvažavaju argumenti, da se obavještavaju na vrijeme i potpuno, da nadziru obavljanje poslova drugih, da ne kočé donošenje odluka i moraju korektno provoditi i one odluke protiv kojih su bili prilikom njihovog donošenja. Pažnja koja se traži u vođenju poslova poduzeća je prosječna mjera pažnje koja se traži u struci u kojoj djeluje poduzeće. Članovi uprave dužni su svoje interese podrediti interesima društva, ne smiju mu konkurirati, pa čak se i u privatnom životu ponašati tako da to ne šteti ugledu društva. Nadalje, nije dopušteno koristiti se interesima društva na način da zadovolje svoje vlastite interese (npr. primanjem provizije), kao niti koristiti se povjerljivim informacijama društva u vlastitom interesu (tj. kupovati ili prodavati dionice društva ili davati drugima informacije na osnovu kojih bi oni mogli poduzimati takve poslove). Nedopušteno je ulaziti u poslove s rizičnošću koja je izvan onoga što se smatra razumnim. Neprihvatljivo je podilaziti zahtjevima politike, države ili lokalnih vlasti.

²² A može se raditi o trgovačkom, građanskom, upravnom pravu, uređenju tržišnog natjecanja, kaznenom, poreznom, radnom, socijalnom pravu, zaštiti okoliša itd.

²³ Može se raditi o materijalnoj šteti ali i umanjenju ugleda, prekršajnoj odgovornosti i sl.

Prema *business judgement rule* (pravilu poslovne prosudbe), koje se razvilo u SAD-u, nema sudske kontrole članova uprave ako se oni u svom poslu pridržavaju pretpostavki pravične prosudbe. S obzirom na to da je isto pravilo prihvaćeno i u njemačkoj praksi, a respektirajući činjenicu da je i ZTD oslonjen na njemački zakon, te da su i gospodarska kaznena djela iz KZ-a oslonjena na njemački uzor, i naši će ga sudovi morati poštovati. U nas je to pravilo uneseno u odredbu čl. 252. st. 1. ZTD. Da bi se radilo o pravičnoj prosudbi potrebno je da se ispune sljedeće pretpostavke:

- a) Mora se raditi o poduzetničkoj odluci. To znači da se odlučuje na temelju poduzetničke svrsishodnosti pa uprava slobodno odlučuje onako kako je odlučila, ali može i drugačije. Dakle, nema govora o poduzetničkoj odluci ako se mora ispuniti neka zakonom propisana obveza (npr. obavješćivanje nadzornog odbora, postupanje u skladu sa zakonom u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje, davanje obavijesti dioničarima u skladu sa Zakonom i sl.). Primjerice, povreda ugovora koji je društvo sklopilo s trećima spada pod poduzetničko odlučivanje, a ovdje je dovoljno da član uprave svjesno poduzme neku radnju ili nešto propusti. Odlukom se ne smije postupiti protivno zakonu ili statutu, ne smije se povrijediti obveza na lojalno postupanje, niti odluka smije biti protupravna. Slobodna prosudba podrazumijeva anticipiranje, što znači da gospodarski smisao odluke ovisi o prosudbi budućeg razvoja i o onome što će se dogoditi.
- b) Uprava mora razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva. Neovisno o tomu radi li se o poduzimanju, propuštanju činjenja ili pak o izmjeni neke ranije odluke, bitno je da je cilj dugoročno jačanje poduzeća društva i njegove sposobnosti sudjelovanja u tržišnom natjecanju. Dakle, odluka kojom se kratkoročno žrtvuje dobit društva i preuzimaju troškovi i izdaci nije nerazumna ako dugoročno gledano povećava poslovne izgledе. Najčešće se radi o mjerama usmjerenim na održivost poduzeća, održavanje trajne rentabilnosti u poslovanju poduzeća, povećavanju vrijednosti poduzeća. Dobrobit društva nikako ne podrazumijeva dobrobit pojedinih dioničara, pa ni dobrobit svih dioničara koju oni ne bi ostvarili putem društva.
- c) Ne smije se raditi o prevelikom riziku. O kakvoj se mjeri radi mora se utvrditi prosuđivanjem *ex ante*, a ne *ex post*. Dakle, utvrđuje se kako bi na temelju pažljivo prikupljenih informacija prosudio prosječni pripadnik iste struke. Ovdje nije prihvatljivo pozivanje člana uprave na to da nije imao posebna stručna znanja koja se traže za posao koji obavlja, npr. zato što nije pripadnik odgovarajuće struke. Naime, onaj tko se prihvatio posla za koji se traži posebna stručnost, odgovara po pravilima koja se traže za pripadnike struke. To pravilo treba respektirati i u kaznenim postupcima, jer se ne radi o „običnom“ kaznenom djelu, nego djelu osobe kojoj je povjereno vođenje poslova, tj. *delictum proprium*, poglavito radi li se o počinitelju članu uprave.
- d) Odluka se mora donijeti na temelju primjerenih informacija. Informacije moraju biti primjerene vremenu kada se odluka donosi. Nije potrebno koristiti baš sve izvore informiranja, mjerodavno je ono što je primjereno vremenu, troškovima i korisnosti s obzirom na konkretno činjenično stanje. Dakako, podrobnost informacija mora biti proporcionalna dugoročnosti strateške odluke.
- e) Ne smije postojati sukob interesa niti se smije djelovati pod utjecajem koji je nespojiv s onim što se poduzima. Doduše, nije isključeno da u ponekim slučajevima mogu u istom smjeru ići interes društva i interes člana uprave, zbog čega taj podatak treba posebno pažljivo utvrditi. Prethodna suglasnost nadzornog odbora za odluku u kojoj bi pojedini član uprave prijavio da postoji eventualni sukob interesa riješila bi takvu dilemu.
- f) Mora se djelovati u dobroj vjeri. Razumije se, tko ni sam ne vjeruje u ispravnost svoje odluke, nije u dobroj vjeri.

Ako se gornje pretpostavke ispune, član uprave nije povrijedio obvezu da djeluje kao uredan i savjestan gospodarstvenik, a to ga zasigurno ekskulpira i kaznenopravno, jer se tim više ne može govoriti o namjeri. Član uprave u odnosu na društvo dokazuje da su ispunjene gornje pretpostavke, a time se ujedno štiti i slobodna poduzetnička prosudba članova uprave.

Čl. 252. st. 3. ZTD posebno navodi slučajeve u kojima povrede njegovih odredbi kojima se nešto zabranjuje osobito dovode do odgovornosti članova uprave za štetu. To su slučajevi kada se protivno ZTD-u:

- (a) vraća dioničarima ono što su uložili u društvo,
- (b) isplate dioničarima kamate ili dividende,

- (c) upišu, steknu, uzmu u zalog ili povuku vlastite dionice društva ili nekog drugog društva,
- (d) izdaju dionice prije nego što se za njih u cjelini uplati nominalni iznos ili veći iznos za koji su izdane,
- (e) razdijeli imovina društva,
- (f) obave plaćanja nakon što nastupi nesposobnost društva za plaćanje, odnosno nakon što dođe do prezaduženosti društva,
- (g) pri uvjetnom povećanju temeljnog kapitala izdaju dionice suprotno cilju ili prije nego što se one u cjelini uplate.

U tim slučajevima, poduzme li se neka od tih radnji, postoji pretpostavka da je društvu učinjena šteta, pa član uprave mora dokazivati da u tome nije bilo njegove krivnje ili da, usprkos njegovom skrivljenom ponašanju, nije nastala šteta društvu. U tim slučajevima i vjerovnici društva mogu od člana uprave tražiti naknadu štete koja im je učinjena.

Građanskopravno članovi uprave odgovaraju i u drugim slučajevima, kada su ispunjene opće ili posebne pretpostavke za njihovu odgovornost propisane ZTD-om ili propisima građanskog prava.

Iako je nesporno da kazneno pravo ne poznaje pretpostavljenu odgovornost, odnosno krivnju, ukoliko radnja izvršenja nekog kaznenog djela člana uprave bude sadržavala radnje iz čl. 252. st. 3. ZTD, jasno je da će se i u kaznenom postupku oblik krivnje takvog člana uprave dokazivati osloncem i na navedene odredbe ZTD-a.

Također je važno znati da svaki član uprave odgovara za zakonitost u vođenju poduzeća, pridržavanje odredbi statuta i temeljnih pravila urednog vođenja poduzeća te svrhovitog postupanja pri tom vođenju. To znači da pri donošenju odluka svih članova nitko od njih ne smije ostati pasivan, već mora kritički prosuđivati ono o čemu se odlučuje. Naime, član uprave čini povredu dužnosti i ako dovoljno aktivno ne sudjeluje u radu uprave, ne postupi tako da spriječi pogrešnu ili štetnu odluku ili njezino provođenje, ne obavi potrebne radnje nadzora, zna za štetnu radnju ali joj se ne usprotivi i si. Tako postavljena građanskopravna odgovornost povlači i kaznenopravnu odgovornost za nečinjenje, tj. propuštanje dužnih radnji.

U jednom je slučaju odgovornost članova uprave isključena, naime, kada se radnja poduzima na temelju valjane odluke glavne skupštine (što znači da je odluka skupštine postojala prije poduzete radnje člana uprave). Građanskopravno to znači da tada članovi uprave ne odgovaraju za štetu prema društvu, iako ostaje njihova odgovornost prema vjerovnicima društva. Dakako, ukoliko je odluka glavne skupštine donesena na temelju pogrešnih informacija što ih je dala uprava, ili uskraćivanja informacija od strane uprave, odgovornost nije isključena. Odobrenje neke radnje od nadzornog odbora ne isključuje odgovornost članova uprave.

Odgovornost za štetu je isključena i ako je član uprave na štetnu radnju naveden korištenjem ovlasti za vođenje društva na temelju ugovora kojim se vođenje poslova društva povjerava vladajućem društvu ili korištenjem ovlasti društva kojemu se dioničko društvo priključilo tako da ono vodi poslove dioničkog društva, odnosno kada postupi po obveznoj uputi vladajućeg društva u faktičnom koncernu. Šteta koja je prouzročena treba biti nadoknađena društvu u toj poslovnoj godini, odnosno društvu treba biti osiguran odgovarajući pravni zahtjev za namirenje štete prema vladajućem društvu. U protivnom su članovi uprave dužni odbiti provođenje upute, jer ako to ne učine odgovaraju društvu za štetu.

2.1.1.2. NADZORNI ODBOR

2.1.1.2.1. Sastav nadzornog odbora

ZTD propisuje najmanji i najveći broj članova nadzornog odbora, što znači ograničenu autonomiju statuta u određivanju veličine tog organa društva. Najmanji broj je tri člana, a najveći (dvadeset jedan član) je ovisan o iznosu temeljnog kapitala dioničkog društva. Broj članova nadzornog odbora mora uvijek biti neparan i točno naveden u statutu. Izmjena broja članova nadzornog odbora iziskuje prethodnu promjenu statuta. Odluka glavne skupštine kojom bi se izabralo više članova nadzornog odbora nego što je to dopušteno ZTD-om ili statutom je ništava u pogledu izbora svih članova.

Član nadzornog odbora može biti svaka potpuno poslovno sposobna fizička osoba, a statutom se mogu odrediti i dodatni uvjeti koje takva osoba mora ispunjavati. ZTD propisuje smetnje za člana nadzornog odbora, pa član nadzornog odbora ne može biti osoba: a) koja je član uprave (član ili trajni zamjenik člana uprave)

istog društva; b) član deset drugih nadzornih odbora; c) član uprave društva koje je ovisno u odnosu prema dioničkom društvu o čijem je nadzornom odboru riječ; d) član uprave drugog društva kapitala u čijem se nadzornom odboru nalazi član uprave društva; e) koja ne ispunjava uvjete nekažnjavanja odnosno neizricanja mjera sigurnosti (kao što je navedeno kod članova uprave); f) prokurist niti punomoćnik društva; g) državni dužnosnici navedeni u Zakonu o obvezama i pravima državnih dužnosnika.

Izabere li se ili imenuje u nadzorni odbor neka osoba koja za to ne ispunjava zakonom propisane uvjete, a nedostatak se ne otkloni prije početka mandatnog razdoblja, odluka o izboru, odnosno imenovanju je ništava. Izbor ili imenovanje suprotno uvjetima propisanim statutom rezultira pobožnošću odluke o izboru.

Članovi nadzornog odbora se izabiru ili imenuju. Izbor članova nadzornog odbora vrši glavna skupština društva, a imenovanje članova nadzornog odbora određeni dioničari ili, pod pretpostavkama iz ZTD-a, sud.

O izboru članova nadzornog odbora glavna skupština odlučuje običnom većinom glasova, tj. većinom danih glasova, ako se statutom ne odredi neka veća većina ili ispunjenje dodatnih pretpostavki (npr. kvorum). Prijedlog odluke o izboru nadzornog odbora stavlja prethodni nadzorni odbor, a predložiti članove nadzornog odbora može i manjina u društvu (kvalificirana manjina). Izbor je valjan tek kad ga izabrana osoba prihvati, pa upis u sudski registar ima deklaratoran, a ne konstitutivan značaj.

Pravo imenovanja članova nadzornog odbora propisano je čl. 256. st. 2. ZTD, te predstavlja posebno pravo dioničara koje se ovlašteniku može oduzeti samo izmjenom statuta i njegovom suglasnošću. Statut mora poimence odrediti dioničara kojeg se ovlašćuje da imenuje članove nadzornog odbora (strogo osobno pravo, neprenosivo na drugog) ili se u statutu moraju pobliže odrediti dionice čiji imatelji imaju to pravo. Prene-li se neka od dionica koje daju pravo imenovanja članova nadzornog odbora, stjecatelj ne stječe pravo tog imenovanja, a gubi ga dioničar koji je dionice prenio, jer ni on više ne raspolaže ukupnim brojem dionica koje daju to pravo, ali pravo imenovanja sada može imati više dioničara zajedno ako raspolažu točno određenim dionicama koje daju pravo imenovanja. ZTD-om je propisano da dionice čiji imatelji imaju pravo imenovati određeni broj članova nadzornog odbora moraju glasiti na ime i moraju biti vinkulirane (što znači da je za njihovo prenošenje potrebna suglasnost društva). Svi dioničari koji imaju pravo imenovati članove nadzornog odbora mogu tako zajedno imenovati najviše jednu trećinu članova tog tijela (ostale dvije trećine izabire glavna skupština društva). Imenovani član u nadzornom odboru ima ista prava i obveze kao i član izabran u taj odbor. To znači da ga ne vežu upute onoga tko ga je imenovao, ali ga je takav dioničar ovlašten opozvati bez postojanja posebnog razloga. Međutim, moguće je da dioničar koji ima pravo imenovanja članova nadzornog odbora ne ostvari to svoje pravo, pa ukoliko zbog toga nadzorni odbor ne bi imao potreban broj članova, te članove može imenovati sud. Zahtjev sudu da imenuje članove nadzornog odbora koji nedostaju da bi taj odbor imao broj članova potreban za donošenje odluka mogu staviti uprava, član nadzornog odbora ili dioničar društva. Uprava je dužna bez odgađanja uputiti takav zahtjev sudu. I članovi nadzornog odbora imenovani od strane suda imaju ista prava i dužnosti kao ostali članovi.

Članovi nadzornog odbora ne mogu imati zamjenike.

Ako izbor ili imenovanje kojeg člana nadzornog odbora nije valjan, to u građanskopravnom smislu ne povlači odmah i ništavost odluka tog organa u čijem je donošenju sudjelovao niti ništavost izbora odnosno imenovanja ostalih članova nadzornog odbora. Član koji je sudjelovao u nadzornom odboru, iako nije bio valjano izabran, odnosno imenovan, odgovara za svoj rad u tom organu. Ta okolnost trebala bi biti adekvatno cijenjena i u kaznenopravnom smislu, što bi u svjetlu svega onog navedenog za članove uprave trebalo imati u vidu.

Mandat članova nadzornog odbora određuje se statutom ili odlukom glavne skupštine o izboru članova nadzornog odbora, a ne može biti dulji od četiri godine. Mandat počinje teći najranije s prihvaćanjem izbora, no to može biti i kasnije (ako je drugačije dovoljno jasno određeno). Mandat može prestati i prije isteka vremena za koje je neka osoba izabrana ili imenovana, ako nastupi razlog zbog kojeg više ne bi mogla biti članom nadzornog odbora (gore navedene kao zakonske smetnje), ako je opozovu, ako dade ostavku, prestankom društva spajanjem i pripajanjem i otvaranjem stečaja nad društvom. Član nadzornog odbora može se ponovno izabrati, ali ne prije isteka prethodnog mandata (razumije se, u to ne ulazi reizbor neposredno prije isteka njegovog mandata).

Članovi nadzornog odbora, za razliku od članova uprave, nisu u ugovornom odnosu s društvom. Pravna osnova njihovog djelovanja u nadzornom odboru je korporacijske naravi, a njihova prava i položaj proizlaze

iz ZTD-a i odluke kojom su izabrani ili imenovani. Za posao koji obavljaju pripada im nagrada i naknada troškova kojima su izloženi pri obavljanju tog posla, a visina nagrade određena je obično statutom, ali to može učiniti i glavna skupština svojom odlukom. Nagrada mora biti primjerena poslovima koje obavlja član odbora i stanju društva, a može je se odrediti kao sudjelovanje u dobiti društva.

2.1.1.2.2. Ovlasti nadzornog odbora

Nadzorni odbor ima tri glavne grupacije ovlasti:

- (a) imenuje i opoziva odluku o imenovanju predsjednika i članova uprave društva,
- (b) stalno nadzire vođenje poslova društva i
- (c) na sudu i izvan njega zastupa društvo prema članovima uprave.

Osim nabrojenih glavnih, treba spomenuti da ZTD na nekoliko mjesta određuje nadležnost nadzornog odbora u pojedinim pitanjima, npr. u provjeravanju osnivanja društva, podnošenju glavnoj skupštini pisanog izvješća o obavljenom nadzoru, sazivanju glavne skupštine društva, davanju suglasnosti upravi za poduzimanje određenih poslova kada je to statutom određeno, odlučivanju o davanju kredita članovima uprave, prokuristima i članovima njihovih užih obitelji, odlučivanju o davanju kredita članovima nadzornog odbora i članovima njihovih užih obitelji, zastupanju društva samostalno ili zajedno s upravom u sporovima o pobijanju odluka glavne skupštine, donošenju poslovnika o radu uprave, određivanju primanja članova uprave i zastupanju društva u sklapanju ugovora s njima itd.

Nadzorni odbor stoji između glavne skupštine i uprave, pa iz tog njegovog položaja proizlaze i njegove ovlasti. Nadzorni odbor je predstavnik dioničara, koji djeluje samostalno i nije vezan ni uputama glavne skupštine.

Jedna od glavnih ovlasti nadzornog odbora je imenovanje i opoziv imenovanja članova uprave. Iako je nadzorni odbor samostalan u tom području odlučivanja, glavna skupština može ipak utjecati na odluke nadzornog odbora, bilo posredno odredbama statuta, npr. propisivanjem uvjeta za imenovanje članova uprave, bilo i vrlo konkretno, npr. izglasavanjem nepovjerenja predsjedniku ili nekom članu uprave. Ako je nepovjerenje izglasano iz utemeljenog razloga, takva odluka skupštine predstavlja važan razlog za opoziv osobe kojoj je izglasano nepovjerenje. Kako bi u takvom slučaju članovi nadzornog odbora odgovarali za štetu proizišlu iz neopozivanja člana uprave, ovdje bi u određenim slučajevima bilo mjesta i njihovoj kaznenoj odgovornosti. Takvu odgovornost u slučaju dvojbe o postojanju utemeljenog razloga za izglasavanje nepovjerenja (građanskopravnu za štetu, ali i kaznenopravnu) članovi nadzornog odbora mogli bi izbjeći suspendiranjem takvog člana uprave do sigurnog utvrđenja o postojanju takvog razloga.

Nadzorna funkcija nadzornog odbora određena je na nekoliko mjesta u ZTD-u. Ovaj organ ne može i ne treba nadzirati svaku radnju uprave (što bi bilo i nemoguće), već radnje uprave kojima ona vodi društvo, te bitne pojedinačne mjere koje poduzima. Nadzor se ne proteže na rad osoba koje su podređene upravi, osim ako je to potrebno da bi se utvrdilo kako uprava radi. Nadzor obuhvaća ponašanje uprave koje prethodi vremenu nadzora, ali i tzv. preventivni nadzor.

Ponašanje uprave koje prethodi vremenu nadzora obuhvaća brojne radnje, kao npr. preispitivanje godišnjih financijskih izvješća uprave, u okviru čega i ispitivanje uzroka nepostignute rentabilnosti u poslovanju ili poslovnih rezultata koji su ispod očekivanih, pregledavanje i ispitivanje poslovnih knjiga i dokumentacije društva, blagajne, vrijednosnih papira i sl. U obavljanju te zadaće NO se može koristiti pojedinim svojim članovima ili stručnjacima. NO također mora ispitati i protupravna ponašanja uprave, ali nema pravo sam voditi spor, odnosno podizati tužbu jer sam nema stranačku sposobnost, već je jedino ovlašten zastupati društvo u sporu koji ono vodi protiv članova uprave.

Kako bi ispunio tu funkciju NO ima pravo u svako doba od uprave tražiti da ga izvijesti o pitanjima povezanim s poslovanjem društva i koja znatnije utječu na položaj društva ili se razumno može očekivati da bi na to mogla utjecati. Tako može tražiti podnošenje izvješća o prilikama društva, pravnim i poslovnim odnosima s povezanim društvima, itd., pri čemu je pravo svakog člana NO da to zahtijeva, a uprava je dužna to učiniti prema NO kao organu. Odbijanje uprave da podnese izvješće odnosno dade traženi podatak može biti važan razlog za opoziv imenovanja članova uprave. Je li o tome bila riječ u krajnjoj instanci odlučuje sud.

Osim toga, nadzorni odbor mora djelovati i preventivno, tj. savjetujući upravu i tako utjecati na poslovnu politiku društva, pa u tom dijelu ima nekog udjela u vođenju poslova društva. U okviru preventivnog djelovanja NO može od uprave tražiti i obavijesti vezane uz buduće djelovanje i stanje društva. Naročito je to slučaj ako je društvo u teškoćama, značajnije zaduženo, dulje vrijeme iskazuje gubitke i sl., kada je logično da se od uprave traži da razradi plan izlaska društva iz teškoća s predloženim mjerama i za to potrebnim vremenom, odgovarajućim predviđanjima pokrivanja dugovima itd.

Intenzitet nadzora ovisi o stanju u kojem se društvo nalazi. Nalazi li se društvo u redovnom stanju, dovoljno je da NO ispituje izvješća uprave, eventualno traži njihovu dopunu i istakne neka ključna pitanja koja će posebno ispitati. No, ako je stanje neizvjesno, odnosno ako postojeći podaci upućuju na rizičnost, nadzor se mora intenzivirati.

NO mora redovito glavnoj skupštini podnositi pisano izvješće o obavljenom nadzoru. Izvješće sadržava utvrđenje djeluje li društvo u skladu sa zakonom i aktima društva, odlukama glavne skupštine, jesu li godišnja financijska izvješća sačinjena u skladu sa stanjem u poslovnim knjigama društva, pokazuju li ispravno imovinsko i poslovno stanje društva i stajalište koje NO ima o prijedlogu uprave o dobiti i pokriću gubitka u društvu.

U društvu kojega su dionice uvrštene na uređeno tržište vrijednosnih papira radi trgovanja NO je dužan osigurati da uprava u posebnom odjeljku godišnjeg izvješća o stanju društva navede i potrebne podatke o primjeni kodeksa korporativnog upravljanja koji su navedeni u ZTD-u (čl. 272.p).

NO djeluje kao cjelina, a svoje zadaće ne može delegirati povjerenstvima, odborima ili pojedinim članovima, no njima se smije koristiti.

Nadzornom odboru ne može biti u nadležnost dano vođenje poslova društva, a Zakonom dana mogućnost davanja suglasnosti upravi za obavljanje pojedinih poslova ima cilj olakšati preventivni nadzor, iako mu to omogućuje i utjecaj na vođenje poslova društva. Ipak, utjecaj nadzornog odbora na vođenje poslova društva je dvojako ograničen. Naime, ako je potreba davanja suglasnosti predviđena statutom ili odlukom nadzornog odbora, nakanjena radnja se bez dane suglasnosti ne može poduzeti, što znači da to ima značaj veta. Ipak, radnja poduzeta prema trećima valjana je i obvezuje društvo, iako nije bila dana suglasnost. Nadalje, potreba davanja suglasnosti mora se odnositi na određene vrste poslova, pri čemu to ne moraju biti pravni poslovi nego i unutarnje poduzetničke mjere uprave²⁴.

Ako je statutom poduzimanje posla učinjeno ovisnim o suglasnosti nadzornog odbora, uprava je dužna prije poduzimanja posla zatražiti takvu odluku nadzornog odbora. Općenito davanje suglasnosti koje se odnosi na određene vrste poslova, odnosno sve poslove do određene vrijednosti, moguće je ako statutom nije ograničeno ni isključeno. Ako suglasnost nije dana, radnja se ne smije poduzeti, no uprava može tražiti da glavna skupština dade suglasnost.

Utjecati na upravu u vođenju poslova društva nadzorni odbor može i donošenjem poslovnika za rad uprave, utvrđivanjem godišnjih financijskih izvješća zajedno s upravom, izmjenom statuta radi usklađivanja njegova teksta itd.

NO zastupa društvo u odnosima i sporovima s članovima uprave. U područje odnosa s članovima uprave potpada i ovlast nadzornog odbora da odlučuje o primanjima koja pripadaju članovima uprave. NO također zastupa društvo i prema osobama koje su bile, a više nisu članovi uprave, ako je riječ o stvarima u vezi s njihovim djelovanjem u upravi društva. To uključuje i tzv. fiktivne članove uprave.

NO zastupa društvo prema trećim osobama u nekim slučajevima, propisanim ZTD-om, i to:

- a) svi članovi NO zajedno s članovima uprave podnose prijavu sudu za upis u sudski registar,
- b) NO daje nalog revizoru za ispitivanje godišnjih financijskih izvješća društva i koncerna
- c) NO zajedno s upravom zastupa društvo u sporovima u povodu tužbe kojom se pobija neka odluka glavne skupštine ili kad se u povodu ništavosti odluke traži da se to utvrdi sudskom presudom tako da u slučaju kad tužbu podigne uprava ili neki njezin član, NO sam zastupa društvo
- d) NO može podnijeti zahtjev sudu za imenovanje likvidatora.

²⁴ Pa tako npr. za osnivanje novih pogona, za stjecanje udjela, za poslove glede nekretnina, za davanje i uzimanje zajmova preko određenog okvira, davanje prokure, davanje jamstva, osnivanje i ukidanje podružnice, ulaznje u investicije kojima se prelazi unaprijed utvrđeni godišnji proračun troškova i sl.

Važno je napomenuti da su članovi nadzornog odbora i ograničeni u onome što mogu obavljati, te za njih vrijede sljedeća ograničenja:

- a) Za sve ugovore koje član NO sklapa s društvom izvan obavljanja poslova u tom odboru potrebna je suglasnost NO. Najčešće se radi o tome da društvo angažira neke članove NO kao stručnjake za određena područja koji mogu društvu dati savjete ili pružiti neke druge usluge, dakako ne one koje bi predstavljale vođenje poslova društva. Davanje suglasnosti treba spriječiti da član NO zaobilaznim putem ima i neke posebne koristi uz nagradu za posao koji obavlja u NO. Ugovor sklopljen bez takve suglasnosti je ništetan, pa član NO mora vratiti sve što je primio na toj osnovi. No, kako društvo u toj situaciji zastupa uprava koja s članom NO sklapa takav ugovor uprava može i kaznenopravno odgovarati.
- b) Posebna pravila vrijede za davanje kredita članovima NO i članovima njihovih užih obitelji. ZTD pod tim podrazumijeva i davanje zajmova i sve druge poslove koji po svojoj naravi znače kreditiranje odnosno pravne radnje koje se u gospodarskom smislu mogu izjednačiti s kreditiranjem, npr. prodaja članu NO s odgovornim plaćanjem, prodaja s obročnom otplatom, davanje odgode ispunjenja neke njegove obveze prema društvu, izmjena dogovorenog režima ispunjenja nekih periodičnih obveza i sl. Za takve ugovore odnosno poduzimanje pravnih radnji potrebno je odobrenje NO. Ono se daje za određeni pravni posao, određenu pravnu radnju ili za određene vrste tih poslova odnosno pravnih radnji i u odobrenju trebaju biti navedene kamate i otplata kredita. Sve to vrijedi i kada vladajuće društvo daje kredit članovima NO ovisnog društva ili članovima njihovih užih obitelji ili kada ovisno društvo daje kredit članovima NO vladajućeg društva ili članovima njihovih užih obitelji. Dakako, opet je uprava društva ta koja će zastupati društvo u tom poslu, što implicira i moguće kaznenopravno djelovanje uprave, ali i člana NO.

Međutim, za članove NO nema zabrane konkurencije, koje pravilo vrijedi za članove uprave društva. Čak i u situaciji kada član NO na temelju odluke tog organa bude kraće vrijeme zamjenik člana uprave, on ne potpada pod tu zabranu.

2.1.1.2.3. Način rada nadzornog odbora

ZTD propisuje način rada nadzornog odbora, ali ostavlja veliku autonomiju tom organu da sam uredi način svoga rada, što obično čini poslovníkom, u granicama ostavljenim statutom. Ipak, nema obveze da se donese poslovnik.

Nadzorni odbor bira predsjednika i najmanje jednog zamjenika iz reda svojih članova, a trajanje mandata predsjednika može se odrediti statutom, poslovnikom o radu nadzornog odbora ili njegovom odlukom. Mandat može trajati najdulje kao mandat nadzornog odbora.

Nadzorni odbor odlučuje na sjednicama ali i izvan toga.

a) sjednice nadzornog odbora

Predsjednik NO priprema i saziva sjednice tog odbora, predsjedava im i usklađuje rad odbora i njegovih eventualnih tijela, komunicira s drugim organima društva u ime odbora i djeluje izvan društva u ime odbora. U praksi predsjednik priprema sjednice odbora zajedno s upravom društva. Svaki član NO i član uprave ima pravo zatražiti od predsjednika NO da zakaže sjednicu odbora i predložiti mu dnevni red. Ako ne bude udovoljeno tom traženju, član NO ili uprava društva (ali čitava, ne samo jedan njezin član) može sazvati sjednicu uz navođenje razloga za sazivanje i dnevnog reda sjednice.

ZTD propisuje najmanji broj sjednica koje NO treba održati godišnje (u pravilu se održavaju jednom u tromjesečju, a najmanje jednom u pola godine), no statutom može biti određen i veći broj sjednica u godini, kao i razlozi zbog kojih se sjednice u određeno vrijeme moraju sazvati.

Kvorum, odnosno najmanji broj članova NO koji mora nazočiti sjednici da bi se valjano donijela odluka određuje statut. Čl. 267. st. 1. ZTD, koji se primjenjuje ako statut nije drugačije odredio, propisuje da u odlučivanju mora sudjelovati najmanje polovina propisanog broja članova NO, ali ne manje od tri.

Zapisnik se mora voditi o sjednicama NO, a vodi ga predsjednik, neki član NO ili pak neka treća osoba. Potpisuje ga predsjednik, odnosno zamjenik koji je vodio sjednicu. U unutarnjem društvu može se utvrditi kakva je odluka donesena na NO i na drugi način, a ne samo zapisnikom. Zapisnici sjednica NO se čuvaju u

arhivi društva da bi se naknadno moglo utvrditi kakve su oduke bile donesene. Korisno je uz zapisnik priložiti i materijal koji je dostavljen ili na sjednici uručen članovima NO kao temelj za raspravu i odlučivanje.

Sjednicama prisustvuju samo članovi NO i članovi uprave, ali se na njih mogu pozvati izvjestitelji i savjetnici za pojedina pitanja o kojima se odlučuje.

b) Djelovanje izvan sjednica nadzornog odbora.

Odluke se izvan sjednica mogu donositi samo ako tu mogućnost nisu isključili statut ili poslovnik o radu odbora, pa se glas može predsjedniku poslati pisanim putem ili telefonski.

Ako se odluka donosi izvan sjednice, u praksi je uobičajeno da na prvoj narednoj sjednici nadzorni odbor potvrdi tako donesene odluke, pa se one unose u zapisnik sjednice NO, uz naznaku da se radi o već donesenoj odluci i precizira kada je i kako donesena.

U praksi NO zadužuje jednog člana za tzv. stalni nadzor. Taj je član u stalnom kontaktu s upravom društva, prati kako se vode poslovi društva i o tome izvješćuje NO.

Također, odbori i povjerenstva NO djeluju između sjednica, razmatrajući pitanja iz svog djelokruga o čemu izvješćuju NO.

NO je podoban za odlučivanje i ako nije izabran puni broj njegovih članova, razumljivo ako su ispunjene gore navedene pretpostavke.

Svi članovi NO imaju jednako pravo glasa, a iznimka je predstavnik radnika kada se odlučuje o nekim pitanjima. Odlučivanje mora biti izričito, a nije moguće konkludentno ili šutnjom. Nije dopušteno dati nekome pravo veta na odluku NO.

Razumljivo, da bi NO mogao ostvariti svoju zadaću, potrebno je da njegovi članovi budu primjereno obaviješteni o onom što se u društvu događa. NO zato može u svako doba tražiti od uprave da ga izvijesti o pitanjima koja su povezana s poslovanjem društva i koja utječu na položaj društva ili se razumno može očekivati da će na to utjecati. Svaki član NO ima pravo uvida u sve što ima pravo NO, pa može zahtijevati da mu se sva izvješća uprave daju na uvid. Ta izvješća trebaju se dati na uvid i članovima pomoćnog tijela NO, ako tako zaključi NO.

Pomoćna tijela nadzornog odbora su npr. komisije, odbore, povjerenstva i sl. Ona se osnivaju kao stalna ili *ad hoc* tijela, u pravilu tako da stalno djeluju, no ponekad i radi razmatranja nekog određenog pitanja sa zadatkom koji se samo na to odnosi. Sastavljena su od članova NO i stručnjaka izvan njegova sastava²⁵, a u njima ne mogu biti članovi uprave, ali mogu prisustvovati njihovim sjednicama. Pomoćna tijela mogu imati poslovnik o svom radu. Sjednicama pomoćnih tijela mogu prisustvovati članovi NO iako nisu njegovi članovi, ali predsjednik pomoćnog tijela može odrediti drugačije. Jasno, pomoćna tijela moraju redovito izvješćivati NO o svom radu.

2.1.1.2.4. Prestanak članstva u nadzornom odboru

Više je načina prestanka članstva u nadzornom odboru, kako slijedi: a) istek trajanja mandata; b) opoziv članova nadzornog odbora; c) ostavka člana nadzornog odbora; d) imenovanje člana nadzornog odbora zamjenikom člana uprave društva; e) smrt člana nadzornog odbora; f) gubitak zakonom propisanog svojstva koje se traži za člana nadzornog odbora; g) statusna promjena društva; h) otvaranje stečajnog postupka nad društvom; i) prestanak društva; j) prijelaz društva s dualističkog na monistički ustroj organa; k) imenovanje posebne uprave u kreditnoj instituciji i pokretanje prisilne likvidacije.

S obzirom na to da nadzorni odbor ne vodi poslove društva, nema potrebe za institutom suspenzije člana nadzornog odbora, tim više što se za opoziv člana nadzornog odbora ne traži nikakav razlog.

Kada članstvo u nadzornom odboru prestaje istekom trajanja mandata, to podrazumijeva da nakon isteka mandata članovi nadzornog odbora nemaju više ovlasti za obavljanje poslova nadzornog odbora, pa ni ako je riječ o hitnom postupanju. Odluke donesene nakon isteka mandata bile bi ništetne, dakako ako je mandat istekao svim članovima nadzornog odbora.

Opoziva li se član nadzornog odbora prije isteka mandata (a za to ne treba postojati neki poseban razlog), ta odluka, da bi bila valjana, mora biti priopćena članu koji je opozvan, dakle mandat prestaje tek kad se od-

²⁵ Tako odbor za reviziju mora biti sastavljen od nezavisnih stručnjaka od kojih je barem jedan financijske struke.

luka priopći članu. Opozvati člana nadzornog odbora može i sud na zahtjev nadzornog odbora i ako za to postoji važan razlog. Ako se radi o imenovanom članu nadzornog odbora, takav zahtjev mogu podnijeti dioničari koji imaju dionice čiji ukupni nominalni iznos čini najmanje jednu desetinu temeljnog kapitala društva. Važan razlog, jasno, mora biti u osobi takvog člana.

Ostavka člana uprave (za koju također ne treba postojati važan razlog, ali se ne smije dati u nevolji) djeluje od trenutka kada je to u ostavci navedeno, a ako toga nema onda od kada prisprije upravi društva.

2.1.1.2.5. Dužna pozornost i odgovornost članova nadzornog odbora

Članovi nadzornog odbora prema odredbi čl. 272. ZTD dužni su djelovati u interesu društva, a na dužnost postupanja članova nadzornog odbora u obavljanju poslova s dužnom pozornošću i na njihovu odgovornost na odgovarajući se način primjenjuju odredbe čl. 252., 273. i 273.a ZTD-a, koje reguliraju dužnu pozornost i odgovornost članova uprave, odgovornost za štetu i obvezu postavljanja zahtjeva.

Izričaj „na odgovarajući način“ upotrijebljen u toj odredbi podrazumijeva da se propis o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova uprave primjenjuje u mjeri u kojoj je to po naravi stvari moguće. Član nadzornog odbora djeluje u skladu s tim pravilom ako primjenjuje pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika, pri čemu treba znati da član nadzornog odbora taj posao obavlja uz neki drugi, redoviti posao. Naime, članovi nadzornog odbora su stručnjaci koji su s obzirom na znanje i iskustvo stečeno u obavljanju svog glavnog posla, pogodni da obavljaju i posao člana nadzornog odbora.

Stupanj pozornosti i dužnost da štiti interese društva vrijede jednako za svakog člana nadzornog odbora, neovisno o tomu je li ga izabrala glavna skupština, ili su ga imenovali dioničari, odnosno sud. U dioničkom društvu dioničari ostvaruju svoj interes putem interesa društva. Djelovanje u interesu većine dioničara ne podrazumijeva uvijek i djelovanje u interesu društva. Suprotno postupanje rezultira odgovornošću za štetu.

Kako bi ispunio svoju zadaću svaki član nadzornog odbora mora imati najmanje ona znanja i sposobnosti koji su potrebni da može bez tuđe pomoći razumjeti i prosuditi sva normalna poslovna zbivanja, što je ujedno najniža mjera znanja i pažnje koju mora pokazati. Radi se o objektivnom mjerilu utemeljenom na prosječnoj mjeri pažnje koja se pokazuje u struci. Dakle, član nadzornog odbora mora biti sposoban razumjeti izvješća uprave, poslovna zbivanja i izvješća revizora, te na tom temelju zaključiti o gospodarskom položaju društva i prema tome donijeti ocjenu zadovoljavaju li vođenje poslova društva i izvješća koja podnosi uprava zahtjevima propisanim zakonom. Član nadzornog odbora koji takva znanja i sposobnosti nema, a prihvati taj posao zasigurno ne pokazuje pozornost koja se od njega zahtijeva u obavljanju tog posla.

Sadržaj pozornosti člana nadzornog odbora mogao bi obuhvaćati sljedeće obveze koje proizlaze posredno ili neposredno iz zakona a nisu poduzetničke prirode:

- a) obvezu suradnje u radu plenuma nadzornog odbora i u njegovim povjerenstvima i odborima, poglavito sudjelovanje u raspravi i donošenju odluka,
- b) obvezu sudjelovanja u organiziranju rada nadzornog odbora zahtjevom da se zakaže sjednica i eventualnim njezinim zakazivanjem, ako se to odbije učiniti,
- c) obvezu biti informiran objašnjavanjem i ispitivanjem izvješća uprave,
- d) obvezu zahtijevati daljnja izvješća uprave i uvid u poslovne knjige društva i isprave društva,
- e) obvezu paziti na postojanje u učinak sustava unutarnjeg nadzora u društvu,
- f) obvezu imati vlastitu prosudbu o svim relevantnim odlukama nadzornog odbora, iznositi svoja stajališta,
- g) obvezu da u slučaju indikacija da su članovi uprave povrijedili svoje obveze pridonesu postupanju nadzornog odbora u vezi s tim.

Kod poduzetničkih odluka nadzornog odbora (odnosno davanju suglasnosti na radnje ili propuštanja uprave društva) članovi nadzornog odbora moraju biti primjereno obaviješteni o onom o čemu moraju odlučiti i moraju djelovati u interesu društva. Ako su te pretpostavke ispunjene, članovi nadzornog odbora mogu se pozvati na pravilo o poslovnoj prosudbi (*business judgement rule*).

Postupa se protivno interesima društva kada se poslovnom prosudbom prekorače granice odgovornog vođenja poduzeća (npr. davanje kredita kreditno nesposobnoj osobi, predlaganje očito nepodobnog kandidata za izbor u nadzorni odbor, otuđivanje imovine društva bez vidljive koristi za društvo itd.). Samo podatak

da član nadzornog odbora nije bio u sukobu interesa ne podrazumijeva i da je djelovao u interesu društva. Dakako, ako je član nadzornog odbora bio u sukobu interesa, djelovao je protupravno i ne može se pozvati na pravilo poslovne prosudbe. Smatra li član nadzornog odbora da neka odluka nije prihvatljiva po pravilu o poslovnoj prosudbi, to je dužan jasno staviti do znanja i glasovati protiv donošenja takve odluke, pa i učiniti sve da u to uvjeri ostale članove nadzornog odbora.

Treba imati na umu da posao članstva u nadzornom odboru nije prvenstveni, redoviti, glavni posao člana nadzornog odbora, zbog čega nema mjesta očekivanju da će tom poslu dati prednost pred svojim drugim interesima. To je ujedno i bitna razlika između pozicije člana nadzornog odbora i člana uprave, čiji posao traži puni profesionalni angažman jer je jedini i prvi. Ta razlika vidi se u tome da za člana nadzornog odbora ne postoji zabrana konkurencije, pa čak ni onda kada nadzorni odbor privremeno odredi da neki njegov član djeluje kao zamjenik člana uprave. No, radi li se o trajnijem sukobu interesa, koji bi mogao u pitanje dovesti obveze koje član nadzornog odbora ima na različitim mjestima, mora podnijeti ostavku, a može ga opozvati i glavna skupština.

ZTD propisuje i posebnu kaznenu i prekršajnu odgovornost članova nadzornog odbora, pa oni odgovaraju za niz kaznenih djela propisanih tim zakonom²⁶. Članovi nadzornog odbora, dakako, mogu biti i odgovorne osobe po Zakonu o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, dođe li njihovom radnjom ili propuštanjem u okviru povjerenih im poslova u društvu do ostvarenja nekog kaznenog djela. Razumije se, ne može biti riječ o radnji kojom se vode poslovi društva, jer za to članovi nadzornog odbora nisu ovlašteni, no zamisliva je njihova aktivna uloga kao poticatelja ili pomagača, odnosno da budu počinitelji djela koje se vrši propuštanjem poduzimanja neke radnje, u suštini prikrivanjem.

To zapravo odgovara i pretpostavkama pod kojima članovi nadzornog odbora odgovaraju za štetu. Naime, njima se u tom pravcu mogu predbaciti samo propusti u obavljanju nadzora. Član nadzornog odbora mora pokazati najmanje prosječnu mjeru pozornosti u obavljanju nadzora, a logično je da onaj član koji ima višu stručnu razinu ili pitanje o kojem je riječ pripada u materiju za koju je posebno stručan mora pokazati i višu razinu pozornosti. S obzirom na to da članovi nadzornog odbora ne mogu imati uvid baš u svaki posao i svaku radnju uprave, u suštini se radi o iznimnoj odgovornosti članova nadzornog odbora.

Nadzorni odbor u pravilu djeluje ex post, pa odgovornost članova nadzornog odbora zbog toga što nisu nastojali spriječiti pojedine radnje uprave u pravilu dolazi u obzir samo kada je dana suglasnost za radnje uprave, a takva je radnja temelj za odgovornost članova uprave za štetu.

Zamisliva je, nadalje, situacija da članovi uprave postupaju tako da to predstavlja važan razlog za opoziv imenovanja, a nadzorni bi odbor otklonio svoju odgovornost ubuduće kada bi opozvao članove uprave koji vjerovnicima društva izbjegavaju podmiriti obveze.

2.1.2. MONISTIČKI TIP DIONIČKOG DRUŠTVA

Izmjenama i dopunama ZTD-a donesenim 2007. uvedeno je, kao posljedica prihvaćanja novog, monistički ustrojenog dioničkog društva, razlikovanje između izvršnih i neizvršnih direktora. U dualistički ustrojenom dioničkom društvu uprava, koja vodi poslove društva, sastoji se od članova, a oni se nazivaju direktori, a nadzor provodi nadzorni odbor. Dakle, svi članovi određenog organa obavljaju istu funkciju, pa je među njima moguća samo interna podjela rada, u okviru obavljanja iste funkcije.

No, monistički ustrojeno dioničko društvo ima uz glavnu skupštinu samo jedan organ, i to upravni odbor, u kojem dvije funkcije – vođenja društva i nadzora nisu strogo odijeljene. Po naravi isti organ, upravni odbor nadležan je odlučivati o bitnim stvarima vođenja društva i nadzirati kako se vode poslovi društva. S obzirom na to, podjela poslova je logična, a otuda potječe i razlikovanje izvršnih i neizvršnih direktora za osobe koje mogu biti članovi istog organa.

Neizvršni direktori su uvijek članovi upravnog odbora, dok izvršni to mogu, ali ne moraju biti. Izvršni direktori ne čine poseban organ, već, dakle, mogu biti članovi upravnog odbora, a tada obavljaju dvojnu funkciju. Pravni režim mora spriječiti da izvršni direktori u nekim pitanjima sudjeluju u donošenju odluka uprav-

²⁶ I to: kazneno djelo davanja netočnih podataka (čl. 624.), kazneno djelo netočnog prikazivanja imovinskog stanja (čl. 625.), kazneno djelo povrede čuvanja tajne (čl. 629.) i prekršaji iz čl. 630. st. 2. ZTD.

nog odbora i poduzimaju pravne radnje koje se tiču njih samih, sve da bi se izbjegao sukob interesa, a to je u ZTD-u dosljedno provedeno.

Prije spomenute izmjene ZTD-a se u dioničkim društvima (tada ustrojenim dualistički, što je bio jedini mogući oblik ustroja) koristio naziv izvršni direktor kojim su se označavao rukovodeći kadar u društvu koji nije bio dio uprave, a i danas se tako ponekad nazivaju neki članovi uprave. Međutim, nije prihvatljivo korištenje tog naziva za članove uprave, jer ZTD za članove upravo izrijekom koristi izraz direktori. Nakon uvođenja monističkog ustroja dioničkog društva naziv izvršni direktor smije se koristiti samo u smislu koji mu pridaje ZTD, čije odredbe uz taj izraz vezuju točno određenu ulogu i svojstva. Postupanje suprotno tomu dovodi do lažnog predstavljanja, pri čemu se prema vani ostavlja dojam da se radi o monistički ustrojenom dioničkom društvu, iako eventualno nije tako.

2.1.2.1. UPRAVNI ODBOR

2.1.2.1.1. Sastav, stjecanje članstva u upravnom odboru, mandat članova

Veliki broj odredaba ZTD-a koji regulira funkcioniranje i sastav nadzornog odbora primjenjuje se i na upravni odbor. Tako je u pogledu minimalnog i maksimalnog broja članova upravnog odbora, načina propisivanja broja unutar zakonom određenih, mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja broja članova upravnog odbora. Ovdje treba naglasiti da se ZTD-om ne propisuje broj izvršnih i neizvršnih direktora, nego samo broj članova upravnog odbora. Glavna skupština izabire samo članove upravnog odbora, a taj odbor odlučuje hoće li neki od njih biti i izvršni direktori.

Glede svojstava osoba koje mogu biti članovi upravnog odbora vrijede iste pozitivne i negativne pretpostavke kao i za članove nadzornog odbora (propisane čl. 255. st. 1. i 2. ZTD), s tim da se ne primjenjuje odredba kojom se određuje nemogućnost obavljanja članstva u upravnom odboru članu uprave društva, što je i logično. Dosljedno tomu, nema zapreke da član upravnog odbora bude i osoba koja je opunomoćenik društva, kao i opunomoćenik po zaposlenju. Takvo rješenje diktira objedinjenje funkcije vođenja poslova i nadzora u upravnom odboru, pa su i izvršni direktori članovi upravnog odbora.

U upravni odbor članovi se izabiru (bira ih glavna skupština) ili imenuju (što čine pojedini dioničari ili nadležni trgovački sud), na isti način kao što je to propisano za članove nadzornog odbora, što znači da se na valjanost izbora, pretpostavke za imenovanje itd. shodno primjenjuju te odredbe ZTD-a. Ni članovi upravnog odbora, jednako kao i članovi nadzornog odbora, ne mogu imati zamjenike.

Mandat članova upravnog odbora određen je čl. 272.c st. 2. ZTD koji propisuje maksimalan rok od šest godina, dok se konkretno trajanje mandata određuje statutom.

2.1.2.1.2. Odnos društva, predsjednika i članova upravnog odbora

I ovdje se na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZTD-a o predsjedniku i članovima nadzornog odbora, budući da se i ovdje odnos društva, predsjednika i članova upravnog odbora temelji samo na jednoj osnovi, odnosno izboru ili imenovanju predsjednika i članova upravnog odbora i njihovog pristanka da obavljaju taj posao, a društvo s njima ne sklapa ugovor kojim određuje taj odnos.

2.1.2.1.3. Ovlasti upravnog odbora

Monistički ustroj, za razliku od dualističkog, omogućuje da se dvije važne funkcije, i to vođenje poslova društva i nadzor kako se to čini, objedine u jednom organu. ZTD ovako određuje nadležnost upravnog odbora:

- a) vođenje društva,
- b) postavljanje osnova za obavljanje predmeta poslovanja,
- c) imenovanje i opoziv izvršnih direktora,
- d) nadziranje kako se vode poslovi društva i
- e) zastupanje društva prema izvršnim direktorima.

Vođenje društva i vođenje poslova društva nisu identični pojmovi. Vođenje društva obuhvaća određivanje poduzetničke politike društva i ciljeva koji se njezinim provođenjem žele postići, izbor sredstava i njihovih izvora kao bi se postigli ti ciljevi, trajnu brigu da se podigne i održava ravnoteža postizanja ciljeva u poslovanju i za to potrebnih sredstava, davanje uputa izvršnim direktorima kako da djeluju radi postizanja postavljenih poslovnih ciljeva sa za to raspoloživim sredstvima i spremnost da se poduzmu potrebne mjere kada stvari izmaknu kontroli. Dakle, radi se o strateškom vođenju društva, izboru i ograničavanju područja njegovog poslovanja, određivanju poduzetničkih prioriteta, a to obuhvaća i odluku o tome što ne treba činiti, spremnost za brzo poduzimanje potrebnih zahvata kada to zahtijevaju prilike društva, pri čemu je odlučna briga za financijsku ravnotežu društva. Da bi upravni odbor obavljao ovu zadaću, potrebno je da pripremu za takvo odlučivanje obave oni koji su zaduženi za vođenje poslova društva, a to su izvršni direktori, no odluku donosi upravni odbor i za to odgovara.

U cilju ispunjenja te zadaće upravni odbor ima ovlaštenje davati obvezne upute izvršnim direktorima. Na taj način odlučujuće usmjerava vođenje poslova društva prema onom što postavi vođenjem društva. Također je ovlašten donositi interne opće akte kojima uređuje postupanje u društvu²⁷, a radi se o ovlaštenju koje je u dualistički koncipiranom dioničkom društvu podijeljeno između nadzornog odbora i uprave. Postavljanje organizacije djelovanja u društvu podrazumijeva određivanje mjesta s kojih se vode pojedine funkcije u društvu, glavne zadatke onih koji na njima djeluju i postavljanje sustava međusobnog izvješćivanja s temeljnim sadržajnim i vremenskim odrednicama za obavljanje te funkcije. Upravni odbor takvim djelovanjem postavlja okvir za vođenje poslova društva, a taj okvir razrađuju u detaljima izvršni direktori vođenjem poslova društva.

Za razliku od nadzornog odbora, upravni odbor može odlučivati o svemu što se odnosi na vođenje društva, a nije u nadležnosti glavne skupštine. Suglasnost koju daje nadzorni odbor ne znači davanje obvezne upute upravi da poduzme radnju za koju je suglasnost dana, jer je na upravi odluka hoće li to učiniti ili ne, dok izvršni direktori moraju provesti odluku upravnog odbora, jer provode ono što od njih traži onaj tko vodi društvo. Nije moguće statutom upravnom odboru oduzeti pravo da odlučuje o vođenju društva.

ZTD točno određuje nadležnost glavne skupštine, pa se tom organu statutom može staviti u nadležnost samo ono što ZTD izričito dopušta. Sve ostalo je ZTD stavio u nadležnost upravnog odbora. Razumljivo je da glavna skupština nema ovlast vođenja društva, jer se ona ne sastoji od stručnjaka, a zbog svoje veličine, broja sudionika i promjenjivosti sastava nije pogodna da se bavi poslovima društva, osim onim koje joj je ZTD namijenio ili dopustio da se stave u njezinu nadležnost. To podrazumijeva da u nadležnost drugog organa, odnosno upravnog odbora spada sve ono što ne može i ne smije obavljati glavna skupština.

Ovlast vođenja društva podrazumijeva i dužnost upravnog odbora da poduzme sve što je potrebno za dobrobit društva, pa i sazvati glavnu skupštinu kada je to u interesu društva. Izvršnim direktorima može tada povjeriti obavljanje pojedinih radnji u vezi s pripremom i vođenjem skupštine.

U odredbi čl. 272.h st. 1. ZTD navodi se da upravni odbor postavlja osnove za obavljanje predmeta poslovanja, što podrazumijeva da donosi planove i na drugi način postavlja okvir za vođenje poslova društva. Takve planove obično pripremaju izvršni direktori putem stručnih službi i tijela upravnog odbora, ali ih donosi samo upravni odbor.

Upravni odbor imenuje i opoziva imenovanje izvršnih direktora, a ta ovlast omogućuje mu osigurati provođenje poslovne politike koju je odredio. U tome ima isti položaj kao nadzorni odbor.

Upravni odbor i nadzire rad izvršnih direktora. Stručnjaci od kojih je sastavljen upravni odbor čine ga pogodnim organom za izvršenje te funkcije. U obavljanju tog posla mora sustavno poduzimati mjere nadzora kao bi pravodobno otkrio okolnosti koje dovode u opasnost društvo i njegovo poslovanje²⁸. Način obavljanja nadzora upravnog odbora odgovara onom kako to čini nadzorni odbor. U vezi s obavljenim nadzorom upravni odbor mora podnijeti glavnoj skupštini godišnje izvješće o stanju društva i konsolidirano godišnje izvješće društva, a pripremaju ga izvršni direktori, no oni ne odlučuju o tome što će se podnijeti glavnoj skupštini.

²⁷ To su primjerice poslovnik o radu upravnog odbora, poslovnik za rad izvršnih direktora, pravilnici, naputci itd.

²⁸ Što nalaže odredba čl. 272.h st. 3. ZTD.

Upravni odbor brine o tome da se uredno vode poslovne knjige²⁹. Faktične poslove vođenja poslovnih knjiga obavljaju stručne službe kojima rukovode izvršni direktori, koji za to odgovaraju upravnom odboru, a upravni odbor dužan je brinuti da se taj posao uredno obavi.

Upravni odbor ima u slučaju da društvo posluje s gubitkom, postane nesposobno za plaćanje ili prezaduženo, iste obveze kao uprava društva s dualističkim ustrojem organa, određene čl. 251. ZTD.

Sve što u pogledu pravila za utvrđivanje godišnjih financijskih izvješća vrijedi u dioničkim društvima s dualističkim ustrojem organa vrijedi i u monistički ustrojenim dioničkim društvima. Ono što se odnosi na upravu vrijedi za izvršne direktore u monistički ustrojenim društvima, a ono što se odnosi na nadzorni odbor vrijedi za upravni odbor. Stoga odredbe čl. 300.a do 300.e ZTD treba smisljeno i na odgovarajući način primijeniti i na monistički ustrojeno dioničko društvo. Odredba čl. 272.h st. 5. ZTD dopušta da se statutom odredi da godišnja izvješća utvrđuje glavna skupština, što je iznimka za pravilo da se nadležnost upravnog odbora ne može smanjiti. Dužnost sastavljanja godišnjih financijskih izvješća leži na izvršnim direktorima, a upravni ih odbor ispituje. Kada ih prihvati, izvješća su utvrđena. Svaki član upravnog odbora ima pravo pregledati godišnja financijska izvješća, godišnje konsolidirano financijsko izvješće, godišnje izvješće o stanju društva, godišnje konsolidirano izvješće i izvješće revizora, jer on njima mora odlučivati. Upravni odbor u pisanom obliku izvješćuje glavnu skupštinu o provedenim ispitivanjima, u kojima navodi njihovu točnost i mišljenje o izvješćima, te način i opseg u kojem je tijekom poslovne godine ispitao vođenje poslova društva. U pogledu dostave izvješća izvršnim direktorima i propuštanja tih rokova vrijedi sve što se odnosi na nadzorni odbor. Utvrđenje financijskih izvješća u suštini je svojevrsan pravni posao u kojem zajednički djeluju izvršni direktori i upravni odbor.

Upravni odbor samo iznimno kao organ zastupa društvo prema trećima, kako to ZTD navodi pojedinim odredbama. To čini kad zastupa društvo prema izvršnim direktorima (kada u tome ne sudjeluju izvršni direktori ako su članovi upravnog odbora), te zajedno s izvršnim direktorima zastupa društvo u parnici u kojoj se pobija odluka glavne skupštine.

2.1.2.1.4. Način rada upravnog odbora

Već je navedeno da upravni odbor ima predsjednika i najmanje jednog zamjenika predsjednika, koji se izabiru na način određen statutom. Članovi upravnog odbora između sebe biraju predsjednika i zamjenike. ZTD propisuje ograničenje u tom pogledu na način da za predsjednika i njegovog prvog zamjenika ne može biti izabrana osoba koja je izvršni direktor u društvu, iako je član upravnog odbora. Međutim, izvršni direktori koji su i članovi upravnog odbora odlučuju o izboru predsjednika i njegovih zamjenika.

Upravni odbor, jednako kao i nadzorni odbor odlučuje na sjednicama upravnog odbora, ali i izvan sjednica.

2.1.2.1.5. Dužna pozornost i odgovornost članova upravnog odbora

ZTD u tom dijelu upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova nadzornog odbora. No, postoje i neke značajne razlike, koje proizlaze iz različite uloge tih organa, te činjenice da su svi članovi nadzornog odbora u istom položaju, dok u upravnom odboru mogu biti izvršni i neizvršni direktori.

Treba ponoviti da nadzorni odbor nije ovlašten voditi društvo, te ograničeno utječe na vođenje poslova društva, dok upravni odbor vodi društvo pri čemu izvršni direktorima prepušta vođenje poslova u mjeri u kojoj to sam ne čini. Zbog toga se pozornost koju moraju pokazati članovi upravnog odbora proširuje, pa i odgovornost članova tog organa pokriva šire područje od onog članova nadzornog odbora.

Članovi upravnog odbora moraju pokazati pozornost koja se traži za primjereni izbor osoba koje odbor imenuje, u davanju uputa za njihov rad i u primjerenom nadzoru nad onim kako se u društvu radi. Nema li potrebna znanja i sposobnosti član upravnog odbora ne smije prihvatiti tu funkciju. Kroz vrijeme članstva u upravnom odboru mora usavršavati svoje poznavanje stvari i savjetovati se o onome što mu nije dovoljno poznato, te dati ostavku ako nije kadar udovoljiti tim zahtjevima. Za preuzete obveze član upravnog odbora

²⁹ Čl. 272.h st. 3. ZTD

mora ostaviti dovoljno potrebnog vremena, dakle nedostatak vremena ga ne ispričava. Sustav kontrole upravnog odbora mora biti uspostavljen tako da bude organizirano primjereno dostavljanje potrebnih podataka i izvješćivanje koje omogućuje nadziranje svakodobnog stanja u društvu. Posebno se treba paziti na primjereno financijsko stanje društva, priljev i odljev sredstava koji omogućuje stalnu likvidnost, i to tijekom cijele poslovne godine. Ovo podrazumijeva brigu o preuzimanju rizika, odnosno da se pri ulaženju u poslove računa i s koristima koje iz toga trebaju proizaći. Posebno pažljivo treba izabrati osobe koje će biti izvršni direktori, davati upute za njihov rad, nadzirati njihov rad, te voditi računa da se promptno opozovu ako ne zadovoljavaju u vođenju poslova društva. Uz to je upravni odbor obavezan primijeniti potrebne mjere ako stvari izmaknu kontroli, te brinuti o ispunjenju fiskalnih obveza i plaćanju doprinosa.

Razumije se, članovi upravnog odbora koji imaju posebna znanja o pojedinim područjima rada tog odbora moraju pokazati i veću pažnju od ostalih. I na njih se odnose pravila o poslovnoj prosudbi.

Izvršni direktori moraju pokazati pozornost koja se traži od profesionalaca kojima je jedini posao vođenje poslova društva, koji su detaljnije upoznati sa stanjem društva i neposredno operativno na njega utječu, koji taj posao rade svakodnevno s punim radnim vremenom, a ne kao neizvršni direktori na sjednicama. Izvršni direktori trebaju pokazati pozornost koju moraju pokazati i članovi uprave dualistički ustrojenih dioničkih društava. Izvršni direktori imaju dvojnu ulogu, jer sudjeluju u donošenju odluka za koje je nadležan upravni odbor, te tada odgovaraju kao članovi upravnog odbora, snoseći punu odgovornost za njihovu provedbu. Upravni odbor mora pokazati i veću pozornost u nadzoru nad radom izvršnog direktora kad provodi odluke u izvršenju kojih je i sam sudjelovao.

Odgovornost članova je objektivna i subjektivna, a pretpostavke odgovornosti određuju odvojeno se za svakog pojedinog člana upravnog odbora. Odgovara li više njih, tada odgovaraju solidarno i neograničeno, jer odgovaraju cijelom svojom imovinom. Sve odredbe koje se odnose na pretpostavke odgovornosti i njezino ostvarenje članova nadzornog odbora vrijede i ovdje.

O prestanku članstva u upravnom odboru ne treba previše govoriti, jer vrijede iste odredbe kao i za prestanak članstva u nadzornom odboru, s razlikom da članstvo ne prestaje ako člana upravnog odbora izaberu kao izvršnog direktora. Ni ovdje nema suspenzije.

2.1.2.1.6. Pojam i imenovanje izvršnih direktora

Izvršni direktori zastupaju dioničko društvo na isti način kako to čini uprava društva s dualističkim ustrojem organa. Međutim, ovdje valja naglasiti da izvršni direktori nisu organ društva, nego osobe koje vode poslove društva, što podrazumijeva da na temelju Zakona zastupaju društvo. Položaj izvršnih direktora je u odnosu prema organima društva bitno drugačiji od onog koji imaju članovi uprave u društvima s dualističkim ustrojem organa. Naime, izvršni su direktori hijerarhijski podređeni upravnom odboru i moraju slijediti njegove obvezne upute.

Broj i trajanje mandata izvršnih direktora određuje se statutom, a imenuje ih upravni odbor. Dopušteno je ponovno imenovanje izvršnih direktora, kao i njihovih zamjenika, no to mora biti predviđeno statutom. Na zamjenike izvršnih direktora primjenjuju se odredbe ZTD-a o zamjenicima članova uprave dualistički ustrojenog dioničkog društva.

Upravni odbor može izvršnim direktorima imenovati članove tog odbora i osobe izvan njegovog sastava. Moguće je da nijedan izvršni direktor ne bude član upravnog odbora. Ni u takvom slučaju izvršni direktori nisu organ društva, a njihov odnos s upravnim odborom nije usporediv s odnosom članova uprave i nadzornog odbora u dualistički ustrojenom dioničkom društvu. Naime, dok u dualistički ustrojenom dioničkom društvu ne postoji hijerarhijski odnos, niti su dopuštene obvezne upute nadzornog odbora upravi, dotle u društvima s monističkim ustrojem organa vrijedi obrnuto.

Odluči li se upravni odbor kao izvršne direktore imenovati osobe iz svog sastava, tada većinu članova upravnog odbora moraju činiti neizvršni direktori, jer se tako isključuje odlučujući utjecaj izvršnih direktora na donošenje odluka u vođenju društva i na nadzor nad radom izvršnih direktora. Član upravnog odbora je neizvršni direktor sve dok ga se ne imenuje izvršnim direktorom. To razlikovanje imenovanja iste osobe važno je kada prestane mandat u svakoj od tih funkcija, jer mandati ne moraju trajati isto vrijeme, kao što mogu

početi različito teći. Dakle, to što je određenoj osobi prestao mandat izvršnog direktora, ne podrazumijeva samo po sebi i da joj je prestao mandat člana upravnog odbora.

Kada se izvršnim direktorom imenuje netko tko nije član upravnog odbora, vrijede ograničenja koja su propisana za članove uprave dualistički ustrojenog dioničkog društva, pa te osobe moraju imati i svojstva koja su propisana za članove uprave dualistički ustrojenog dioničkog društva. Dakako, ako je izvršnim direktorom imenovan netko tko je član upravnog odbora, za njega vrijede ograničenja koja su propisana za njegov izbor u taj organ. Uz to se statutom mogu propisati i dodatna svojstva koje osobe moraju ispunjavati da bi bile imenovane izvršnim direktorima.

Također je moguće da sud imenuje izvršne direktore, a u tom dijelu se upućuje na odredbe koje se odnose na imenovanje člana uprave društva s dualistički koncipiranim ustrojem organa (čl. 272.o ZTD).

2.1.2.1.7. Odnos među izvršnim direktorima

Imenuje li upravni odbor više izvršnih direktora, jednog od njih mora imenovati glavnim izvršnim direktorom. Sami izvršni direktori nemaju ovlast između sebe izabrati glavnog. Naziv glavni izvršni direktor koristi se i u drugim pravima.³⁰

UO zastupa društvo prema izvršnim direktorima. U tim prilikama ne može sudjelovati nitko od izvršnih direktora ako su članovi tog odbora.

Položaj glavnog izvršnog direktora odgovarao bi najviše položaju predsjednika uprave dualistički ustrojenog dioničkog društva. Naime, vođenje poslova društva traži da među izvršnim direktorima postoji koordinacija, a to ova funkcija omogućuje. Kad ne bi bilo tako, poslovi bi se vodili stihijski, a to olakšava i komunikaciju između upravnog odbora i izvršnih direktora, jer to čini jedan od njih, prosljeđujući informacije od upravnog odbora ostalim izvršnim direktorima i obrnuto. Dakle, glavni izvršni direktor brine se o usklađenom djelovanju svih izvršnih direktora.

Prema odredbi čl. 272.I st. 2. ZTD izvršni direktori su, ima li ih više, ovlaštene voditi poslove društva samo zajedno. No, statutom ili poslovníkom o radu izvršnih direktora koji donese upravni odbor može se odrediti i drugačiji način vođenja poslova. No, način vođenja poslova ne mogu drugačije urediti sami izvršni direktori. Odnos između izvršnih direktora društvo može samo urediti statutom u mjeri u kojoj to nije učinjeno u ZTD-u, koji upućuje na odgovarajuću primjenu svojih odredaba o upravi dualistički koncipiranog dioničkog društva. Osim statutom, odnos je moguće urediti i poslovníkom, koji donosi upravni odbor. Ovo je i logično, jer su izvršni direktori dužni postupati po uputama upravnog odbora, pa taj organ može i propisati kakav je odnos između više izvršnih direktora.³¹

Izvršni direktori mogu, ako statutom ta ovlast nije stavljena u nadležnost upravnog odbora ili to upravni odbor ne učini, sami donijeti poslovník o svom radu, no ne mogu odrediti da će poslove voditi drukčije, a ne samo zajedno.

2.1.2.1.8. Ovlasti izvršnih direktora i njihov odnos s društvom

Dok u dualistički ustrojenom dioničkom društvu uprava vodi sve poslove društva, u monistički ustrojenom društvu upravni odbor vodi društvo, dok izvršni direktori operativno vode poslove društva, pa u tom dijelu njihove ovlasti odgovaraju onima članova uprave u dualističkom dioničkom društvu. Dakle, ono što ne ulazi u ovlasti upravnog odbora su ovlasti izvršnih direktora. Upravni odbor ne može ovlasti strateškog vođenja društva prenijeti izvršnim direktorima, osobama zaduženim za operativu u društvu, ali može od njih tražiti da provode ono što se u njemu odluči. To podrazumijeva da su izvršni direktori ovlaštene voditi poslove

³⁰ Tako je u engleskoj i američkoj praksi uvriježen naziv Chairman and Chief Executive Officer – CEO, u francuskoj je to President-Directeur General – PDG.

³¹ Moguće je tako da upravni odbor ovlasti glavnog izvršnog direktora da daje obvezne upute ili naloge za postupanje ostalim izvršnim direktorima, da odredi područja djelovanja pojedinih izvršnih direktora, dade glavnom izvršnom direktoru pravo zahtijevati od drugih izvršnih direktora da od njega zatraže prethodnu suglasnost za poduzimanje neke radnje, pri čemu to ne isključuje pravo upravnog odbora da to i sam zatraži sa svoje strane itd.

društva u onoj mjeri i onako kako to odredi upravni odbor. Upravni odbor to čini s jednom ili više odluka kojima propisuje što je svaki od izvršnih direktora ovlašten raditi i kako mora postupiti (*chart of authorities*) ili poduzimanjem radnji koje izvršni direktori moraju poštovati i prema njima postupati.

Izvršni direktori dužni su postupati po obveznim uputama upravnog odbora, koje mogu biti pismene ili usmene. Upravni organ vodi društvo i u tome donosi odluke, no to ne može činiti sam, nego se da bi tu zadaću realizirao, mora koristiti drugima u društvu, a to su upravo izvršni direktori. Izvršni direktori moraju organizirati takvu strukturu osoba zaposlenih u društvu koja to može učiniti i za to odgovaraju upravnom odboru. Upravni odbor odlučuje koliko će izvršni direktori imati samostalnosti u odlučivanju i poduzimanju mjera prema ostalim zaposlenima u društvu i osobama kojima se ono koristi, a da nisu u radnom odnosu u društvu.

U dualistički ustrojenom dioničkom društvu članovi uprave vode poslove društva samostalno i na vlastitu odgovornost, a njihova je samostalnost zagarantirana time što ih nadzorni odbor može opozvati ako za to postoji važan razlog, o čemu u krajnjoj instanci odlučuje sud, jer članovi uprave uživaju pravo na sudsku zaštitu. U monistički ustrojenom dioničkom društvu upravni odbor može u svako doba opozvati imenovanje svakog izvršnog direktora bez da postoji važan razlog, čime je isključena samostalnost izvršnih direktora prema upravnom odboru. Međutim, statutom je moguće to pravo upravnog odbora ograničiti i propisati da je za opoziv imenovanja izvršnih direktora potreban važan razlog, a takvo rješenje rezultira samostalnijim položajem izvršnih direktora, koji nalikuje onom članova uprave u društvima s dualističkim ustrojem organa. To znači da izvršni direktori ne moraju uvijek bespogovorno slijediti upute upravnog odbora, budući da više ne prijete sankcija opoziva imenovanja protiv koje nema sudske zaštite, pa izvršni direktori mogu sami prosuditi hoće li po uputama postupati. Jasno, takva prosudba mora biti utemeljena na tome hoće li to biti korisno za društvo, odnosno bi li postupanje po uputi bilo korisno ili štetno za društvo. Tu vrijedi pravilo da izvršni direktor ne postupi protivno obvezi da vodi poslove s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika ako pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva. Pritom treba imati na umu da su svi u društvu dužni djelovati u interesu društva, pa tako i upravni odbor. Dakle, opoziv imenovanja izvršnog direktora zbog važnog razloga, odnosno jer nije postupio po uputi upravnog odbora, otvara mogućnost ocjene je li postupanje izvršnog direktora nepoštovanjem upute ili odluke upravnog odbora doista to bilo, odnosno je li uputa ili odluka upravnog odbora bila u interesu društva, ili je pak u interesu društva bilo postupanje izvršnog direktora koji je nije poštovao, pri čemu je izvršni direktor upozorio upravni odbor prethodno na štetnost odluke ili upute. To može biti zanimljivo i sa kaznenopravnog stanovišta, jer vezivanje inkriminacije izvršnog direktora samo uz podatak da nije postupio po uputi upravnog odbora ne mora nužno rezultirati osuđujućom presudom, kako to slijedi iz izloženog.

Izvršni direktori dužni su, u slučaju da iz godišnjih ili periodičnih financijskih izvještaja proizlazi da društvo ima gubitak u visini polovine iznosa temeljnog kapitala društva ili ako društvo postane nesposobno za plaćanje ili prezaduženo o tome bez odgađanja izvijestiti predsjednika upravnog odbora, neovisno o svojoj dužnosti da sazovu i glavnu skupštinu društva da je o tomu obavijeste.

Obveza izvršnih direktora da izvješćuju upravni odbor može se detaljnije odrediti u pogledu sadržaja i rokova u statutu, poslovniku o radu izvršnih direktora ili odlukom upravnog odbora. Ako nije ništa drugo navedeno ta dužnost izvršnih direktora identična je onoj članova uprave prema nadzornom odboru u dualistički ustrojenim društvima. Uz to moraju upravnom odboru pripremati godišnje izvješće o stanju društva i konsolidirano godišnje izvješće.

Na izvršne direktore odnose se i pravila ZTD-a za članove uprave dualistički koncipiranog dioničkog društva u pogledu odnosa članova uprave i društva, načela za primanja članova uprave, zabrane konkurencije i davanja kredita.

2.1.2.1.9. Dužna pozornost i odgovornost izvršnih direktora

ZTD upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova uprave, odgovornosti za štetu u slučaju iskorištavanja utjecaja u društvu i o postavljanju zahtjeva za naknadu štete prema članovima uprave.

Ipak, postoje određene okolnosti koje su specifične.

Kao prvo, uloga izvršnih direktora je dvojaka, pa tako i njihova odgovornost. Izvršni direktor može biti i član upravnog odbora, pa tada za ono što radi u tom odboru odgovara po pravilima o odgovornosti člana upravnog odbora, a podatak da je i izvršni direktor može utjecati na ocjenu pozornosti koju mora pokazati u radu u upravnom odboru. Za posao koji takva osoba obavlja kao izvršni direktor odgovara društvu za štetu po pravilima za odgovornost člana uprave, a bitno je i je li postupao prema uputama upravnog odbora. Nije li bilo nikakve upute u tom pravcu, nema razlike u primjeni odredaba o odgovornosti izvršnih direktora u odnosu na članove uprave. No, ako je postupao po dobivenoj uputi, to načelno isključuje odgovornost izvršnog direktora, ali može zasnovati odgovornost upravnog odbora, ako je time društvu nanesena šteta. Ukoliko je u opisanoj situaciji izvršni direktor i član upravnog odbora odgovarao bi kao član tog odbora, osim ako je glasovao protiv usvajanja odluke čije je provođenje društvu nanijelo štetu. Dakako, uputu je morao dati upravni odbor, a ne neki njegov član jer je jedino u tom slučaju obvezujuća za izvršnog direktora.

Međutim, ako je uputa bila protupravna, odnosno ako je bila štetna za društvo (po ocjeni izvršnog direktora, što je utvrdio primjenom pozornosti koja se zahtijeva u struci od osobe koja obavlja takav posao, uključujući primjenu pravila o poslovnoj prosudbi), postupanje po uputi ne isključuje odgovornost izvršnog direktora za štetu pricinjenu društvu. Dakle, ako pod tim pretpostavkama na temelju primjerenih informacija i postupajući u dobroj vjeri izvršni direktor odbije postupiti po uputi vjerujući da djeluje za dobrobit društva, samo činjenica što je odbio postupiti po uputi ne bi povlačila njegovu odgovornost za štetu, a još manje za kazneno djelo. U parnici je teret dokaza na izvršnom direktoru, što će se u određenoj mjeri zasigurno reflektirati i na eventualne kaznene postupke budu li pokretani u vezi s takvim djelovanjem izvršnog direktora. Naime, pretrpi li društvo u slučaju nepostupanja po uputi upravnog odbora štetu, izvršni direktor bi, kao i u parnici, morao dokazati da zbog nepostojanja adekvatne uzročnosti štetu nije izazvalo njegovo odbijanje da postupi po dobivenoj uputi, nego je do nje došlo iz drugih razloga, a da su razlozi kojima se on rukovodio po pravilima struke nalagali da ne postupi po dobivenoj uputi, pa je tek kasniji tada još nepredvidivi razvoj stvari pokazao drugačije.

Izvršni direktor mora članovima upravnog odbora dati dovoljno pravih obavijesti da oni mogu donijeti ispravnu odluku i u skladu s time adekvatnu uputu za njezino provođenje, on mora upozoriti na moguće rizike i opasnosti koje prijete društvu usvajanjem i provođenjem predložene odluke. To je logično, jer izvršni direktor bolje poznaje stanje stvari, poslovne prilike društva i vodi poslove, pa je važno ocijeniti je li izvršni direktor dao potpune i adekvatne obavijesti upravnom odboru. Naime, odnos između izvršnog direktora i upravnog odbora je odnos između profesionalca i osoba koje u pravilu slabije poznaju stanje stvari i ne mogu uvijek bez stručne pomoći sagledati pravi učinak uputa. U skladu s tim redovito su izvršni direktori dužni pripremati odluke koje donosi upravni odbor pribavljajući za njih potrebne podloge.

Za odgovornost izvršnog direktora u vladajućem i ovisnom društvu vrijedi sve što je rečeno za članove uprave u dualistički koncipiranom dioničkom društvu.

2.2. DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

ZTD u čl. 385. st. 1. i 2. određuje da je to trgovačko društvo u koje jedna ili više pravnih ili fizičkih osoba unose uloge u dogovoreni temeljni kapital i ne odgovaraju za obveze društva. Obilježja društva s ograničenom odgovornošću i dioničkog društva su u mnogome jednaka.

I u društvu s ograničenom odgovornošću, kao i u dioničkom društvu, ovlasti imaju organi. Prema ZTD-u društvo s ograničenom odgovornošću mora imati organe, i to dva: upravu i skupštinu. Dopušten je i nadzorni odbor, ako se tako odredi aktom o osnivanju, ali nije obavezan osim u zakonom točno propisanim slučajevima.

Veća autonomija u uređenju unutarnjih odnosa u društvu s ograničenom odgovornošću ima niz opravdanja: obično se radi o društvu s manje članova i manjim temeljnim kapitalom, raspolaže se s manjim ukupnim kapitalom, poslovni udjeli se ne mogu iskazati vrijednosnim papirima, pa je i promet tim udjelima manji, što je i rezultat stroge formalnosti koje se moraju ispuniti za taj promet, a čime se omogućuje i znatno veća kontrola raspolaganja udjelima nego što je to dionicama.

U društvu s ograničenom odgovornošću postoji hijerarhijski odnos među organima. U tom tipu društva najvažnija je volja njegovih članova, zbog čega je skupština hijerarhijski najviši organ. To je razvidno i u ovla-

sti skupštine da opoziva imenovanje članova uprave bez postojanja važnog razloga, zbog čega uprava nema ni izbliza onakvu samostalnost kao u dioničkim društvima, te je stavljena u podređeni položaj prema skupštini. Dakle, možemo reći da je skupština najviši organ društva koji može ulaziti u sva pitanja društvenog života i o njima odlučivati praktično s učinkom da vodi društvo. Uprava tada provodi odluke skupštine. Hoće li to doista tako biti u konkretnom društvu ovisit će o okolnostima svakog pojedinog slučaja. Naime, članovi društva mogu odlučiti da im odgovara način kako funkcionira ustroj i podjela nadležnosti u dioničkom društvu, a to je najčešće radi li se o velikim društvima ili onima s većim brojem članova sa značajnijom disperzijom djelatnosti, dok je u manjim društvima s malim brojem članova društva veći utjecaj članova, pa tako i skupštine, na vođenje poslova društva.

Za društva s ograničenom odgovornošću ne postoje kodeksi korporativnog upravljanja. No, ti kodeksi mogu posredno utjecati na djelovanje društva s ograničenom odgovornošću primjerima postupanja koji se nude kao dobra praksa djelovanja organa društva, posebno ako se radi o većem društvu.

2.2.1. UPRAVA

Društvo s ograničenom odgovornošću mora imati upravu bez koje ne može djelovati jer je ona organ koji izražava volju društva prema trećima i putem nje se izražava poslovna sposobnost društva. Uprava se imenuje još u fazi preddruštva, tada sa zadaćom da primi temeljne uloge članova, brine o onome što je uloženo i vodi poslove preddruštva u ime pravne osobe koja će tek nastati i da podnese prijavu za upis društva u sudski registar.

2.2.1.1. SASTAV UPRAVE

Čl. 422. st. 1. ZTD određuje da se uprava d.o.o.-a sastoji od jednog ili više direktora. ZTD ne određuje broj direktora, a to ne mora sadržavati ni društveni ugovor, pa skupština u kojoj djeluju članovi društva može slobodno odlučiti hoće li uprava imati jednog ili više članova. Određuje li društveni ugovor da uprava ima određeni veći broj članova ili njihov najveći broj, a od toga se želi odstupiti, treba prvo izmijeniti društveni ugovor. Društvenim ugovorom se mogu i imenovati članovi uprave, ali to ne podrazumijeva da uprava kasnije mora imati baš taj broj članova koliko ih je ugovorom imenovano.

Imenuje li se više članova uprave od broja koji je određen u društvenom ugovoru, odnosno više od najvišeg broja predviđenog tim ugovorom, to ne utječe na valjanost radnji koje takva uprava poduzima.

Skupština je ovlaštena imenovati upravu, ako se to društvenim ugovorom ne da nekom drugom. Društvenim ugovorom se pravo imenovanja uprave može dati i npr. nadzornom odboru, nekom tijelu u društvu, nekom članu društva ili čak javnopravnom tijelu.

2.2.1.2. UVJETI ZA IMENOVANJE

ZTD za člana uprave d.o.o.-a propisuje iste uvjete kao za člana uprave d.d.-a, a iste zabrane vrijede i za člana uprave d.o.o.-a. Imenuje li se osoba koja ne ispunjava uvjete propisane zakonom, to je imenovanje ništavno. Ako se toj osobi usprkos tome povjeri da djeluje kao faktični član uprave, to je osnova za odgovornost za štetu počinjenu društvu u slučaju da takva osoba prema njemu povrijedi svoje obveze. Član uprave ne može istodobno biti član nadzornog odbora ako ga društvo ima. No, ima li društvo nadzorni odbor, tada se, ako se ispune zakonom propisani uvjeti, u upravu može privremeno imenovati nekog člana nadzornog odbora, jednako kao i u d.d.-u. Imenuje li se u upravu osoba koja ne ispunjava uvjete iz društvenog ugovora, to je imenovanje pobojno, pa će biti valjano tako dugo dok odluku o imenovanju netko s uspjehom ne pobije.

ZTD ne zahtijeva da višečlana uprava ima predsjednika, no to je korisno. ZTD daje supsidijarno rješenje za rad višečlane uprave, odnosno skupno zastupanje.

ZTD ne propisuje ni trajanje mandata člana uprave, pa ona djeluje na neodređeno vrijeme ako se društvenim ugovorom ne odredi drugačije. Članovi uprave moraju biti upisani u sudski registar, a upis ima deklaratoran značaj.

Za zamjenike članova uprave d.o.o.-a vrijedi sve što i za zamjenike članova uprave d.d.-a. Oni su zapravo pravi članovi uprave s punim pravima i obvezama kao i ostali članovi, samo im je u unutarnjoj hijerarhiji u skladu s poslovnikom o radu uprave položaj iza ostalih članova, te su upisani u sudski registar kao uprava. Prema van je položaj svih članova uprave izjednačen. Dakle, razlika ne može biti u ovlastima zastupanja, nego samo u internim odnosima u društvu.

2.2.1.3. ODNOS DRUŠTVA I ČLANOVA UPRAVE

Dvije su razine odnosa između članova uprave i društva: jedna je statusnopravna, a druga ugovorna. Statusnopravna ima osnovu u imenovanju članova uprave, a druga se temelji na ugovoru koji svaki član uprave sklapa s društvom o obavljanju poslova u upravi, a društvo kao stranku tog ugovora zastupa nadzorni odbor ili organ ovlašten imenovati upravu, tj. skupština.

Član uprave mora aktivno djelovati u interesu društva i prema njemu lojalno postupati, a to obuhvaća i lojalno postupanje prema drugim organima društva. Dakle, članovi uprave ne smiju iskorištavati položaj u društvu u vlastitom interesu i za osobno bogaćenje, a tome služe i odredbe ZTD-a o potrebi posebnog odobrenja za davanje kredita članovima uprave, zabrane konkurencije društvu itd. Radi se o identičnim odredbama koje se odnose na članove uprave dioničkog društva. No, ne postoji zabrana konkurencije društvu od strane člana uprave koji je ujedno i jedini član društva, jer tada nema sukoba interesa između tog člana i društva. Dopušteno je društvenim ugovorom isključiti zabranu konkurencije.

2.2.1.4. OVLAŠTI UPRAVE

Vođenje poslova se kao pojam može odrediti u širem i užem smislu.

U širem smislu u to ulazi: a) postavljanje načela poslovne politike poduzeća koje društvo vodi; b) vođenje tog poduzeća neovisno o tome je li riječ o tekućim poslovima ili o poduzimanju neuobičajenih mjera i c) opće upravljanje društvom.

U užem smislu obuhvaća samo tekuće vođenje poslova, dakle brigu o ispravnom postupanju poduzeća u odnosu s trećima, postavljanje ustroja poduzeća, provođenje kratkoročnih planova i taktike djelovanja, vođenje cijelog poduzetništva društva i nadzor nad njime u što ulazi obavljanje svakodnevnih poslova, ali ne i odlučivanje o načelima poduzetničke politike i o neuobičajenim mjerama.

Položaj i ovlasti uprave društva s ograničenom odgovornošću bit će definirani prvenstveno društvenim ugovorom, jer ZTD ostavlja veliku autonomiju uređenju tog tipa društva.

Uprava je ovlaštena i mora poduzimati sve mjere potrebne da se ostvari cilj društva i da bi se unaprijedilo poslovanje društva s osobljem i financijskim sredstvima kojima ono raspolaže, pri čemu postupa po pravilima urednog vođenja poslova. Uprava djeluje u okviru predmeta poslovanja društva, s tim da treba imati na umu i iznimke, pa tako prihvatiti da je uprava ovlaštena iskoristiti priliku za poduzimanje korisnih poslova za društvo i izvan predmeta poslovanja kada nedostaju sredstva da bi se nešto ostvarilo u okviru predmeta poslovanja ili djelovanjem u tom okviru nije moguće ostvariti dobit. U tu svrhu npr. može uprava iznajmiti ili dati u zakup nekorištena sredstva ili ulagati sredstva rezervi društva da se dobiju kamate. Isto tako može sklopiti poslove na rubnom području ili vezano uz predmet poslovanja radi boljeg korištenja uređajima i opremom (kao financijska ulaganja u stjecanje udjela u drugim društvima). Takvi poslovi bit će češći kod velikih i jakih društava. Upravi ZTD u čl. 406. st. 1., čl. 418. st. 1., 2. i 4. izrijekom zabranjuje poduzimanje određenih radnji³².

Vođenje poslova društva u širem smislu u nekim pitanjima ZTD dijeli između uprave i članova društva (skupštine), tako u čl. 441. propisujući nadležnosti skupštine. Npr. izrijekom se navodi da je skupština ta koja odlučuje o financijskim izvješćima društva, izvješću uprave o stanju društva ako ga je društvo dužno izraditi, uporabi ostvarene dobiti i pokrivanju gubitka itd. ZTD u čl. 428. izrijekom navodi da je uprava odgovorna za uredno vođenje poslovnih knjiga i izradu financijskih izvješća, koja mora zajedno s izvješćem o stanju društva

³² Prema tim odredbama o upotrebi dobiti odlučuju članovi društva, te o stjecanju i uzimanju u zalag vlastitih poslovnih udjela.

bez odgađanja dostaviti nadzornom odboru (ako u društvu postoji), i skupštini društva. Dakle, uloga uprave je da izradi financijska izvješća i da ih predoči skupštini. S tim u vezi je uprava po izradi tih financijskih izvješća, godišnjih financijskih izvješća i izvješća o stanju društva ta izvješća dostaviti bez odgađanja svakom članu društva.

Osim navedenog, skupština je ovlaštena odlučivati o još nekim bitnim poslovima, pa ovdje treba spomenuti odluku o sklapanju poduzetničkog ugovora, statusne promjene društva (pripajanje spajanje, prestanku priključenja glavnom društvu itd.). Skupština također postavlja načela poslovne politike, a na to može utjecati i davanjem uputa upravi. Uprava pak priprema planove za rad poduzeća i podnosi ih skupštini koja mora o tome odlučiti.

Uprava je nadležna za tekuće vođenje poslova, a to podrazumijeva sklapanje pravnih poslova, poduzimanje drugih radnji koje sa sobom nosi poslovanje i poduzimanje takvih ustrojbenih mjera koje potpadaju pod uobičajeno upravljanje društvom. Skupština pak odlučuje o poduzimanju neuobičajenih mjera i onih koje nisu pokrivene obavljanjem predmeta poslovanja. Štoviše, uprava mora sazvati skupštinu da odluči o poduzimanju mjera koje ne potpadaju pod predmet poslovanja utvrđen društvenim ugovorom, mjera koje proturječe načelima poslovne politike utvrđenim na skupštini³³, mjera iznimnih zbog svog značenja ili rizika koji nose³⁴, mjera pri poduzimanju kojih bi trebalo računati s protivljenjem članova društva kad bi oni znali da se poduzimaju.

Uprava mora stalno izvještavati nadzorni odbor, ako ovaj postoji u društvu, odnosno skupštinu društva o onome i na način na koji je to dužna činiti i uprava d.d.-a.

Uprava zastupa društvo, na što je ovlašćuje ZTD. Dužnost uprave je da tako organizira poslovanje da uvijek postoji netko tko može zastupati društvo u slučaju spriječenosti članova uprave.

ZTD posebno uređuje situaciju kada jedini član društva djeluje u zastupanju društva sklapajući poslove između sebe i društva ili između društva i trećih osoba. Sklapa li jedini član društva poslove između sebe i društva, mora imati za to posebnu ovlast društva. U ovlasti mora biti jasno navedeno da je da je riječ o sklapanju poslova u kojem je član uprave druga ugovorna strana. Ovlast može biti dana i naknadno, ali ako ne bude dana, posao je bez učinka. Ako jedini član društva koji je ujedno i član uprave sklapa posao s trećima nije mu potrebna takva posebna ovlast. No, posao u oba slučaja mora biti sklopljen u pisanom obliku, odnosno o usmeno sklopljenom ugovoru mora se sastaviti isprava koja sadržava sve što je dogovoreno, iako valja primijetiti da pisani oblik nije uvjet valjanosti ugovora, nego izostanak pisane isprave povlači za sobom odgovornost za eventualno počinjenu štetu. Međutim, pisane isprave nisu potrebne radi li se o poslovima u okviru uobičajenog poslovanja društva sklopljenim pod uobičajenim uvjetima.

2.2.1.5. NAČIN RADA UPRAVE

ZTD propisuje supsidijarno rješenje za način rada uprave koja se sastoji od više članova, koje će se primijeniti ako društvenim ugovorom ne bude nešto drugo propisano. ZTD predviđa da članovi uprave zajedno poduzimaju radnje potrebne za vođenje poslova društva, osim onih za koje postoji opasnost da se pravodobno ne poduzmu. Međutim, bez obzira na to što se društvenim ugovorom može odrediti da svaki član uprave ima ovlast pojedinačno poduzeti radnju vođenja poslova, ne smije je poduzeti ako se nakanjenoj radnji usprotivi neki član uprave, osim ako drugačije rješenje i u tom pitanju predviđa društveni ugovor.

Ne bude li o načinu rada uprave išta rečeno u društvenom ugovoru, uprava može sama donijeti poseban akt o tome, ali samo o onome što nije uređeno zakonom.

Pri donošenju odluke se s takvom odlukom moraju suglasiti svi članovi uprave, što proizlazi iz zakonske odredbe da uprava djeluje zajednički. Nije potrebno da to bude u pisanom obliku, pa su valjani zaključci usvojeni na sjednicama na kojima nije pisan zapisnik, a odluke se mogu donositi i izvan sjednice. No, dopuštena su i elastičnija rješenja, pa se može predvidjeti zajedničko vođenje poslova a da se ono izražava voljom većine, pojedinačno vođenje poslova bez ograničenja ovlasti, pojedinačno vođenje poslova po pojedinim

³³ Npr. odluka o proizvodnji novih proizvoda, prenošenju proizvodnje u inozemstvo, promjeni načina prodaji i sl.

³⁴ Npr. prodaji pogona ili njegovog značajnog dijela, davanju velikog kredita, poslovima s pojedinom članom društva ili članom uprave ako su značajnog opsega odnosno neuobičajenog sadržaja ili nose veliki rizik, sudjelovanju u tajnom društvu prijenosu udjela važnih društava kćeri itd.

područjima itd. Međutim, podjela poslova ima samo interno značenje, ne oslobađa članove uprave dužnosti nadziranja svega što se radi i u onim područjima koja su podjelom stavljena u djelokrug nekog drugog člana. Kaznenopravno to ima za posljedicu da će neko postupanje biti kvalificirano kao činjenje člana uprave protivno pravilima (ako je taj posao stavljen u njegovu nadležnost), odnosno neizvršavanje dužnosti nadzora (ukoliko taj posao podjelom nije potpadao u njegov „resor“). Članovi su se dužni međusobno obavještavati, što znači i da svatko smije sve znati, što stvara obvezu davanja obavijesti, ali i traženja obavijesti, jer svaki se član uprave može usprotiviti onome što poduzima drugi član.

Ovdje ne treba zaboraviti da se određeni poslovi ne mogu staviti u nadležnost samo nekim članovima uprave, što znači da takve poslove mogu i moraju vršiti i obavljati svi članovi uprave. Radi se o poslovima koje uprava obavlja temeljem zakona, pa predstavljaju njezine zakonske dužnosti, npr. podnošenje prijave za upis u sudski registar, stavljanje prijedloga za otvaranje stečaja, ali i odredba u društvenom ugovoru kojom je podjela isključena ili isključena u pogledu odlučivanja o određenim pitanjima (npr. o uzimanju ili davanju većeg kredita, otuđenju nekretnina itd.). Dakle, možemo zaključiti da cijela uprava odlučuje o pitanjima osnovne važnosti za društvo, kao što su priprema planova za vođenje poduzetničke politike, postavljanje unutrašnjeg ustroja, podjela poslova u upravi, odluke o egzistencijalnim pitanjima (promjena proizvodnog programa, promjena poslovne banke itd.).

Društveni ugovor može propisati da se odluke uprave donose većinom (općenito ili samo u pogledu pojedinih predmeta odlučivanja), i to običnom ili kvalificiranom, odnosno da je presudan glas određenog člana uprave. Također se može odrediti i da je za neke odluke potrebna suglasnost nadzornog odbora, skupštine ili nekog člana društva, pa i osoba izvan društva. I pravo veta određenog člana uprave na odluku većine može biti propisano društvenim ugovorom, a to pravo veta može se dati i nekom drugom organu društva, nekom članu društva, pa i osobi izvan društva. Neovisno o tome jesu li preglasani, članovi uprave su obvezni provoditi donesenu odluku. Međutim, ako je odluka protivna propisima ili bi bila štetna za društvo, odgovornost članova uprave nije isključena samo zato što su protiv te odluke glasovali, jer oni i nakon donošenja takve odluke moraju poduzeti sve što je u njihovoj moći da spriječe njezino provođenje, što uključuje njihovo obraćanje nadzornom odboru, odnosno skupštini društva, pa te odredbe imaju i kaznenopravni značaj. Dužnost preglasanih članova uprave da se obrate vlastima i javnosti, odnosno nekom trećem postoji tek ako je očito da se radi o kašnjenjima ili o odgovornosti za vlastito ponašanje prema onome što zahtijevaju propisi.

Poslovnikom o radu uprave mogu se urediti pitanja podjele poslova, načina izvješćivanja skupštine i nadzornog odbora, odlučivanja, načina zajedničkog rada članova, osnivanja povjerenstava i drugih tijela itd. Poslovnik je ovlaštena donijeti skupština društva ili za to ovlastiti nadzorni odbor, a ako to nije učinjeno, može ga donijeti uprava. Poslovnik bi trebao biti u pisanom obliku.

2.2.1.6. ODNOS UPRAVE I DRUGIH ORGANA DRUŠTVA

Uprava društva s ograničenom odgovornošću nema samostalan položaj, ograničena je hijerarhijskim položajem organa u društvu. Ima li društvo nadzorni odbor, može se u društvenom ugovoru predvidjeti, ili pak odlučiti u skupštini ili u nadzornom odboru, da je za pojedine radnje uprave potrebno tražiti suglasnost nadzornog odbora, pa taj organ onda ima isti položaj kao i u d.d.-u. Isto pravo, odnosno davanja suglasnosti za radnje uprave može se dati i skupštini.

Uprava mora postupati po uputama skupštine i nadzornog odbora i poštovati ograničenja postavljena društvenim ugovorom. Upute mogu biti općenite ali i konkretne. Pojedini član ne može davati upute osim ako na to posebno nije ovlašten u društvenom ugovoru. Skupština prije davanja uputa o tome mora donijeti odluku za koju je dovoljna većina glasova. Skupština može ovlastiti i neko drugo tijelo na davanje uputa.

Uprava nije dužna postupiti po protuzakornim uputama, jer su one ništetne. No, mora postupiti po odlukama skupštine koje su pobojne, ali još nisu pobijane. Uprava mora postupiti po odlukama skupštine dok one postoje. Stavi li se na znanje da će se odluka pobijati, uprava mora prema okolnostima procijeniti je li u interesu društva da postupi po uputama ili da ih ne slijedi. Smatra li uprava upute nesvrhovitima mora izvjestiti skupštinu, iznijeti sumnje i tražiti daljnje upute.

Uprava nije dužna postupiti po uputama koje su u suprotnosti s javnopravnim obvezama članova uprave (npr. ako se njima povređuju propisi o zaštiti okoliša, antikartelni propisi, porezne obveze i sl.). Isto vrijedi i ako bi se postupanjem po uputama povrijedili prisilnopravni propisi građanskog prava, prisilnopravni propisi prava društava i sl.

2.2.1.7. PRESTANAK ČLANSTVA U UPRAVI DRUŠTVA

Razlika u pogledu načina prestanka članstva u upravi d.o.o.-a i d.d.-a je u pogledu pretpostavki koje se moraju ispuniti za neke načine prestanka članstva kako bi se prestanak ostvario.

Ovdje ćemo spomenuti samo neke posebnosti u odnosu na dva načina: opoziv imenovanja člana uprave i ostavku člana uprave.

a) Opoziv imenovanja člana uprave

Za opoziv imenovanja člana uprave nije potrebno postojanje važnog razloga, kao što je to u dioničkom društvu. U društvu s ograničenom odgovornošću odluka o opozivu člana uprave može biti donesena u svako doba, bez navođenja ikakvog razloga, a što je najčešća sankcija za nepostupanje po dobivenim uputama.

Opozvani član uprave može tražiti zaštitu pred sudom samo iz formalnih razloga – jer ga nije opozvao nadležni organ, jer ta odluka nije donesena većinom glasova itd., ali ne može pobijati meritum, odnosno tražiti da sud preispita osnovanost opoziva imenovanja.

Za opoziv odluke o imenovanju člana uprave je nadležna skupština društva, ali se društvenim ugovorom to pravo može dati i nekom drugom, npr. nekom članu društva, pa i isključivo nekom članu društva (u kojem slučaju, međutim, bi i skupština mogla opozvati člana uprave ako za to postoji važan razlog), nekom drugom organu, kolegiju, povjerenstvu. Dakako jedini osnivač društva ovlašten je na to. No, nije dopušteno dati tu ovlast nekom izvan društva. No, moguće je da društvo sklopi s nekim trećim koji nije član društva ugovor kojim se obvezuje da će opozvati imenovanje člana uprave ako taj treći to zatraži, što nesumnjivo omogućuje takvom trećem da utječe na vođenje poslova društva posrednim putem³⁵.

Ne mora ovlast opoziva imenovanja člana uprave imati isti onaj tko ima ovlast imenovanja člana uprave, iako je najčešće tako.

No, društvenim ugovorom može se odrediti da su za opoziv imenovanja člana uprave potrebni određeni razlozi, kao npr. da se propiše da je potreban važan razlog. Što sve potpada pod važan razlog izloženo je u dijelu koji se odnosi na dionička društva.

b) Ostavka člana uprave

Član uprave uvijek je ovlašten podnijeti ostavku, ne mora za to imati važan razlog. Međutim, to ne znači da član uprave mora istodobno raskinuti ugovor koji je sklopio s društvom. Ostavka bez važnog razloga ima za posljedicu odgovornost člana uprave društvu za štetu zbog povrede ugovora što ga je s njime sklopio za obavljanje poslova člana uprave, a može biti i razlog da društvo raskine ugovor koji član uprave ima s društvom za obavljanje poslova člana uprave u društvu.

Ostavka bez postojanja važnog razloga dopuštena je ako je dana u skladu s raskidnim rokovima predviđenim u ugovoru što ga je član uprave sklopio s društvom o obavljanju poslova člana uprave. No, nije valjana ako se time čini zloraba prava ili ako je dana u nevrijeme.

Svi ostali članovi uprave moraju biti obaviješteni o ostavci, kao i predsjednik nadzornog odbora, ima li ga društvo. Dakako, takvo očitovanje volje mora prispjeti adresatu da bi bilo valjano.

Posljedica davanja ostavke u nevrijeme je odgovornost člana uprave za time počinjenu štetu. O tome bi se radilo kada zbog ostavke člana uprave društvo ne bi moglo poduzimati potrebne pravne radnje zbog kojih ne bi moglo ispuniti neke svoje javnopravne obveze ili kad bi to učinio u vrijeme kada je društvo u krizi i treba ga iz nje izvući.

³⁵ Najčešće je to u velikim financijskim aranžmanima, kada se omogućuje osobi prema kojoj se preuzela velika financijska obveza uzimanjem pozajmice da se na takav način posredno zaštiti, ili u tzv. ugovorima o zajedničkom pothvatu (joint venture).

2.2.1.8. DUŽNA POZORNOST I ODGOVORNOST ČLANOVA UPRAVE

Svrha odredaba o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova uprave je zaštita kapitala društva. ZTD propisuje da članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju društvu za štetu i određuje da moraju naročito nadoknaditi štetu ako su protivno Zakonu i društvenom ugovoru:

- (a) podijelili imovinu društva, tj. članovima društva djelomično ili u cijelosti vratili uplate njihovih temeljnih uloga, isplatili kamate ili dobit,
- (b) za društvo stekli vlastite poslovne udjele, uzeli ih u zalog ili povukli.

Izložena odgovornost presumira građanskopravno postojanje krivnje članova uprave, no iako je kaznenopravni pojam krivnje različit od građanskopravnog, neće biti moguće u cijelosti zaobići navedenu presumpciju krivnje članova uprave u tim slučajevima, što znači da će tako presumirana krivnja u građansko-pravnom smislu nedvojbeno proizvoditi određen utjecaj i na zaključak o krivnji u kaznenom smislu.

ZTD određuje da članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju društvu za štetu onako kao i članovi uprave dioničkog društva. Dakle, odgovarajuće se primjenjuje ono što je rečeno za članove uprave dioničkih društava, pri čemu treba imati na umu razliku koja pri prosudbi o postojanju odgovornosti proizlazi iz toga što su članovi uprave društva s ograničenom odgovornošću dužni postupati po uputama skupštine (članova) društva.

Mjerilo za pozornost koja se traži od članova uprave je način kako bi postupao samostalni voditelj poduzeća koji je svjestan svojih dužnosti, koji ne upravlja poslovanjem svojim sredstvima, već to čini tuđim sredstvima onako kako to čini osoba kojoj je povjerena briga o tuđim imovinskim interesima. Traži se najmanje prosječna mjera ponašanja u struci za takvu osobu određena prema objektivnim mjerilima. Pri tom je značajna i veličina poduzeća kojega je društvo nositelj. Upravi, naravno, valja dopustiti da ulazi i u rizične poslove, jer je to neizbježno u vođenju poduzeća kojeg je društvo nositelj, a imajući u vidu da svaki posao nosi neki rizik. Dakle, važno će biti koliki je taj rizik i kako se on može odraziti na društvo. Ta procjena mora uključivati pozornost koja se zahtijeva u struci. Apsolutno mjerilo za procjenu takvog rizika ne postoji, ali se logički i smisleno nameće da će se pri ocjeni radi li se o razumnom i pozornom postupanju uprave posebno analizirati i ocjenjivati:

- je li uprava pri ulaženju u posao uz prethodno razmotrila moguće rizike,
- je li uzela u obzir kakve bi štete društvo moglo pretrpjeti u slučaju nastupanja rizika i procijenila kako bi se to odrazilo na stanje društva,
- je li primijenila sve mjere opreza kojima bi se razumno neutraliziralo ono što bi moglo proizići iz ostvarenja rizika koji se mogao očekivati gledajući po mjerilima koja nameću pravila struke.

Ako se utvrdi da je pristup poslu bio takav da je nastupjeli rizik bio potpuno iznenađenje, a da na njega nije utjecala viša sila, to znači da članovi uprave nisu pokazali dužnu pozornost koja se zahtijeva u struci. S tog polazišta (tj. imajući u vidu da su članovi uprave stručnjaci i profesionalci) treba procjenjivati vrstu krivnje u kaznenopravnom smislu.

U dužnu pozornost spada i obveza da se drži tajnim sve što član uprave sazna o povjerljivim podacima i tajnama glede djelovanja društva. Nije potrebno da se neka informacija proglasi tajnom, već je odlučan objektivni interes društva ili njegova poduzeća. Ova obveza odnosi se na sve članove uprave, bez obzira na način njihova imenovanja, ali i na njihove zamjenike, te na članove odbora i povjerenstava koje uprava osnuje.

Članovi uprave nisu poduzetnici, ne snose poduzetnički rizik koji proizlazi iz poslovanja poduzeća kojega je društvo nositelj. Dakle, poduzetnički rizik snosi isključivo društvo. Obveza urednog vođenja poslova postoji samo prema društvu, a ne i prema vjerovnicima društva. No, ta obveza nije samo u interesu društva, već služi i zaštiti vjerovnika.

Ako društvu nastane šteta jer su članovi uprave postupili po uputama članova društva koje moraju slijediti, to je osnova za isključenje njihove odgovornosti, a isto vrijedi i ako je radnja uprave odobrena od strane skupštine. No, odgovornost nije isključena ako se radi o protupravnoj uputi, osim ako član uprave nije mogao primjenom pozornosti koja se od njega traži znati da se radi o ništetoj uputi. Kad je riječ o zaštiti vjerovnika, ne bi smjelo biti oslobođenja od odgovornosti ni zbog postupanja po uputama skupštine društva. Također, valja imati na umu da uprava može u određenoj mjeri utjecati na vrstu upute članova društva načinom i vrstom informacija koje članovima pruža. Naime, uprava je obvezna pružiti sve potrebne informacije i upozori-

ti na moguće eventualne štetne posljedice provedbe određenih uputa, sve primjenjujući pažnju koju je dužna pokazati, prije nego što po takvim uputama poslušno postupi.

Dužnosti člana uprave postoje na područjima aktivnog djelovanja usmjerenog na ostvarenje cilja društva koji postave njegovi članovi, suradnje s ostalim organima društva, postupanja u skladu sa zakonom ostavljanim obvezama da se zaštite treći (posebno vjerovnici društva), lojalnosti prema društvu i zaštiti njegovih interesa. Član uprave dužan je aktivno sudjelovati u donošenju odluka uprave, kritički prosuđivati ono o čemu se odlučuje, postupati tako da spriječi pogrešnu ili štetnu odluku ili njezino provođenje, usprotiviti se štetnoj radnji, obaviti potrebne radnje nadzora i sl.

2.2.2. NADZORNI ODBOR

U društvu s ograničenom odgovornošću nadzorni odbor je fakultativni organ. On je obavezan samo u jednom od pet slučajeva propisanih čl. 434. st. 2. ZTD³⁶.

Dakle, osim u spomenutim slučajevima obligatornog nadzornog odbora, o tome hoće li društvo imati nadzorni odbor odlučuju članovi društva društvenim ugovorom.

Ako društvo ima obligatorni nadzorni odbor, od njega se ne može oduzeti nijedna od ovlasti koje taj organ ima po zakonu, no nema zapreke da se obavljanje nekih poslova koji inače spadaju u nadležnost tog organa povjeri i nekim drugim tijelima, no samo tako da se time ne smanjuje nadležnost nadzornog odbora. Također je u slučaju obveznog nadzornog odbora moguće društvenim ugovorom dodati mu neke ovlasti koje ne proizlaze iz zakona. U slučaju da društvo ima fakultativni nadzorni odbor, sloboda uređenja odnosa između takvog nadzornog odbora i drugih tijela u društvu je mnogo veća, što proizlazi iz osnovnog prava skupštine da odluči o tome hoće li uopće imati nadzorni odbor.

Društvo može imati razne savjete, kolegije, odbore i sl., koji mogu biti i u pravilu jesu predviđeni društvenim ugovorom, ali se mogu osnovati i odlukom skupštine i uprave društva. Takvim se tijelima može povjeriti obavljanje savjetodavnih poslova, poslova nadzora, pa čak i poslova kojima zadiru u vođenje društva. Međutim, ukoliko se radi o tijelima koja su osnovana na obveznopravnoj osnovi, ona time ne stječu položaj organa, a nepostupanje po njihovim uputama ili bez njihove suglasnosti ima samo obveznopravne posljedice na pravni posao na osnovi kojeg su osnovana. Stoga nepostupanje po njihovim uputama nema nikakvih posljedica za članove uprave, osim u slučaju ako je uslijed toga nastala šteta, no dokazivanje uzročne veze je vrlo komplicirano.

Granica davanja ovlasti pojedinim organima ili pak navedenim tijelima su prisilni propisi kojima se uređuje nadležnost organa društva. Tako se npr. nadzornom odboru ne može povjeriti da odlučuje o financijskih izvješćima, izboru i opozivu članova nadzornog odbora, ovlast da zastupa društvo (osim u zakonom propisanim slučajevima) i sl.

Nadzorni odbor ovlašten je davati obvezne upute upravi društva, što ga bitno razlikuje od nadzornog odbora dioničkog društva. No, ta ovlast nadzornog odbora ne isključuje ovlast skupštine da daje obvezne upute.

Položaj nadzornog odbora u društvu određen je zakonom i društvenim ugovorom, a posredno može biti i poslovníkom o njegovu radu. ZTD propisuje čl. 439. odgovarajuću primjenu većeg broja odredaba o nadzornom odboru dioničkog društva na nadzorni odbor društva s ograničenom odgovornošću, ali treba imati na umu da se te odredbe primjenjuju u mjeri u kojoj je to moguće po naravi stvari, dakle, imajući u vidu razliku iz-

³⁶ Prema kojem društvo mora imati nadzorni odbor:

^{1.} ako je prosječan broj zaposlenih u godini veći od 200, ili

^{2.} ako je to za društvo koje obavlja određenu djelatnost propisano posebnim zakonom, ili

^{3.} ako je temeljni kapital društva veći od 600.000,00 kuna i ono ima više od 50 članova, ili

^{4.} ako društvo jedinstveno vodi dionička društva ili društva s ograničenom odgovornošću koja moraju imati nadzorni odbor ili s više od 50% sudjeluje u njima s neposrednom udjelom u temeljnom kapitalu a u oba slučaja je broj zaposlenih u nekom od društava ili u svim društvima zajedno u prosjeku veći od 200, ili

^{5.} ako je društvo komplementar u komanditnom društvu, a prosječan broj zaposlenih u društvu i u komanditnom društvu je zajedno veći od 200.

među tih društava i njihovog unutrašnjeg ustroja. Praktički to znači ovlasti za davanje obveznih uputa i na taj način utjecanje nadzornog odbora na vođenje poslova društva u društvima s ograničenom odgovornošću.

Uloga nadzornog odbora prvenstveno je savjetodavna i nadzorna, to je organ koji djeluje unutar društva, a samo u zakonom određenim slučajevima prema trećima (zastupanje društva prema članovima uprave, podnošenje prijave sudu za upis likvidatora društva i si.). Nadzorni odbor u društvu s ograničenom odgovornošću, bez obzira na to je li obligatorni ili fakultativni organ, imenuje i opoziva članove uprave samo ako mu je ta ovlast dana društvenim ugovorom, jer to po zakonu inače čini skupština. Također je ovlašten sazvati skupštinu društva.

U nastavku će biti izložene samo posebnosti nadzornog odbora d.o.o. koje se tiču broja članova tog organa, te izbor i imenovanje članova tog organa, jer se u ostalim odrednicama primjenjuju odredbe koje se odnose na nadzorni odbor u dioničkom društvu.

2.2.2.1. BROJ ČLANOVA NADZORNOG ODBORA

Nadzorni odbor po zakonu ima najmanje tri člana, a njihov broj mora biti neparan. Najveći broj članova nadzornog odbora nije zakonom ograničen.

Broj članova mora biti određen društvenim ugovorom, a ako društveni ugovor o broju članova ne sadrži nikakvu odredbu, uzima se da taj odbor ima tri člana. Moguće je broj članova nadzornog odbora odrediti u prvom društvenom ugovoru pri osnivanju društva, ali i njegovim kasnijim izmjenama. Učini li se to u izmjeni tog ugovora, odredba o broju članova vrijedit će tek nakon upisa izmjene društvenog ugovora u sudski registar.

Društveni ugovor ne mora sadržavati odredbu kojom se određuje točan broj članova nadzornog odbora, pa može odrediti više mogućnosti brojčanog sastava tog organa, a tada skupština određuje koji će to konkretan broj biti od onoga što je određeno ugovorom.

Ako se društvenim ugovorom odredi manje od zakonom određenog najmanjeg broja članova nadzornog odbora (tri), takva odredba bi bila ništava, pa bi valjalo uzeti kao daje nema, u kom slučaju bi se primjenjivao zakon, a nadzorni odbor bi imao tri člana. Jednako je u slučaju da se društvenim ugovorom odredi paran broj članova nadzornog odbora.

Ako u nadzorni odbor bude izabrano više članova od broja određenog društvenim ugovorom, takva je odluka pobojna, no ona dok ne bude pobijena proizvodi pravni učinak. U slučaju daje izabran manji broj članova od onog određenog društvenim ugovorom, izbor je valjan, no hoće li nadzorni odbor moći djelovati, ovisi o tomu je li izabran onaj broj članova koji je potreban da bi taj organ mogao donositi odluke.

2.2.2.2. SVOJSTVA OSOBA KOJE MOGU BITI ČLANOVI NADZORNOG ODBORA

Svaka potpuno poslovno sposobna fizička osoba može biti član nadzornog odbora. Zakon postavlja nekoliko ograničenja u pogledu mogućnosti izbora nekih osoba u nadzorni odbor. To su:

- 1) Član nadzornog odbora ne može biti osoba koja je pravomoćno kažnjena za zakonom propisana kaznena djela ili protiv koje je izrečena sigurnosna mjera zabrane obavljanja zanimanja koje je u potpunosti ili djelomično obuhvaćeno predmetno poslovanje društva dok traje ta zabrana.
- 2) Isključuje se izbor ili imenovanje u nadzorni odbor osobe koja je već član u deset takvih odbora dioničkih društava ili društava s ograničenom odgovornošću. Ako je takva osoba izabrana ili imenovana u više nadzornih odbora, smatra se da je izabrana odnosno imenovana samo u jedan odbor ako to čini kao predstavnik nekog javnopravnog tijela, društva unutar koncerna ili financijske institucije koja s društvom trajnije posluje da bi štitila njihove interese, ali samo onda ako nije član u više od dvadeset nadzornih odbora.
- 3) Član nadzornog odbora ne može istodobno biti član uprave, trajni zamjenik člana uprave, prokurist ni punomoćnik društva.
- 4) Posljednje ograničenje sadržano je u Zakonu o obvezama i pravima državnih dužnosnika, a sve što je navedeno u dijelu o nadzornom odboru dioničkih društava vrijedi i ovdje.

Što se tiče pravne valjanosti radnji poduzetih od strane osoba koje su izabrane suprotno navedenim ograničenjima vrijedi sve rečeno o tome u odjeljku o nadzornom odboru d.d.

Društvenim ugovorom mogu se odrediti svojstva osoba koje mogu biti članovi nadzornog odbora, pa su to onda dodatni uvjeti za izbor.

Neka osoba može biti istodobno član nadzornog odbora i nekog drugog tijela u društvu, kao npr. savjeta, kolegije, komisije i si.

2.2.2.3. IZBOR ODNOSNO IMENOVANJE ČLANOVA NADZORNOG ODBORA

Članovi nadzornog odbora u taj organ mogu biti izabrani ili imenovani, što će ovisiti o sadržaju društvenog ugovora.

O izboru članova nadzornog odbora odlučuje skupština običnom većinom, osim ako u društvenom ugovoru nije naznačena neka druga većina. Društvenim ugovorom, međutim, može se na različite načine urediti izbor članova nadzornog odbora, pa tako odrediti da nekoj određenoj manjini u društvu pripada pravo da bude izabran kandidat onih članova društva koji imaju poslovne udjele što čine takvu manjinu. Pravo izbora se može dati i nekom drugom tijelu u društvu, kao npr. odboru, savjetu itd. Može se odrediti da je izbor konačan tek nakon što ga potvrdi neki član društva ili određeni članovi društva. Također se u društvenom ugovoru može dati pravo članovima nadzornog odbora da obavljaju izbor daljnjih članova tog odbora ako se to pokaže potrebnim.

Dakako, da bi izbor proizveo pravni učinak, potrebno je da izabrani član prihvati članstvo u nadzornom odboru, a on to može učiniti izričitom izjavom volje, ali i konkludentno. Izjava volje mora biti upućena onom organu ili tijelu u društvu koje ga je izabralo ili predsjedniku nadzornog odbora, ako je riječ o izboru osobe koja se bira u nadzorni odbor umjesto osobe kojoj je prestalo članstvo u tom organu. Takva izjava može se dati prije izbora ili nakon njega. Član nadzornog odbora ne sklapa s društvom ugovor o obavljanju poslova u nadzornom odboru, već djeluje na temelju odluke o izboru.

No, društvenim ugovorom može se nekim poimence određenim članovima društva, ili općenito članovima koji imaju određene poslovne udjele dati pravo da imenuju određeni broj članova nadzornog odbora. To pravo moguće je dati samo članovima društva koji mogu raspolagati svojim poslovnim udjelima samo uz suglasnost društva. Broj članova nadzornog odbora koji će to postati imenovanjem ograničen je na najviše jednu trećinu ukupnog broja članova nadzornog odbora.

U nadzorni odbor mogu biti izabrani i tzv. počasni članovi, što treba biti predviđeno u društvenom ugovoru, a ako takve odredbe nema, onda odlukom skupštine. No, počasni članovi nemaju pravo glasa, već mogu sudjelovati u raspravi i steći saznanja koja inače stječu članovi takvog organa.

Zakonom je zabranjen izbor odnosno imenovanje zamjenika članova nadzornog odbora.

Izaberu li se članovi nadzornog odbora suprotno onome što je propisano Zakonom, odluka o tome je ništava, a postupi li se u izboru protivno odredbama društvenog ugovora, odluka je pobojna. Također, ako netko tko nije ovlašten na to društvenim ugovorom imenuje članove u nadzorni odbor, ili tim imenovanjem prekorači svoju ovlast, takvo imenovanje nije valjano, te se smatra da time izabrana osoba nije član nadzornog odbora. No, u pogledu valjanosti pravnih radnji takve osobe vrijedi sve rečeno u odjeljku o nadzornom odboru d.d.-a.

2.3. JEDNOSTAVNO DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Jedine specifičnosti ovog društva odnose se na način osnivanja tog društva³⁷ koji je maksimalno pojednostavljen i na pretpostavke koje ZTD određuje za to da bi takvo društvo moglo biti osnovano³⁸. Naime, traži se da u tvrtki tog društva moraju biti sadržane riječi odnosno oznaka j.d.o.o., da je najmanji iznos temeljnog kapitala 10,00 kn, da su najniži nominalni iznosi poslovnog udjela 1,00 kn, da se uloži za preuzete poslovne

³⁷ Čl. 387. st. 2. ZTD

³⁸ Čl. 390.a ZTD

udjele mogu uplatiti samo u novcu, te odredbe o zakonskim rezervama i njihovoj uporabi. Ako se temeljni kapital poveća na 20.000 kn ili više, na društvo se više ne primjenjuje većina odredaba iz čl. 390.a ZTD, ali mu se dopušta da zadrži naziv odnosno skraćenicu j.d.o.o.

3. OPUNOMOĆENICI

ZTD uređuje tri vrste punomoći:

- prokuru
- trgovačku punomoć i
- punomoć trgovačkom putniku.

K tome, ZOO uređuje:

- opću (generalnu) punomoć i
- posebnu (specijalnu) punomoć.

Punomoći koje uređuje ZTD mogu dati samo trgovci, odnosno trgovačka društva, društvo za uzajamno osiguranje i trgovac pojedinac. ZTD određuje da su punomoć za zastupanje trgovačkog društva ovlaštene dati osobe koje prema Zakonu zastupaju društvo³⁹.

Iako ZTD samo u odnosu na prokuru navodi da se može izdati jedino fizičkoj osobi, jasno je da se i punomoć trgovačkom putniku može izdati samo fizičkoj osobi. Podrazumijeva se samo po sebi da fizička osoba kojoj se punomoć daje mora biti potpuno poslovno sposobna.

Općenito o ovlastima opunomoćenika:

Prema ZOO-u opunomoćenik može poduzimati samo one pravne poslove za čije je poduzimanje ovlašten. Ovlasti pojedinog opunomoćenika, dakle, ovisit će o dva elementa:

- 1) o ovlastima za zastupanje osobe u društvu koja daje punomoć
- 2) o ovlastima koje se daju preko punomoći.

Osobe koje daju punomoć mogu to učiniti samo u okviru svojih ovlasti⁴⁰. Dakako, mjerodavno je stanje ovlasti u trenutku davanja punomoći.

Sadržaj punomoći, pak, mjerodavan je prema trećima za određivanje ovlasti.

Ako u punomoći nema posebnih uputa za opunomoćenika, on mora postupati onako kako mu to nalažu pravila pravnog posla između njega i opunomoćitelja na temelju kojeg je punomoć dana. U nedostatku druge pravne osnove, bit će mjerodavna pravila koja se odnose na ugovor o nalogu. Ako su u punomoći navedene upute, opunomoćenik ih je dužan poštovati, pri čemu postavljene granice u punomoći djeluju i prema trećima. Ako uputa nema, nego punomoć sadrži samo ovlasti, opunomoćenik mora postupati prema interno dobivenim uputama, što redovito nije važno za trećeg⁴¹. U nedostatku ikakvih uputa, opunomoćenik je dužan postupati tako da štiti interese opunomoćitelja i da djeluje kao dobar gospodarstvenik⁴².

Imperativne upute podrazumijevaju da opunomoćenik mora po njima postupati bez odstupanja, iako bi trebalo dopustiti da odstupi i od njih ako je to prijeko potrebno radi zaštite interesa opunomoćitelja. Fakultativne upute znače da opunomoćenik od njih može odstupiti postupajući pri tome prema pravilima struke, tj. pozornošću dobrog gospodarstvenika, što podrazumijeva objektivno mjerilo prosječne pozornosti koje bi pri tome pokazali pripadnici struke. Najmanje su obvezne tzv. indikacijske upute, koje služe samo za orijenta-

³⁹ Takva formulacija znači i da su za društvo ovlaštene dati čpunomoć i osobe koje su ovlaštene zastupati društvo na temelju odluke nadležnog tijela. Naime, i te osobe imaju ovlasti koje su određene Zakonom, samo što su one imenovane na tu dužnost aktom nadležnog tijela. To su imenovani likvidatori, imenovani članovi uprave, privremeni zastupnik itd.

⁴⁰ To je, naravno, temeljno načelo obveznog prava: nemo plus iurist ad alium transferre potest quam ipse habet.

⁴¹ Jedina iznimka je slučaj koluzije, o čemu će još biti riječi, jer može biti kaznenopravno zanimljiv.

⁴² Članak 765. st. 3. ZOO-a: Izvršenje naloga

⁽¹⁾ Nalogoprimac je dužan izvršiti nalog prema primljenim uputama, s pažnjom dobrog gospodarstvenika, odnosno dobrog domaćina, ostajući u njegovim granicama i u svemu skrbiti o interesima nalogodavca i njima se rukovoditi. (2) Kad nalogoprimac smatra da bi izvršenje naloga po dobivenim uputama bilo od štete za nalogodavca, dužan je skrenuti na njegovu pozornost i tražiti nove upute.

⁽³⁾ Ako nalogodavac nije dao određene upute o poslu koji treba obaviti, nalogoprimac je dužan, rukovodeći se interesima nalogodavca, postupiti kao dobar gospodarstvenik, odnosno dobar domaćin, a ako je nalog bez naknade, kako bi u istim okolnostima postupio u vlastitoj stvari.

ciju. Značenje vrsta uputa u odnosu na postupanje opunomoćenika može biti zanimljivo s kaznenopravnog stanovišta. Naime, postupanje suprotno uputama ne utječe na valjanost sklopljenog pravnog posla, osim ako su upute trećem bile poznate ili morale biti poznate tako da prema njemu mogu djelovati kao ovlasti za zastupanje. Kaznenopravno treća osoba, da bi bila počinitelj kaznenog djela, ipak mora djelovati i s ciljem odnosno barem znajući za štetu koju će nekim pravnim poslom nanijeti opunomoćitelju. Dakle, nije dovoljno da ona samo zna, odnosno mora znati da opunomoćenik ne slijedi upute, odnosno da prekoračuje interna ograničenja.

Dakako, postupanje kojim opunomoćitelj prelazi granice ovlasti iz punomoći ne vezuje opunomoćitelja.

Posebno o opunomoćenicima po zaposlenju:

Nije sporno ni u teoriji ni u praksi da ovlast za zastupanje može proizaći iz obavljanja određenih poslova koji su nekome povjereni u društvu pravnoj osobi. Dvojba može nastati oko pitanja je li osoba koja se tako deklarira doista i zaposlena kod zastupanog društva. Ovdje treba dati prednost načelu povjerenja u poslovnom prometu i zaštiti trećih, što znači da zastupana pravna osoba mora znati tko u njegovim poslovnim prostorijama djeluje prema trećima i legitimira se kao zastupnik, te osigurati u vlastitom interesu da to ne čini netko koga zastupani ne želi. Uostalom, može se dogoditi da pravna osoba angažira na tom mjestu i nekoga tko formalno nije njezin zaposlenik, a ako pri tome dođe do propusta, pravna osoba mora snositi posljedice. Razumije se, to ne znači da je dovoljno da netko samo tvrdi da je zastupnik određenog trgovačkog društva, pri čemu ništa osim gole tvrdnje te osobe na to ne upućuje, jer će se u pravilu raditi o prijevernom postupanju takve osobe prema trećem. Međutim, ako je treći zatekao takvu osobu u poslovnim prostorijama određenog trgovačkog društva, ranijih pregovora u kojima je takva osoba sudjelovala i sl., jasno je da je treći u dobroj vjeri.

Općenito govoreći, postavljanjem nekoga da u društvu obavlja određene poslove određuje se koja fizička osoba radi nešto iz čega se po shvaćanju u poslovnom prometu smatra opunomoćenikom po zaposlenju. Stoga je jasno da nije potrebno da društvo takvoj osobi daje posebnu punomoć za zastupanje, jer nju zamjenjuju okolnosti kojima se prema trećima stvara privid da je punomoć dana. Dosljedno tome, vrijedi pravilo prema kojem poslovi koje neka osoba obavlja određuju takvu osobu opunomoćenikom i daju okvir za njezine ovlasti u zastupanju društva. Odlučno je da je u trenutku davanja punomoći izdavatelj punomoći bio ovlašten za zastupanje. Buduća sudbina tako dane punomoći ne ovisi više o osobi koja ju je dala, jer je za svakodoban opoziv ili promjenu punomoći ovlaštena samo osoba koja je Zakonom ovlaštena zastupati društvo u vrijeme kada se takva radnja u pogledu punomoći poduzima. Naravno, time što je punomoć izdana izdavatelj nije izgubio ovlast da i sam zastupa društvo.

Prokura

Za osobu prokurista ZTD propisuje pretpostavke⁴³.

Prokura mora biti upisana u sudski registar, pri čemu će sud provjeriti pri upisu prokure je li ona dana u skladu s onim što je propisano u Zakonu i u općim aktima društva ako reguliraju dodatno tu materiju. Ako je prokura dana više osoba (neovisno o tomu je li to učinjeno u jednoj ili više isprava), a nije izrijekom navedeno kako prokuristi zastupaju društvo, Zakon pretpostavlja da je riječ o pojedinačnom zastupanju.

Prokura se daje na način predviđen izjavom o osnivanju društva, društvenim ugovorom ili statutom. Međutim, to ne znači da se u tim aktima mora urediti način na koji se prokura daje, jer davanje prokure predstavlja segment koji spada u vođenje poslova društva. Dakle, ako ništa nije određeno, prokuru je ovlaštena dati uprava, odnosno izvršni direktori.

Prokura je najšira trgovačka punomoć, čije su ovlasti određene ZTD-om. Prokurist može sklapati sve ugovore i poduzimati sve radnje u ime i za račun vlastodavca i zastupati ga u postupcima pred upravnim i drugim državnim tijelima, ustanovama s javnopravnim ovlastima i državnim i izbranim sudovima. To su, dakle, svi poslovi koji se javljanju u poslovanju poduzeća koje vodi društvo, osim onih koji su Zakonom izuzeti iz te ovlasti. Prema trećima prokurist se iskazuje izvodom iz sudskog registra.

⁴³ I to da mora biti: a) punoljetna osoba, b) potpuno poslovno sposobna osoba, c) bez obzira na dužnost koju obnaša i poslova koje obavlja, d) osim ako što drugo nije predviđeno izjavom o osnivanju društva, društvenim ugovorom ili statutom društva.

Moguće je interno prokuristu dati ograničenja kojih se on mora pridržavati, ali ta ograničenja, osim iznimno, ne djeluju prema trećem. U odnosu prema trećima djeluju ograničenja propisana ZTD-om. Ta ograničenja su:

1. Prokurist ne može bez posebne ovlasti sklapati poslove kojima se opterećuju ili otuđuju nekretnine društva. Za sklapanje tih poslova prokurist mora imati posebnu ovlast, koju opunomoćitelj može dati općom klauzulom ili za svaki pojedini slučaj. Ako je riječ o općoj klauzuli, to je stvarno proširenje ovlasti prokurista koje mora biti upisano u trgovački registar.
2. Prokurist ne može davati izjave i poduzimati pravne radnje kojima se započinje stečajni postupak ili drugi postupak koji dovodi do prestanka društva.
3. Prokurist ne može davati punomoći za sklapanje poslova drugim osobama. To se ne odnosi na punomoći za poduzimanje pravnih radnji kojima se ne sklapaju poslovi, npr. punomoći za zastupanje u sudskim, upravnim i dr. postupcima.
4. Prokurist nema ovlast za podnošenje prijave za upis u sudski registar.
5. Ako je prokura dana za zastupanje jedne ili više podružnica društva, prokurist nije ovlašten za društvo poduzimati pravne radnje koje se ne odnose na tu podružnicu.
6. Prokurist ne može bez posebne ovlasti društva nastupati kao druga ugovorna strana i s društvom sklapati ugovore u svoje ime i za svoj račun, u svoje ime i za račun drugih osoba i u ime i za račun drugih osoba. Naravno, takva ovlast može se dati na bilo koji način na koji se drugom može dati ovlast za zastupanje, pa tada prokurist djeluje na temelju takve ovlasti.
7. Skupna prokura također predstavlja svojevrsno ograničenje.

Potrebno je naglasiti da načelno zastupani mora snositi rizik zlouporabe ovlasti za zastupanje koju je dao, no, kada se za to ispune potrebne pretpostavke, snošenje tog rizika otpada i zastupani nije vezan sklopljenim poslom. Naime, ako su i prokurist i treća osoba zlouporabom prava postupili na štetu zastupanog kako bi sklopili posao koji je suprotan unutaršnjem ograničenju koje je zastupani postavio prokuristu, radi se o koliziji, kada se probija načelo prema kojem zakonsko određenje ovlasti za zastupanje služi sigurnosti u pravnom prometu. Dakle, trebaju se ispuniti subjektivne pretpostavke na strani prokurista i treće osobe. Dok je za prokurista u suštini dovoljno da je posao objektivno sklopljen suprotno obvezama koje ima iz svog odnosa s opunomoćiteljem, jer je on svjestan ograničenja i zna za njih, za treću osobu se traži da je svjesno postupila na štetu zastupanoga.

Kaznenopravno možemo iz toga izvesti da bi prokurist mogao biti okrivljen za kazneno djelo zlouporabe ovlasti u gospodarsko poslovanju (dakako, ispune li se i ostale pretpostavke) ako je postupao suprotno internim ograničenjima i uputama i u suprotnosti s interesima opunomoćitelja (društva), neovisno o subjektivnoj pretpostavki treće osobe. Treća osoba, pak, može uz prokurista kaznenopravno odgovarati ako je bila u zloj vjeri, odnosno svjesno štetno postupala na štetu zastupanog, a u takvom se kaznenom postupku istodobno može tražiti da se posao koji je sklopljen proglašni ništavim⁴⁴.

4. STEČAJNI UPRAVITELJI

Pravila koja uređuju položaj stečajnoga upravitelja u stečajnom postupku više su puta mijenjana u hrvatskom zakonodavstvu računajući od stupanja na snagu Stečajnoga zakona (Narodne novine br. 44/96), a potom je novi Stečajni zakon (Narodne novine br. 71/15 i 104/17, dalje: SZ) uređenje koje se odnosi na stečajnoga upravitelja korjenito promijenio u dijelu koji se tiče načina njegovog imenovanja, no i ostala pravila koja se tiču ovoga tijela stečajnoga postupka pretrpjela su određene izmjene.

Prije svega, više ne postoji jedinstvena lista stečajnih upravitelja važeća za čitavu Republiku Hrvatsku, već se u konkretnom stečajnom postupku za stečajnoga upravitelja može imenovati osoba upisana na listi stečajnih upravitelja za područje nadležnoga suda (čl. 77. st. 1. SZ), s tim da svaki stečajni upravitelj može biti upisan na listi i za područje nadležnosti više sudova (čl. 78. st. 3. SZ).

Za stečajnoga upravitelja ne može biti imenovana osoba koja bi morala biti izuzeta kao sudac u stečajnom postupku, a osobito osoba koja je bila zaposlena kod stečajnoga dužnika ili je bila član nekog njegova

⁴⁴ Neki njemački autori smatraju da je takav pravni posao od samog početka ništav, jer je riječ o zlouporabi prava.

tijela, kao ni bliski srodnik suca (koji provodi stečajni postupak), osoba odgovornih za obveze u stečajnom postupku, članova uprave i drugih dužnikovih tijela, vjerovnika te osoba koje su u odnosu suparništva sa stečajnim dužnikom. Za stečajnoga upravitelja ne može biti imenovana ni osoba koja prema zakonu ne bi mogla biti imenovana za člana dužnikove uprave, upravnoga odbora, nadzornoga odbora ili sličnoga tijela.

Za područje svakog od trgovačkih sudova ministar nadležan za poslove pravosuđa formira dvije liste: Listu A i Listu B, koje se mogu dopunjavati, a objavljuju se na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova. Objavljuje se popis stečajnih upravitelja s naznakom predstečajnih i stečajnih postupaka u kojima su imenovani kao povjerenici, privremeni stečajni upravitelji i stečajni upravitelji, način njihova izbora, naznaku dužnika i suca koji vodi postupak, naznaku razrješenja i razloga razrješenja te izrečenih novčanih kazni. Radi vođenja ovoga popisa trgovački sudovi su dužni ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa dostaviti pravomoćna rješenja o razrješenju i izrečenim novčanim kaznama stečajnim upraviteljima.

Na listu A stečajnih upravitelja može biti upisana fizička osoba: 1. koja ima poslovnu sposobnost; 2. koja ima završeni diplomski sveučilišni studij, odnosno završeno visoko obrazovanje s najmanje 300 ETC bodova; 3. koja ima položen stručni ispit za stečajnoga upravitelja; 4. koja je nakon položenoga stručnog ispita obavljala stručnu obuku u trajanju od jedne godine; 5. koja je dostojna za obavljanje poslova stečajnoga upravitelja (pri čemu je propisano kada se smatra da je neka osoba toga nedostojna)

Na listu B stečajnih upravitelja može biti upisana fizička osoba koja ispunjava sve pretpostavke za upis na listu A, osim one koja se tiče stručne obuku u trajanju od jedne godine obavljene nakon položenog stručnog ispita.

Razlikovanje navedenih dviju lista stečajnih upravitelja sastoji se u tome što osoba upisana na listi B može stečajnoupraviteljsku dužnost obavljati samo u skraćenom stečajnom postupku.

Stečajni upravitelj brisat će se s liste stečajnih upravitelja:

- na osobni zahtjev
- po službenoj dužnosti (kada se za to ostvare ZTD-om propisane pretpostavke)

Izbor stečajnoga upravitelja u konkretnom stečajnom postupku obavlja se metodom slučajnoga odabira s liste A za područje nadležnoga suda. No, ako sud smatra da onaj stečajni upravitelj koji je izabran metodom slučajnog odabira ne raspolaže potrebnom stručnošću ili poslovnim iskustvom potrebnim za vođenje stečajnoga postupka, za stečajnoga upravitelja može izabrati drugu osobu s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnoga suda. O tome je sud u obrazloženju odluke o imenovanju dužan dati razloge. Nadalje, ako je u predstečajnom postupku koji je prethodio stečajnom postupku imenovan povjerenik ili je u stečajnom postupku imenovan privremeni stečajni upravitelj, sud će povjerenika odnosno privremenoga stečajnog upravitelja imenovati stečajnim upraviteljem.

Skupština vjerovnika može na prvom ili nekom kasnijem ročištu umjesto stečajnoga upravitelja kojeg je imenovao sud izabrati drugoga stečajnoga upravitelja (čl. 87. st. 1. SZ), o čemu skupština odlučuje običnom većinom. Sud donosi rješenje kojim potvrđuje imenovanje drugoga stečajnog upravitelja. Ako sud ne doneše rješenje u roku od tri dana, smatrat će se da je potvrdio imenovanje stečajnoga upravitelja, ali sud ne može odbiti potvrditi imenovanje stečajnoga upravitelja kojeg je izabrala skupština vjerovnika.

Ovlasti stečajnoga upravitelja:

- Stečajni upravitelj ima prava i obveze tijela dužnika pravne osobe, ako SZ-om nije drukčije određeno.
- Stečajni upravitelj vodi poslovanje ako stečajni dužnik nastavlja poslovati tijekom stečajnoga postupka na temelju odluke skupštine vjerovnika.
- Stečajni upravitelj zastupa dužnika.
- Kad se radi o dužniku pojedincu, stečajni upravitelj vodi samo one njegove poslove koji se odnose na stečajnu masu i zastupa ga kao stečajnoga dužnika s ovlaštenjima zakonskoga zastupnika.

Dužnosti stečajnoga upravitelja:

Stečajni upravitelj dužan je postupati savjesno i uredno, a osobito:

1. dovesti u red očevidnik knjigovodstvenih podataka do dana otvaranja stečajnoga postupka
2. sastaviti predračun troškova stečajnoga postupka i dostaviti na odobrenje odboru vjerovnika
3. odrediti povjerenstvo za popis imovine
4. sastaviti početno stanje imovine dužnika

5. kao dobar gospodar brinuti se o završetku započelih, a neobavljenih poslova dužnika i poslova potrebnih da bi se spriječilo nastupanje štete nad sredstvima dužnika
6. brinuti se o ostvarivanju tražbine dužnika
7. savjesno voditi poslovanje dužnika ako dužnik nastavlja s poslovanjem
8. dostaviti Hrvatskom zavodu za mirovinsko osiguranje isprave koje se odnose na radnopravni status osiguranika
9. unovčiti, odnosno naplatiti s pažnjom dobrog gospodarstva stvari i prava dužnika koja ulaze u stečajnu masu
10. pripremiti isplatu vjerovnika i nakon odobrenja izvršiti isplatu
11. dostaviti odboru vjerovnika završni račun
12. izvršiti naknadne isplate vjerovnika
13. nakon zaključenja stečajnoga postupka zastupati stečajnu masu u skladu s ovim Zakonom.

Stečajni upravitelj dužan je, na propisanom obrascu, podnositi pisana izvješća o tijeku stečajnoga postupka i o stanju stečajne mase, i to najmanje jedanput u tri mjeseca. Sva pisana izvješća koja je stečajni upravitelj dužan podnositi sud je dužan bez odgode objaviti na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova.

Nadzor nad radom stečajnoga upravitelja:

Rad stečajnoga upravitelja nadzire sud, odbor vjerovnika i skupština vjerovnika, a oni su ovlašteni u svako doba od njega zatražiti obavijesti ili izvješća. Ako stečajni upravitelj ne postupi prema nalogu suda za obavljanje dužnosti, sud ga može kazniti novčanom kaznom do 10.000,00 kuna.

Razrješenje stečajnoga upravitelja:

Sud će razriješiti stečajnoga upravitelja na zahtjev odbora vjerovnika ili skupštine vjerovnika, istekom godine i pol dana od dana održavanja izvještajnoga ročišta ako nije unovčio imovinu koja ulazi u stečajnu masu tako da se može pristupiti završnoj diobi.

Sud može razriješiti stečajnoga upravitelja po službenoj dužnosti ili na zahtjev odbora vjerovnika ili skupštine vjerovnika i prije isteka navedenog roka, ako on svoju dužnost ne obavlja uspješno ili iz drugih važnih razloga, osobito ako ne postupa po nalogu suda. Prije donošenja ove odluke sud je dužan stečajnom upravitelju omogućiti da se očituje, osim ako važni razlozi ne zahtijevaju da se drukčije postupi.

Protiv rješenja o razrješenju stečajnoga upravitelja pravo na žalbu imaju samo stečajni vjerovnici.

Sud može razriješiti stečajnoga upravitelja i na osobni zahtjev. Protiv rješenja o odbijanju osobnoga zahtjeva za razrješenje pravo na žalbu ima samo stečajni upravitelj.

Razriješenom stečajnom upravitelju sud može rješenjem naložiti vraćanje onoga što je tijekom postupka primio, osobito ako odbije ispuniti nalog suda u svezi s predajom dužnosti, ako odbije ili nepotrebno odgađa predaju dokumentacije ili ako ne postupi prema nalogu suda za dostavu izvješća o određenim pitanjima. Ako razriješeni stečajni upravitelj ne postupi po ovom sudskom nalogu sud ga može kazniti novčanom kaznom do 10.000,00 kuna.

Rješenjem kojim razrješava stečajnoga upravitelja sud donosi i odluku o imenovanju novoga stečajnog upravitelja odgovarajućom primjenom odredaba o imenovanju stečajnoga upravitelja, a na sljedećem ili kojem kasnijem ročištu skupština vjerovnika može izabrati neku drugu osobu za stečajnoga upravitelja izloženom primjenom pravila o ovlaštenju skupštine vjerovnika da imenuje drugog stečajnoga upravitelja.

Odgovornost stečajnoga upravitelja:

SZ propisuje dužnost stečajnoga upravitelja da naknadi štetu svim sudionicama ako je svojom krivnjom povrijedio koju od svojih dužnosti. On ne odgovara za štetu nastalu zbog radnje koju je odobrio sud odnosno zbog radnje koju je poduzeo u ovrsi naloga ili upute suda, osim ako je odobrenje ili uputu ishodio na prijevaran način. Za štetu koju počine radnici stečajnoga upravitelja stečajni upravitelj odgovara samo ako je šteta nastala zbog propusta u njihovu nadzoru. Stečajni upravitelj dužan je naknaditi štetu vjerovniku stečajne mase koju je pretrpio zbog neispunjenja obveze stečajne mase preuzete njegovom pravnom radnjom, osim ako stečajni upravitelj u vrijeme preuzimanja obveze nije mogao predvidjeti da stečajna masa neće biti dostatna za njezino ispunjenje.

Nagrada za rad i naknada troškova stečajnoga upravitelja:

Stečajni upravitelj ima pravo na nagradu za svoj rad i naknadu stvarnih troškova.

Nagradu stečajnom upravitelju rješenjem određuje sud prema uredbi kojom Vlada Republike Hrvatske utvrđuje kriterije i način obračuna i plaćanja nagrade stečajnim upraviteljima. Stečajni upravitelj nema pravo na nagradu ako je razriješen zbog nesavjesnoga obavljanja dužnosti.

Naknadu troškova rješenjem određuje sud na temelju pisanoga, obrazloženoga i dokumentiranoga izvješća stečajnoga upravitelja.

Ako u stečajnom postupku nema sredstava za nagradu i naknadu troškova stečajnoga upravitelja, nagrada i naknada troškova isplatit će se iz sredstava Fonda za namirenje troškova stečajnoga postupka.

5. LIKVIDATORI

Likvidacija, kao posljednje razdoblje postojanja društva, traje do brisanja društva iz registra, a rezultat je promijenjenog cilja društva, čiji je cilj privesti poslove kraju, tj. naplatiti tražbine, unovčiti imovinu, podmiriti obveze i ono što preostane podijeliti dioničarima.

Društvo kroz trajanje tog razdoblja ima iste organe kao i prije, dakle ne kao u stečaju. Promjene mogu nastati samo u upravi odnosno izvršnim direktorima, ako likvidaciju ne provode njezini članovi uprave, odnosno izvršni direktori kao likvidatori. Likvidacija se ne otvara nekom posebnom odlukom, dovoljno je imenovanje likvidatora, odnosno činjenica nastupanja razloga za prestanak društva kada uprava odnosno izvršni direktori počinju provoditi radnje likvidacije. Obveza članova uprave odnosno izvršnih direktora je da tako postupe, te odgovaraju društvu za nastanak štete ako tu obvezu povrijede.

Za likvidacije se ne mijenjaju ni nadležnosti organa ni odnos između njih, pa oni donose iste odluke kao i kad društvo nije likvidaciji, razumije se ako se to ne bi protivilo cilju likvidacije.⁴⁵

Prema vani vidljivo je da je društvo u likvidaciji jer se nakon njezina otvaranja u tvrtku društva moraju unijeti riječi „u likvidaciji“.

Likvidatori provode likvidaciju društva, tj. vode njegove poslove za vrijeme likvidacije. Likvidatori su obično članovi uprave odnosno izvršni direktori, ali se drugačije može propisati:

- a) statutom
- b) odlukom glavne skupštine kojom se imenuju druge osobe kao likvidatori
- c) odlukom suda o imenovanju drugih osoba.

Svaka osoba koja ispunjava uvjete za člana uprave odnosno izvršnog direktora može biti likvidator, s tim da likvidator može biti i pravna osoba (trgovačko društvo). Tada pravne radnje obavlja osoba u pravnoj osobi likvidatoru koja je za to ovlaštena zakonom ili odredbama ustrojbenog akta te pravne osobe likvidatora, izjavljujući time volju pravne osobe likvidatora, a njezina očitovanja su očitovanja društva u likvidaciji.

Mandat likvidatora traje dok se ne završi likvidacija, ako ga se prije ne opozove ili ne da ostavku.

Na temelju zakona su likvidatori osobe koje su bile članovi uprave odnosno izvršni direktori u vrijeme nastupanja razloga za prestanak društva.

Ako se statutom određuju likvidatori, to može biti u izvornom tekstu ili u njegovim izmjenama, pa i nakon nastupa razloga za likvidaciju. Statut mora poimence odrediti fizičku ili pravnu osobu za likvidatora.

Glavna skupština može odlukom imenovati likvidatore iako su likvidatori određeni statutom, pa takvo imenovanje podrazumijeva opozivanje imenovanja onih koji su do tada bili.

Sud imenuje likvidatore na zahtjev nadzornog odnosno upravnog odbora ili na zahtjev dioničara na dionice kojih se odnosi ukupno najmanje dvadesetina (5 %) temeljnog kapitala društva ili najmanje četiri milijuna kuna tog kapitala. No, uz dodatni uvjet: za to treba postojati važan razlog.

Odnos između društva i likvidatora temelji se na ugovoru. Treba, kao i kod članova uprave odnosno izvršnih direktora, razlikovati odnos nastao imenovanjem odnosno prestanak odnosa opozivom imenovanja i odnos koji postoji na temelju ugovora. Likvidatori imaju pravo na naknadu za svoj rad (naknadu troškova i nagradu), koju im plaća društvo, a visinu određuje glavna skupština, a u slučaju spora sud.

Glavna skupština ovlaštena je opozvati imenovanje likvidatora, osim onih imenovanih po sudu. Daje li ostavku, likvidator to čini nadzornom ili upravnom odboru, odnosno sudu ako ga je sud imenovao.

⁴⁵ Npr. takve radnje su odluka o povećanju temeljnog kapitala društva ulozima, prikupljanje potrebnih sredstava za investicijska ulaganja i unaprešenje poslovanja i sl.

Likvidatori moraju u svemu postupati tako da se na najracionalniji i za društvo najpovoljniji način djelovanje društva privede kraju. To podrazumijeva da moraju okončati poslove koji su u tijeku, naplatiti tražbine, unovčiti imovinu i podmiriti vjerovnike te ostatak imovine podijeliti dioničarima. Na likvidatore se ne odnosi zabrana konkurencije kojoj su podvrgnuti članovi uprave odnosno izvršni direktori. Likvidatori obavljaju posao samostalno i na vlastitu odgovornost. Ovlašteni su raspolagati imovinom društva, što znači i ulaziti u nove poslove kada prosudbom dobrog gospodarstvenika smatraju da je to potrebno radi ostvarenja cilja društva koje je u likvidaciji. Pod istim pretpostavkama mogu prodati dijelove ili cijelo poduzeće, osnovati novo društvo kako bi se njime raspolagalo i postiglo bolju cijenu nego da se imovina rasproda po dijelovima, poduzeti radnje radi pripajanja društva s drugim društvom ili ga spojiti s drugim društvom prenijeti cijelu imovinu nekom drugom društvu, poduzeti radnje da se poveća temeljni kapital radi sanacije i sl. Likvidatori imaju ovlast za zastupanje koja se ne može ograničiti.

Likvidatori odgovaraju za počinjenu štetu društvu, dioničarima i vjerovnicima. Likvidatori odgovaraju za štetu:

- a) počinjenu društvu primjenom pravila koja vrijede za odgovornost članova uprave (čl. 252. i čl. 371. st. 6. ZTD)
- b) počinjenu dioničarima primjenom općih pravila o odgovornosti za štetu iz ZOO-a a ne posebnih pravila o ograničenju odgovornosti likvidatora za štetu (čl. 383. st. 3. ZTD) i
- c) počinjenu vjerovnicima društva prema odredbama čl. 383. ZTD.

Krivnja likvidatora za štetu počinjenu vjerovnicima se prema ZTD-u pretpostavlja.

Odmah po preuzimanju dužnosti likvidatori moraju izraditi početna likvidacijska financijska izvješća i izvješće o stanju društva, na čiju se izradu primjenjuju propisi o izradi godišnjih financijskih izvješća. O utvrđenju početnih likvidacijskih financijskih izvješća i o davanju razrješnice likvidatorima i članovima nadzornog odnosno upravnog odbora odlučuje glavna skupština, a likvidatori spomenuta financijska izvješća prvo moraju podnijeti na razmatranje nadzornom odnosno upravnom odboru.

Likvidatori moraju postupati s pažnjom koja se zahtijeva od članova uprave odnosno od izvršnih direktora kada unovčavaju imovinu i dužni su štititi interese društva. Utvrde li na temelju prijavljenih tražbina da imovina društva nije dovoljna da se podmire sva potraživanja vjerovnika s kamatama, odmah moraju obustaviti likvidaciju i predložiti sudu otvaranje stečajnog postupka. Inače su likvidatori dužni, nakon što podmire sve dugove društva, izraditi izvješće o provedenom likvidaciji i prijedlog o podjeli imovine društva. To izvješće i prijedlog mora prihvatiti glavna skupština ako je ona donijela odluku o prestanku društva. Dioničarima pripada vrijednost imovine koja preostane nakon što se podmire sve obveze društva, pri čemu u likvidaciji vjerovnici imaju apsolutnu prednost.

Likvidatori zastupaju društvo u likvidaciji. Sve što se odnosi na upravu društva i ovlasti za zastupanje kad se uprava sastoji od nekoliko članova vrijedi i za njih. Likvidator može biti i pravna osoba. ZTD određuje da likvidaciju provode članovi uprave kao likvidatori, ako se statutom ili odlukom glavne skupštine likvidatorima ne imenuju druge osobe ili ako ih uz uvjete propisane Zakonom ne imenuje sud.

LITERATURA:

1. Kazneni zakon Republike Hrvatske
2. Zakon o trgovačkim društvima i dr., s uvodnim objašnjenjima, pregledom usklađenosti s europskim pravom, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2013.
3. Kazneni zakon zakonski tekst – komentari – sudska praksa – pravna teorija, Šime Pavlović, Libertin naklada, Rijeka, 2015.
4. Kazneni zakon u sudskoj praksi, Opći dio, Ana Garačić, Libertin naklada, Rijeka, 2016.
5. Komentar Kaznenog zakona, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje - Berislav Pavišić i Petar Veić, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1999.
6. Hrvatski kazneni zakoni - priredili: Berislav Pavišić i Petar Veić, VIV inženjering d.o.o., Zagreb 1995.
7. Zakon o trgovačkim društvima, vodič za čitanje zakona, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje - dr. Jakša Barbić, dr. Vilim Gorenc, dr. Zoran Parać, mr. Siniša Petrović, Boris Porobija, dr. Branko Vukmir, "Organizator", Zagreb, 1995.

8. Aktualna pitanja novoga kaznenog zakonodavstva - Položaj i odgovornost članova uprave i nadzornog odbora društvu, dioničarima i vjerovnicima za štetu - dr. sc. Jakša Barbić, Inženjerski biro d.d., Zagreb, travanj 2000.
9. Zakon o trgovačkim društvima s komentarom - mr. Vladimir Filipović, prof. dr. Vilim Gorenc, mr. Zvonimir Slakoper, RRIF-plus d.o.o., Zagreb, 1995.
10. Organi dioničkog društva - dr. Jakša Barbić, Vesna Buljan i Boris Porobija, "Organizator" Zagreb, 1996.
11. Pravo društava, knjiga prva, opći dio, treće izdanje - dr. sc. Jakša Barbić, "Organizator" Zagreb, 2008.
12. Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, Svezak I., peto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje - dr. sc. Jakša Barbić, "Organizator" Zagreb, 2010.
13. Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, Svezak II., peto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje - dr. sc. Jakša Barbić, "Organizator" Zagreb, 2010.
14. Zloupotreba povjerenja u gospodarskom poslovanju s posebnim osvrtom na kaznenu odgovornost članova uprave – dr.sc. Sunčana Roksandić Vidlička i dr.sc. Antun Bilić, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, Vol. 24, broj 2/2017., Zagreb
15. Prilog razmatranju o kaznenoj odgovornosti odgovornih osoba u trgovačkim društvima kapitala – Sanja Katušić-Jergović, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2002.

Andrea Šurina Marton*
Maja Munivrana Vajda**

ZLOČINI IZ MRŽNJE U KAZNENOPRAVNOJ I PREKRŠAJNOPRAVNOJ PRAKSI

1. UVOD

Zločini iz mržnje, uključujući i govor mržnje, u posljednje vrijeme sve su češće predmetom javnog i stručno-znanstvenog interesa, a o oba fenomena već su pisale i autorice ovog članka.¹ Stoga se u ovom radu neće baviti povijesnom analizom, poredbenim i europskim izvorima te detaljnim opisom implementacije zločina iz mržnje u hrvatski pravni sustav već bi željele ukazati na pojedine zanimljive ili sporne aspekte u kaznenopravnoj i prekršajnopravnoj praksi. Pritom ćemo se, s obzirom na naziv i temu rada, ograničiti na otvorena pitanja na koja se nailazi i u kaznenom i u prekršajnom postupku, kao što su motivi počinjenja, pravne kvalifikacije, učinkovitost istrage te se na kraju nešto više osvrnuti na institut koji navedene postupke nužno povezuje, a u praksi je zadnjim godina pretrpio izvjesne izmjene – *ne bis in idem*.

Neka od ovih otvorenih pitanja su se iskristalizirala tijekom sveobuhvatnog istraživanja zločina iz mržnje Hrvatskog pravnog centra u okviru projekta IRIS – „Unapređenje borbe protiv nesnošljivosti kroz istraživanje, izradu preporuka i obuku“.² Tim projektom obuhvaćeni su svi pravomoćno okončani kazneni predmeti od 2013. do 2018. godine u kojima je postupak pokrenut za zločin iz mržnje, ali i predmeti u kojima nije uopće došlo do kaznenog progona zato jer je počinitelj ostao nepoznat ili je državni odvjetnik odbacio kaznenu prijavu odnosno odustao od progona ili je pak u konačnici postupak pokrenut za obično kazneno djelo, a ne zločin iz mržnje. Projektom su analizirani i prekršaji koji bi se po svojoj strukturi mogli kvalificirati kao zločin iz mržnje, iako kao takvi nisu pravno označeni zbog manjkavosti zakonskog okvira, o čemu će još biti riječ *infra*. Osim ovih predmeta i spomenutog istraživanja, kao podloga za ovaj rad u razmatranje su uzeti i noviji kazneni predmeti koji su postali pravomoćni tijekom 2019. i 2020. godine.

* Andrea Šurina Marton, zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske

** Dr.sc. Maja Munivrana Vajda, izvanredna profesorica na Katedri za kazneno pravo, Pravnog fakulteta u Zagrebu

¹ V. Munivrana Vajda, M.; Šurina Marton, A., Gdje prestaju granice slobode izražavanja, a počinje govor mržnje? Analiza hrvatskog zakonodavstva i prakse u svjetlu europskih pravnih standarda, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, Vol. 23 No. 2, 2016, str. 435-467.; Munivrana Vajda, M.; Šurina Marton, A., Zločini iz mržnje u Republici Hrvatskoj – neki teorijski i praktični prijevori, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, Vol. 26 No. 2, 2019., str. 389-416. Za nedavnu medijsku analizu v. „U Hrvatskoj snažno raste spirala netrpeljivosti i zločina iz mržnje. Broj presuda je, međutim, vrlo siromašan.“ Novi list, 6. rujna 2020.

² Projekt je proveden u partnerstvu s Državnim odvjetništvom Republike Hrvatske, Policijskom akademijom i Uredom za ljudska prava i prava nacionalnih manjina Vlade Republike Hrvatske te u suradnji s Vrhovnim sudom Republike Hrvatske i Visokim prekršajnim sudom Republike Hrvatske.

2. DILEME U KONTEKSTU KAZNENIH DJELA

2.1. MOTIVIRANOST MRŽNJOM I MJEŠOVITI MOTIVI

Uvodno ćemo se tek kratko osvrnuti na pozitivno-pravnu definiciju zločina iz mržnje u hrvatskom zakonodavstvu. Prema čl. 87. st. 21. Kaznenog zakona zločin iz mržnje je

„kazneno djelo počinjeno zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog podrijetla, jezika, invaliditeta, spola, spolnog opredjeljenja ili rodnog identiteta druge osobe. Takvo postupanje uzet će se kao otegotna okolnost ako ovim Zakonom nije izričito propisano teže kažnjavanje.“³

Iako je ova definicija na prvi pogled jasna, njena primjena izaziva niz prijepora i nedoumica, pri čemu u nastavku obrađujemo nekoliko pitanja važnih za ujednačavanje sudske prakse.

Analizom gornje definicije jasno proizlazi da se radi o zločinu iz mržnje, ako je neko kazneno djelo počinjeno **zbog nečije** pripadnosti određenoj skupini ili nečije osobine. Međutim, postavlja se pitanje mora li se raditi o isključivoj motiviranosti nečijom zaštićenom osobinom odnosno može li se raditi o zločinu iz mržnje kada je djelo rezultat više združenih motiva ili situacijskih faktora. U većini analiziranih predmeta sudovi nisu izričito zauzimali i obrazlagali stav o ovom pitanju, već se isti može nazrijeti tek implicitno kroz usporedbu činjeničnog opisa i činjenice je li isto dovelo do osude za zločin iz mržnje. U jednom analiziranom rješenju kojim su maloljetnicima izrečene odgojne mjere, međutim, sud navodi kako je „u tom sukobu bilo i uvredljivih riječi koje su maloljetnici utužene prigode uputili oštećenima, ali svakako se iz te okolnosti ne može tvrditi da bi sam napad bio isključivo motiviran nacionalnom pripadnošću oštećenika.“⁴ Prema presudi ESLJP u predmetu *Balasz protiv Mađarske*, međutim, isključiva motiviranost mržnjom odnosno predrasudama nije potrebna. Naime, u tom je predmetu Sud posebno istaknuo kako ponekad situacijski faktori mogu imati jednaki ili čak i snažniji učinak od predrasuda prema skupini kojoj pripada žrtva te kako zločini iz mržnje nisu samo radnje temeljene isključivo na žrtvinim karakteristikama već počinitelji mogu imati i mješovite motive.⁵ Zbog navedenog se može ukazati upitnom odluka državnog odvjetništva da poruku okrivljenog upućenu oštećenom putem mobitela („*Sada krećem, znam gdje živiš, j* te u usta četnička, j* ti ženu i dijete, dijete ću ti zaklati i zapalit ću vas sve*“) kvalificira „samo“ kao prijetnju, a ne i prijetnju - zločin iz mržnje i to usprkos percepciji žrtve da je povod za djelo njeno ime na temelju kojeg okrivljeni pogrešno smatra da oštećeni nije Hrvat nego Srbin. Iako okrivljeni kao povod pak navodi neriješene imovinske odnose, njihovo eventualno postojanje automatski ne isključuje kvalifikaciju zločina iz mržnje, pa bi u takvim situacijama državni odvjetnici više pažnje trebali posvetiti pitanju je li među mješovitim motivima ulogu igrao i diskriminatorni motiv.⁶

S druge, pak, strane, činjenica da je žrtva očito pripadnik zaštićene skupine, pa čak ni eventualno verbaliziranje te činjenice od strane počinitelja, nužno ne znače da je riječ o zločinu iz mržnje. To su samo indikatori, a u konkretnom slučaju mogu prevladati drugi indiciji koji ukazuju da djelo nije rasno motivirano. Tako je u predmetu *Beganović* jedan od napadača spomenuo romsko podrijetlo podnositelja zahtjeva pred ESLJP, ali ništa nije ukazivalo da je pripadnost romskoj skupini igrala ikakvu ulogu u napadu na njega. Po mišljenju suda okolnosti su pokazivale da je napad bio čin osвете za prethodni napad, te ničim nisu ukazivale da bi bio rasno motiviran.⁷ Čini nam se kako je ispravno stoga državno odvjetništvo prepoznalo da se ne radi o zločinu iz mržnje već samo o prijetnji u slučaju u kojem je okrivljenik prijetio žrtvama spominjući usput njihovo romsko podrijetlo, budući da je okrivljenik počinio kazneno djelo uslijed nezadovoljstva zbog neplaćanja stanarine od strane oštećenih odnosno članova njihove obitelji – Roma kojima je prethodno iznajmio stan.⁸

U širem se kontekstu motiva može promatrati i nedosljednost u pravnoj kvalifikaciji pod koju se podvodi ispisivanje grafitu homofobnog sadržaja, a što se u sličnim situacijama jednom označava kao kazneno djelo oštećenja tuđe stvari iz čl. 235., i to nekad kao st. 2., a nekad kao st. 3., a drugi puta kao stjecaj kaznenog djela oštećenja tuđe stvari i kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju iz čl. 325. Kaznenog zakona.

³ Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19.

⁴ Općinski sud u Šibeniku, Km-9/13, rješenje od 10. travnja 2014. godine.

⁵ ESLJP, *Balasz protiv Mađarske*, zahtjev br. 15529/12, presuda od 20. listopada 2015. godine, par. 70.

⁶ Općinski sud u Novom Zagrebu, Presuda – kazneni nalog, posl. br. 11 K-226/16-2 od 7. lipnja 2016. godine.

⁷ ESLJP, *Beganović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 46423/06, presuda od 25. lipnja 2009. godine.

⁸ Općinski sud u Splitu, Presuda – kazneni nalog, posl. br. K-631/16 od 30. svibnja 2016. godine.

Smatramo, međutim, kako bi se kao kriterij za razgraničenje ova dva kaznena djela, odnosno samostalnog kaznenog djela oštećenja tuđe stvari i javnog poticanja na nasilje i mržnju trebala cijeliti okolnost da li se grafiti ispisuju na imovini žrtve određene osobe, a upravo s nakanom da se ošteti imovina određene osobe koja pripada nekoj od zaštićenih skupina, u kojem bi se slučaju radilo o počinjenju kaznenog djela oštećenja tuđe stvari iz mržnje iz čl. 235. st. 3. Kaznenog zakona, ili je pak mrzilački tekst grafitu ispisan na mjestu koje ne pripada nužno konkretnom pojedincu ili skupini određene pripadnosti, kada bi se, pod pretpostavkom ostvarenja svih bitnih elemenata, ispunjavalo biće kaznenog djela iz čl. 325. Kaznenog zakona u stjecađu s „običnim“ oštećenjem tuđe stvari iz čl. 235. st. 1. ili 2. bez vezivanja uz čl. 87. st. 21. KZ.

Daljnja neujednačenost kod kvalificiranja grafitu kao kaznenog djela oštećenja tuđe stvari proizlazi iz očite nedoumice može li se mržnja, kao sastavni dio inkriminacije, smatrati «niskom pobudom», koju okolnost kao kvalifikatornu predviđa st. 3. čl. 235. Kaznenog zakona. Iako su mišljenja podijeljena te postoje prihvatljivi razlozi za jedno i drugo, mi smo se sklonije prikloniti stajalištu kako je zakonodavac smatrao da se mržnja može podvesti pod nisku pobudu, kao što je to označio i kod kaznenog djela teškog ubojstva iz čl. 111. toč. 4. Kaznenog zakona. Tako je i Općinski sud u Splitu okrivljenika koji je u više navrata ošteti vozila s registarskim pločicama Republike Srbije bušeći gume na kotačima, skidajući registarske pločice, slamajući brisače, grebajući vrata i sl., osudio za produljeno kazneno djelo oštećenja tuđe stvari iz čl. 235. st. 3. KZ u svezi s st. 1. i čl. 52. KZ (uz pridodan i čl. 87. st. 21. KZ) što je „tuđu pokretnu stvar ošteti, a kazneno djelo je počinio iz niskih pobuda i mržnje zbog nacionalnog podrijetla.“⁹ S druge strane, u drugom činjenično sličnom predmetu oštećenja vozila srpskih registarskih oznaka, djelo je kvalificirano samo kao «obično» oštećenje tuđe stvari iz čl. 235. st. 1. KZ u svezi s čl. 87. st. 21. KZ, a ne iz niskih pobuda, uslijed čega je i primjenjivi kazneni okvir bio znatno drugačiji – kazna zatvora do 2 godine, a ne od 6 mjeseci do 5 godina, kao u prvom primjeru.¹⁰

2.2. NEUJEDNAČENOST PRAVNOG KVALIFICIRANJA ZLOČINA IZ MRŽNJE I VREDNOVANJA MRŽNJE KAO OTEGOTNE OKOLNOSTI

Uvodno spomenuto istraživanje je pokazalo kako postoji znatna neujednačenost u kvalificiranju kaznenih djela kod kojih mržnja predstavlja otegotnu okolnost. Iako nije sporno da bi u takvim situacijama djelo trebalo pravno kvalificirati u svezi s čl. 87. st. 21. KZ, u nekoliko je predmeta uočeno kako se to ne radi,¹¹ te se kazneno djelo, uglavnom prijetnje, kvalificira samo kao čl. 139. st. 2. i 4. KZ, pri čemu iz kvalifikacije nije jasno da je riječ o prijetnji iz mržnje, a trebalo bi biti. Istina je kako je st. 4. indicirao mogućnost da se radi o mržnji, ali mržnja je u tom stavku, sve do posljednjih izmjena Kaznenog zakona iz 2019. godine,¹² bila samo jedna od u tom stavku više navedenih procesnih pretpostavki progona po službenoj dužnosti, umjesto po privatnoj tužbi. Stoga je svakako trebalo u ovakvim situacijama djelo i pravno kvalificirati u vezi s čl. 87. st. 21. KZ dok je, usput rečeno, vezanje pravne oznake kaznenog djela uz procesnu pretpostavku za progon nepotrebno, te u pravnoj kvalifikaciji u dispozivu i pogrešno.

Kao još važniju pojavu valja istaknuti činjenicu da u gotovo pola analiziranih pravomoćnih presuda za zločine iz mržnje kod kojih mržnja predstavlja otegotnu okolnost po sili zakona, kazneni sudovi nisu našli otegotnih okolnosti uopće ili nisu kao takvu vrednovali mržnju.¹³ Smatramo kako se radi o povredi odluke o kazni zbog koje bi se državni odvjetnici trebali žaliti. Novija dostupna praksa otkriva pozitivne pomake. Iako su u svim analiziranim predmetima koji su postali pravomoćni nakon 2018. godine, pa nisu obuhvaćeni

⁹ Presuda Općinskog suda u Splitu, posl. br. K-761/2015-31 od 27. rujna 2019. godine.

¹⁰ Presuda Općinskog suda u Šibeniku, posl. br. K-182/14, kazneni nalog od 14. srpnja 2014. godine.

¹¹ V. npr. Općinski sud u Splitu, Presuda – kazneni nalog, posl. br. KML-58/14 od 29. kolovoza 2014. godine kojem je okrivljeni osuđen zbog počinjenja kaznenog djela prijetnje, „a kazneno djelo je počinjeno iz mržnje“, no djelo je kvalificirano samo kao čl. 139. st. 4. u svezi st. 2. KZ, bez navođenja čl. 87. st. 21. KZ. Za tri kaznena djela prijetnje iz čl. 139. st. 2. i 4. Kaznenog zakona, bez dovođenja u vezu s čl. 87. st. 21. KZ osuđen je okrivljenik koji je „drugima ozbiljno prijetio da će ih usmrtiti, a djelo je počinjeno iz mržnje i prema bliskim osobama“ (Općinski sud u Dubrovniku, Stalna služba u Metkoviću, posl. br. K-274/18, presuda od 17. srpnja 2018. godine.

¹² NN 126/19.

¹³ V. rezultate istraživanja sadržane u publikaciji Munivrana Vajda, M., Sučić, I.; Maršavelski, A.; Eterović, I., Zločin iz mržnje u Hrvatskoj. Empirijsko istraživanje slučajeva u razdoblju od 2013. do 2018. godine, u posjedu autora, koje će biti objavljeno na web stranici Hrvatskog pravnog centra, www.hpc.hr

istraživanjem, sudovi ipak eksplicitno, kao što je i potrebno, naveli kako mržnju smatraju otegotnom okolnošću (npr. što je djelo počinjeno zbog netrpeljivosti prema osobama srpske nacionalnosti¹⁴), s obzirom na mali broj spomenutih pravomoćnih presuda te brojnost onih u kojima takvo vrednovanje izostaje, čini se da suci često previđaju zakonsku obvezu uzimanja zločina iz mržnje otegotnom okolnosti, nametnutu čl. 87. st. 21. KZ-a. No, čak i kad se navedena odredba dosljedno primjeni, kažnjavanje za zločin iz mržnje ostaje unutar zakonskog okvira predviđenog za svako pojedino kazneno djelo. Ipak, uvažavajući težinu zločina iz mržnje, kao i neupitnu potrebu njihova kažnjavanja višim kaznama no za „obično“ kazneno djelo, možda bi trebalo razmisliti, *de lege ferenda*, o zakonskom rješenju koje bi za zločin iz mržnje predviđalo mogućnost strožeg kažnjavanja za svako djelo koje se veže uz čl. 87. st. 21. KZ-a za, recimo, 1/3 iznad zakonskog maksimuma.

To bi tada bilo primjenjivo i kod kaznenih naloga, kod kojih je presuda u ovom trenutku nešto drugačija situacija nego kod presuda nakon provedene rasprave. Naime, u istima se, ukoliko sud nađe osnovanim prijedlog državnog odvjetništva, prihvaća i izriče kazna koju je predložilo državno odvjetništvo u optužnici. U takvim presudama redovito izostaje obrazloženje o odmjeravanju kazne, odnosno koje su olakotne i otegotne okolnosti pritom cijenjene, pa nije ni moguće vidjeti koju je „težinu“ imala okolnost što je kazneno djelo počinjeno iz mržnje. Držimo da bi u takvim predmetima bilo uputno da državno odvjetništvo u optužnici kojom traži izdavanje kaznenog naloga, iako to nije obvezni element optužnog akta, navede razloge i okolnosti na kojima se temelji prijedlog kazne, a u kojoj bi se argumentaciji svakako trebalo očitavati koji je značaj dan činjenici da je kazneno djelo počinjeno iz mržnje te kako je istu potrebno posebno vrednovati kao otegotnu.

S druge je, pak, strane, općenito upitna opravdanost predlaganja i izdavanja kaznenih naloga kod zločina iz mržnje. Osim kod, uvjetno rečeno, lakših kaznenih djela i okolnosti počinjenja istih, ako se zločini iz mržnje uopće mogu smatrati takvima, držimo da kod većine zločina iz mržnje počinitelje treba „izvesti pred sud“ i, između ostalog, i na taj način istaknuti težinu takovih djela i prijekor počinitelju. U takvim predmetima i javnost s pravom očekuje da sud donese odluku o krivnji i izrekne kaznu nakon javno provedene rasprave. U kontekstu navedenog nalazimo kako je državno odvjetništvo, primjerice, u predmetu u kojem se počinitelj tereti da je s većom skupinom nepoznatih muških osoba u nakani da ponizi i povrijedi dostojanstvo više osoba crne rase, odnosno tamne boje kože, ovima dovikivao „monkey, monkey“ te glasom oponašao glasanje majmuna, nakon čega je zajedno s drugima trčao za oštećenicima koji su pobjegli i tjelesno ih napao udarajući ih rukama i nogama po tijelu, a jednoga i staklenom bocom po glavi, uslijed čega su zadobili lake tjelesne ozljede, bilo primjerenije podići optužnicu te tražiti da počinitelj pristupi sudu, gdje će biti provedena rasprava te on biti proglašen krivim i (javno) osuđen, no što je bilo traženje i izdavanje kaznenog naloga zbog kaznenog djela nasilničkog ponašanja iz čl. 323.a u vezi čl. 87. st. 21. Kaznenog zakona.¹⁵

3. RAZGRANIČENJE KAZNENIH DJELA I PREKRŠAJA

3.1. KONCEPTUALIZACIJA PREKRŠAJA IZ MRŽNJE

Prekršajno zakonodavstvo ne sadrži pojam prekršaja iz mržnje, no jasno je kako i razni prekršaji mogu biti počinjeni iz mržnje odnosno predrasuda. Da se i prekršaji mogu karakterizirati kao zločini iz mržnje eksplicitno navodi Protokol o postupanju u slučaju zločina iz mržnje koji, međutim, nije normativni akt, pa je njegov doseg ograničen.¹⁶ Provedeno istraživanje pokazuje kako se u ovom kontekstu najčešće radi o prekršajima iz čl. 6. i 13. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira (ZPPJRM)¹⁷ te iz čl. 25. Zakona o suzbijanju diskriminacije (ZSD).¹⁸ I dok prva dva u svom biću uopće ne sadrže element mržnje odnosno predrasuda, djelomično normativno podudaranje - ali ne i potpuna podudarnost - postoji između čl. 87. st. 21. KZ i čl. 25. ZSD. Prema čl. 25. ZSD kažnjiv je tko

¹⁴ V. primjerice presudu Općinskog suda u Bjelovaru, posl. br. K-482/2019 od 23. siječnja 2020. godine.

¹⁵ ODO Split broj K-DO-1435/2019 od 3. 9. 2019. i OS Split broj K-775/2019 od 5. rujna 2019.

¹⁶ V. u Munivrana Vajda, M.; Šurina Marton, A., 2019, *op. cit.* bilj. 1, str. 409.

¹⁷ NN 5/90, 30/90, 47/90, 29/94.

¹⁸ NN 85/08, 112/12. V. rezultate istraživanja objavljene u izvješću Hrvatskog pravnog centra, *op. cit.* bilj.13.

„s ciljem prouzročenja straha drugome ili stvaranja neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja na temelju razlike u rasi, etničkoj pripadnosti, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovnom stanju, članstvu u sindikatu, društvenom položaju, bračnom ili obiteljskom statusu, dobi, zdravstvenom stanju, invaliditetu, genetskom naslijeđu, rodnom identitetu ili izražavanju i spolnoj orijentaciji povrijedi njegovo dostojanstvo.“

Očito, krug diskriminatornih osnova je znatno širi u čl. 25. ZSD, a različito je i subjektivno stanje koje se traži na strani počinitelja.

U odsutnosti preciznije odredbe, diskriminatorna narav prekršaja protiv javnog reda i mira mogla bi se, a držimo i trebala, izraziti u procesu odmjeravanja kazne, na način da se činjenica kako je prekršaj počinjen zbog žrtvine zaštićene osobine vrednuje kao otegotna.¹⁹ Istraživanje pokazuje, međutim, kako takvu pobudu naši prekršajni sudovi uopće ne vrednuju. Nadalje, vrlo nekonzistentna praksa policije i prekršajnih sudova postoji i u pogledu izražavanja diskriminatorne naravi djela kroz samu kvalifikaciju, gdje se različiti oblici diskriminatornih napada ponekad kvalificiraju samo kao čl. 6. ili 13. ZPPJRM, ponekad samo kao čl. 25. ZSD, a ponekad u stjecaju.²⁰ Kvalifikacija naravno u velikoj mjeri ovisi o optužnom prijedlogu, ali i o svim okolnostima događaja koje prije optuživanja treba utvrditi, pa se primjedbe u tom smislu mogu uputiti policijskom postupanju, ali samo donekle. Naime, u nekolicini promatranih predmeta, iako bi iz činjeničnih opisa prekršaja proizlazila podvodljivost pod oba Zakona, prekršajni su sudovi smatrali kako je prekršaj iz čl. 25. ZSD obuhvaćen (konzumiran) člankom 6. ZPPJRM, te su u osuđujućoj presudi ispuštali taj (diskriminatorni) dio optužnog prijedloga gubeći iz vida različite zaštitne objekte ovih inkriminacija. Ni državno odvjetništvo, onda kada se pojavljuje kao ovlaštenu tužitelj u prekršajnom postupku, što se u pravilu događa onda kada povodom kaznene prijave zaključi da se ne radi o kaznenom djelu nego prekršaju, ne obraća dovoljno pažnje izražavanju diskriminatornog motiva kroz kvalifikaciju prekršaja. Tako je primjerice u jednom predmetu državno odvjetništvo odbacilo kaznenu prijavu smatrajući kako prijetnja nije bila dovoljno ozbiljna, pa stoga ne predstavlja kazneno djelo iz čl. 139. st. 2. KZ nego prekršaj, te je istovremeno podnijelo optužni prijedlog zbog prekršaja iz čl. 6. i čl. 13. ZPPJRM, ali ne i za čl. 25. ZSD.²¹ U konkretnom slučaju u optužnom prijedlogu navedeno je kako je skupina mladića, od kojih su identificirana i optužnim aktom obuhvaćena dvojica, zbog netrpeljivosti prema pripadnicima romske manjine, ovima govorila razne pogrdne riječi, da smrde, da su Cigani, da se gube iz Zagreba, pri čemu je jedan okrivljenik oštećenima pokazivao tetovirani kukasti križ na vratu, a drugi udario oštećenog zatvorenom šakom u glavu prilikom naguravanja. Ne ulazeći u ocjenu ostvarenosti obilježja kaznenog djela ili prekršaja, smatramo kako sadržaj optužnog prijedloga ne reflektira da je riječ o djelu iz mržnje, te da nije bilo zapreke da državno odvjetništvo optuži čl. 6. i 13. ZPPJRM u stjecaju s čl. 25. ZSD kako bi se makar na taj način izrazila diskriminatorna narav djela, a s obzirom da su iz činjeničnog opisa prekršaja proizlazila i obilježja čl. 25. ZSD.

3.2. UČINKOVITA ISTRAGA I MOGUĆNOST NJENOG OSTVARENJA KROZ PREKRŠAJNI POSTUPAK

Promatrajući rješenja o odbačaju kaznene prijave državnih odvjetništava u Hrvatskoj u razdoblju od 2013. do 2018. godine, kao najčešći razlog odbačaja, osobito kada je riječ o punoljetnim počiniteljima, pojavljuje se nedostatak dokaza,²² tj. zaključak kako nema osnovane sumnje da je okrivljenik počinio prijavljeno kazneno djelo (čl. 206. st. 1. t. 4. ZKP), a u više se predmeta pojavljuje i utvrđenje kako nije počinjeno kazneno djelo nego prekršaj. Na tom je temelju doneseno rješenje o odbačaju u predmetu u kojem su prema kaznenoj prijavi četiri osobe (od kojih su dvije prilikom podnošenja prijave bile identificirane, a dvije prijavljene kao NN) presrele oštećene dok su zajedno hodali ulicom te im prvo uputili homofobno obojene prijetnje („Ubit ćemo vas pederi, polomit ćemo vam sve kosti, j* ćemo vas u guzicu, nema ovdje mjesta za pedere“), a nakon

¹⁹ Naime, čl. 36. st. 2. Prekršajnog zakona, NN 107/07, 39/13, 157/13, 110/15, 70/17, 118/18, izrijekom spominje pobude iz kojih je prekršaj počinjen kao okolnost koja utječe da kazna po vrsti i mjeri bude lakša ili teža za počinitelja.

²⁰ V. Istraživanje Hrvatskog pravnog centra, *op. cit.* bilj. 13.

²¹ Rješenje o odbačaju Općinskog državnog odvjetništva u Zagrebu, broj KO-DO-1509/13 od 12. studenog 2013. godine i optužni prijedlog Prekršajnom sudu u Zagrebu broj PP-DO-10/14 od 9. lipnja 2014.

²² Kada je riječ o maloljetnicima i mlađim punoljetnicima dominira primjena načela svrhovitosti.

toga ih fizički napali zadavši im udarce u glavu i tijelo.²³ Djelo je kvalificirano samo kao kazneno djelo prijetnje iz čl. 139. st. 2. u svezi sa st. 4. KZ, bez eksplicitnog dovođenja u vezu s čl. 87. st. 21. KZ. Iako se u rješenju o odbačaju kaznene prijave državnog odvjetništva spominje radiološki nalaz KBC-a Split te dva specijalistička nalaza za jednog od oštećenika iz kojih je vidljivo da je isti zadobio barem (lakše) tjelesne ozljede u vidu „kliničkog otoka“ koje se, kada su počinjene zbog nečije pripadnosti zaštićenoj skupini, progone po službenoj dužnosti (čl. 117. st. 2. KZ), taj aspekt nije razmatran odnosno obrazložen niti od strane policije niti od strane državnog odvjetništva. U ovom je predmetu podnesen zahtjev pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje: ESLJP) u kojem se ističe kako su ostvarene povrede članka 3., 8. i 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a vezano za homofobno nasilje protiv podnositelja zahtjeva. Ono što je sporno jest okolnost da li je u konkretnom predmetu povrijeđena pozitivna obveza države, tj. da li je provedena učinkovita istraga, posebice u odnosu na homofobni motiv. Naime, države u pogledu većine prava zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava (dalje: EKLJP) imaju ne samo negativnu obvezu – ne zadirati u zajamčena prava, nego i pozitivnu obvezu – kako poduzeti mjere radi zaštite zajamčenih prava, tako i učinkovito istražiti navodne povrede zajamčenog prava (procesna, tj. postupovna obveza države).²⁴

U konkretnom predmetu državno odvjetništvo je zaključilo kako ne postoji osnovana sumnja da su mlađi punoljetnik i maloljetnik koji su identificirani te kao takvi prijavljeni po policiji, počinili kazneno djelo prijetnje, poklonivši vjeru iskazima prijavljenika koji „u svojim obranama u cijelosti negiraju počinjenje prijavljenog kaznenog djela“. Pri tome su istaknuli kako je obranu mlađeg punoljetnika u cijelosti potvrdio svjedok, dajući mu na taj način alibi. Svjedok je u svom iskazu rekao da je višegodišnji prijatelj s tim počiniteljem, a da je u stanu zajedno s njima bila i svjedokova majka, no ona nije ispitana, iako joj je državno odvjetništvo prvotno uputilo poziv za svjedočenje, no nakon što se isti vratio neuručen, daljnje radnje da se ista ispita kao svjedok nisu poduzimane.²⁵ S druge strane, državno odvjetništvo nije poklonilo vjeru oštećenima koji su s velikom vjerojatnošću prepoznali prijavlenike (pri čemu se ukazuje spornim i izražavanjem postotaka u zapisniku o prepoznavanju), a spisu priležu i službene bilješke policije o obavijesnim razgovorima sa svjedocima očevicima, za koje u rješenju o odbačaju državno odvjetništvo navodi: „iz kojih je razvidno kako imenovani svjedoci nemaju saznanja o identitetu počinitelja“. Što se tiče prepoznavanja, jedan je oštećeni prepoznao maloljetnika sa 90 % sigurnošću, a mlađeg punoljetnika također sa 90 % sigurnošću. Drugo oštećeni je maloljetnika prepoznao sa 100 % sigurnošću, dok je mlađeg punoljetnika prepoznao sa 30 % sigurnošću. Iako su dakle maloljetnika oštećeni prepoznali sa 90 i 100% sigurnošću, a isti nije imao ni alibi, Općinsko državno odvjetništvo u Splitu je rješenjem odbacilo kaznenu prijavu i u odnosu na njega, zbog nepostojanja osnovane sumnje da je počinio djelo.

Zanimljivo je, međutim, kako je u ovom predmetu paralelno s kaznenom prijavom u lipnju 2014. godine policija podnijela za taj događaj protiv maloljetnika i mlađeg punoljetnika i optužni prijedlog Prekršajnom sudu u Splitu zbog prekršaja protiv javnog reda i mira. Iako je takvo postupanje moglo dovesti do primjene načela *ne bis in idem*, do toga nije došlo zbog činjenice da je prekršajni postupak bio izrazito spor, a državno odvjetništvo je odlučilo ne pokretati postupak, kako je opisano *supra*. Prekršajni sud osudio je u veljači 2016. godine maloljetnika zbog povrede javnog reda i mira na rad za opće dobro i ispriku oštećeniku, dok je mlađeg punoljetnika oslobodio na temelju istog alibija odnosno razloga koje je prihvatilo i državno odvjetništvo. S obzirom na sve navedeno i da je iscrpio sva pravna sredstva u RH, uključujući i ustavnu tužbu, oštećeni se obratio ESLJP sa zahtjevom da se utvrdi povreda procesnog aspekta članka 3., 8. i 14. Konvencije.²⁶ Predmet *Beus protiv Hrvatske* pred ESLJP još nije riješen, no bit će zanimljivo vidjeti hoće li ESLJP utvrditi da u ovom predmetu nije provedena učinkovita istraga odnosno da državna tijela nisu adekvatno odgovorila na privatno homofobno nasilje niti kroz osudu za običan prekršaj protiv javnog reda i mira dovoljno rasvijetlila homo-

²³ Rješenje o odbačaju Općinskog državnog odvjetništva u Splitu broj KMP-DO-160/14 od 27. kolovoza 2014.

²⁴ Turković, K.; Viljac Herceg, F., Učinkovita istraga povreda prava zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 26, broj 2/2019, str. 265-290, str. 265.

²⁵ ODO u Splitu je navelo kako „ne postoji razlog zbog kojeg svjedoku ... ne bi trebalo pokloniti vjeru jer je isti prije davanja iskaza upozoren na posljedice lažnog iskazivanja, a pored navedenog se izjasnio kako prije svjedočenja o predmetnom događaju nije razgovarao s [okrivljenim mlađim punoljetnikom]“.

²⁶ *Ante Beus protiv Hrvatske*, zahtjev br. 16943/17 od 27. veljače 2017. godine.

fobnu narav djela.²⁷ Naime, iako je obveza učinkovite istrage obveza sredstva, a ne rezultata, pa dakle nije nužno da dođe do osude počinitelja, da bi istraga bila učinkovita, potrebno je da je ona između ostaloga neovisna²⁸ i temeljita.²⁹ Element temeljitosti je vjerojatno najsloženiji element učinkovite istrage, a bitno je da su državna tijela poduzela sve razumne i dostupne korake radi utvrđivanja činjenica, identificiranja žrtava, svjedoka i počinitelja kao i radi njegovog sankcioniranja.³⁰ U ovom se predmetu pojavljuje i dodatna zanimljivost kako policija nije ni prijavila osobu za koju je inicijalno također postojala sumnja na počinjenje djela, i koju su obje žrtve prepoznale sa stopostotnom sigurnošću, ali je policija zaključila daljnjom obradom da osoba ima alibi u vrijeme počinjenja djela, iako se postavlja pitanje da li je i taj alibi provjeren svim raspoloživim sredstvima. Nadalje, sukladno praksi ESLJP, prilikom istrage nasilnih incidenata, počinjenih čak i od strane privatnih pojedinaca, da bi se istraga smatrala temeljitom državne vlasti imaju i dodatnu obvezu poduzeti sve razumne korake kako bi razotkrile svaki rasistički i drugi diskriminatorni motiv i utvrdile jesu li u tim događajima ulogu mogle odigrati etnička mržnja ili druge predrasude.³¹ Takva obveza postoji uvijek kada postoji vjerodostojni navod, utemeljena tvrdnja ili druge jasne indikacije.³²

U slučaju namjerne povrede nekog konvencijskog prava, kao što je nasilni napad na osobu protivno čl. 3. EKLJP, ali i prijetnji koje konstituiraju povredu čl. 8. Konvencije ili diskriminacijski motiviranog nasilja prema čl. 14. Konvencije, potrebno je aktiviranje kaznenopravnog mehanizma. Kod nas načelno i prekršajni postupak pred prekršajnim sudovima zadovoljava uvjete da bi se smatrao kaznenopravnim mehanizmom,³³ no često ni prekršajni postupak ne odgovara zahtjevima učinkovite istrage, kao što je slučaj kada je u prekršajnom postupku optužnim prijedlogom i pravomoćnom presudom obuhvaćen samo prekršaj protiv javnog reda i mira, pri čemu niti kroz pravnu kvalifikaciju niti kroz odmjeravanje kazne do izražaja ne dolazi diskriminatorna narav djela, a što je bilo i u konkretnom prekršajnom predmetu. Stoga se, imajući u vidu pozitivnu obvezu države da raskrinka homofobni motiv djela, može postaviti pitanje da li je u ovom slučaju provedena učinkovita istraga, kao i u pogledu druga dva postupka protiv RH u tijeku pred ESLJP, u kojima su podnositelji zahtjeva također žrtve homofobnih napada, a djela su procesuirana isključivo kao prekršaji protiv javnog reda i mira. No kako je u njima došlo do primjene *ne bis in idem* načela, obrađujemo ih zasebno niže.

3.3. NE BIS IN IDEM

Istraživanje je pokazalo kako je uslijed primjene načela *ne bis in idem* u nekoliko analiziranih predmeta brzi prekršajni postupak prekludirao kazneni progon, iako je u ponašanju osumnjičenog bilo elemenata kaznenog djela zločina iz mržnje. U ovom kontekstu posebno se ističe rješenje o odbačaju kaznene prijave protiv troje okrivljenika „zbog kaznenog djela nasilničkog ponašanja iz čl. 323.a Kaznenog zakona u svezi s čl. 89. t. 21. Kaznenog zakona“.³⁴ Okrivljeni su se, uvidjevši da su oštećeni zagrljeni i da izmjenjuju nježnosti te shvativši da su oštećenici istospolni par, nastavili kretati za njima, dobacujući im brojne uvrede i prijetnje („Pederčine!“, „Odvratni ste!“, „Zaklat ćemo vas pederčine“, „Ubit ćemo vas“, itd.), nakon čega su i nasrnuli na oštećene na način da je III. okrivljena udarala jednog oštećenog zatvorenim šakama u predjelu glave odnosno lica, kojem napadu su se priključili I. i II. okrivljeni, nakon čega je oštećeni pao na tlo zajedno, gdje su ga nastavili udarati rukama i nogama, uključujući i u predjelu glave (od strane III. okrivljene), a zatim je II. okriv-

²⁷ Još od predmeta Šečić jasno je da i napadi privatnih osoba traže adekvatnu reakciju državnih tijela. Također, recentna praksa ESLJP govori kako je nužno rasvijetliti ne samo rasistički nego i homofobni motiv djela *Identoba i ostali protiv Gruzije*, zahtjev br. 73235/12, presuda od 12. svibnja 2015. Razvoj prakse ESLJP na području zločina iz mržnje u Bošnjak, M.; Grgić Boulais, A., Zločin iz mržnje u praksi Europskog suda za ljudska prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 26, broj 2/2019, str. 319-334.

²⁸ Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.* bilj. 2424, str. 277.

²⁹ Osim toga, učinkovita istraga podrazumijeva i žurnost, nadzor javnosti i uključenost žrtve.

³⁰ Tako i Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.* bilj. 24, str. 276.

³¹ *Nachova protiv Bugarske*, zahtjev br. 43577/98 i 43579/98, 6. srpnja 2005., Šečić protiv Hrvatske, zahtjev br. 40116/02, 31. svibnja 2007., već citirani predmet *Identoba i ostali protiv Gruzije*, Više u Bošnjak, M.; Grgić Boulais, A., *op.cit.* bilj. 27.

³² Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.* bilj. 24, str. 268.

³³ Više o tzv. Engel kriterijima i njihovoj primjeni u praksi od strane ESLJP u Barberić, Lara; Dolmagić, Jasmina, Načelo *ne bis in idem*, Hrvatska i europska praksa, Priručnik za polaznike/ice, Pravosudna akademija, Zagreb, 2019., str. 12-18. Osobito mjerodavan je opis primjene tih kriterija na hrvatski prekršajni postupak zbog prekršaja protiv javnog reda i mira u predmetu Maresti, str. 18.

³⁴ Rješenje o odbačaju ODO-a u Zagrebu, broj KMP-DO-347/2016 od 17. veljače 2017.

ljeni nasrnuo na drugog oštećenika i desnom ga nogom udario u predjelu prsnog koša te rukama po tijelu. U ovom su napadu oštećeni zadobili tjelesne ozljede, o čemu svjedoči i medicinska dokumentacija.

Djelo je počinjeno 7. svibnja 2016. godine u večernjim satima (u 23,15), a istog su ih dana policijski službenici priveli „zbog počinjenja prekršaja iz čl. 6. ZPPJRM“ za koji su već sutradan i osuđeni presudom Prekršajnog suda u Zagrebu te im je izrečena kazna zatvora u trajanju od 30 dana uvjetno, uz rok kušnje od godine dana, a presuda je istog dana postala i pravomoćna. Naime, svi su osuđenici priznali prekršaj i pokajali se, te se odrekli prava na žalbu.³⁵ Stoga je državno odvjetništvo primijenilo načelo *ne bis in idem* i donijelo rješenje o odbačaju. U obrazloženju odluke o odbačaju državno se odvjetništvo pozvalo na presudu ESLJP u predmetu Maresti, s posebnim naglaskom na t. 63. presude koja „kao kriterij utvrđivanja identiteta djela navodi istovjetnost događaja, radnji i ponašanja“ i t. 84. presude u kojoj je ESLJP zauzeo stajalište „da se sud u svom ispitivanju identiteta djela treba usredotočiti na one činjenice koje predstavljaju skup konkretnih činjeničnih okolnosti koje uključuju istog okrivljenika i koje su nerazdvojno povezane u vremenu i prostoru“. Budući da je Prekršajni sud svojom presudom obuhvatio kako homofobne prijetnje i uvrede, tako i fizičko nasrtanje na oštećenike i udaranje rukama u predjelu glave, državno odvjetništvo je zaključilo da se radi o pravomoćno presuđenoj stvari kao okolnosti koja isključuje kazneni progon.

Ovakva bi se praksa, iako u vrijeme donošenja odluke nije bila usamljena te je tada bila utemeljena na presudi Maresti i postupanju u svjetlu iste, s aspekta novije prakse ESLJP (presuda A.B. protiv Norveške) mogla pokazati spornom iz više aspekata, za prikaz čega ćemo kasnije iskoristiti ovaj primjer. Zbog takve prakse u tijeku su barem dva postupka pred ESLJP, a analizom prekršaja iz mržnje i odbačaja, u uzorku od 25 odbačaja identificiran je još jedan predmet u kojima je došlo do odbačaja kaznene prijave primjenom načela *ne bis in idem*³⁶. Upravo u gore navedenom predmetu homofobnog nasilja oštećeni su 22. kolovoza 2017. godine podnijeli zahtjev ESLJP s ciljem da se utvrdi jesu li tijela državne vlasti ispunile svoje procesne obveze prema čl. 3. i/ili 8. Konvencije samostalno i/ili u vezi s čl. 14. Konvencije u odnosu na nasilni diskriminatorni napad na oštećene podnositelje zahtjeva, te jesu li podnositelji zahtjeva imali na raspolaganju učinkovito domaće pravno sredstvo, kako to zahtijeva čl. 13. Konvencije.³⁷ Slična su pitanja postavljena i u ranije podnesenom zahtjevu *Sabalić protiv Hrvatske*, u kojem je također počinitelj homofobnog nasilja procesuiran prekršajno za prekršaj protiv javnog reda i mira te osuđen na 300 kuna novčane kazne iako su podnositeljici zahtjeva nanesene tjelesne ozljede. Zbog prekršajne presude državno odvjetništvo odbacilo je kaznenu prijavu smatrajući da bi kazneni progon povrijedio načelo *ne bis in idem*, a ispravnost takvog rezoniranja potvrdio je i Općinski kazneni sud u Zagrebu.³⁸ U ovom se predmetu može postaviti pitanje je li izrečena odgovarajuća sankcija. Naime, da bi sankcija bila odgovarajuća, imajući u vidu značajan diskrecijski prostor sudova, potrebno je da se njome ostvaruju svrhe kažnjavanja, i to ne samo specijalna prevencija, nego i retribucija kao oblik pravde za žrtve, te generalna prevencija, tj. opće odvraćanje od počinjenja novih povreda te održavanje vladavine prava.³⁹ Kazna analogna ili čak i niža od prosječne kazne za prometni prekršaj teško da pridonosi ostvarenju navedenih svrha kažnjavanja. Ostaje vidjeti kako će ESLJP odlučiti u ovim predmetima.

Kao što se može iščitati iz analize *supra*, predmet Maresti,⁴⁰ u velikoj je mjeri obilježio našu sudsku praksu i zakonodavne reforme,⁴¹ koju zakonodavnu izmjenu smatramo preuranjenom i nepotrebnom, te trenutno i

³⁵ Osuđenici su se odrekli prava na žalbu prema čl. 151. st. 3. Prekršajnog zakona.

³⁶ Riječ je o rješenju o odbačaju zbog kaznenog djela prijetnje ODO u Puli, K-DO-3722/2015-11 od 9. veljače 2016. godine. Ono što je upitno, a nije se ispitivalo u prekršajnom postupku, je radi li se u ovom predmetu uopće o ZIM, tj. zaštićenoj osobini. Naime, okrivljenik je vlasniku i gostima prijetio s vidljivo istaknutim nožem, psujući im pritom 'ustašku majku', pri čemu nije utvrđeno je li pri tome mislio na nacionalnost odnosno etničko podrijetlo (sve Hrvate) ili na političko uvjerenje koje kao takvo nije zaštićena odredbom o zločinu iz mržnje iz čl. 87. st. 21. (a jest ZSD). Također, valja upozoriti da je ovdje počinitelj osuđen za stjecaj prekršaja iz ZPPJRM i čl. 25. ZSD, dok je u nekim predmetima, pak, prekršajni sud smatrao da prekršaj iz čl. 25. konzumira čl. 6. ZPPJRM (PpJ-1343/2019 (13. PpJ-373/18).

³⁷ ESLJP, *Zahtila i Koletić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 63344/17.

³⁸ ESLJP, *Sabalić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 50231/13.

³⁹ Turković, K.; Viljac Herceg, F., *op. cit.* bilj. 24, str. 283-285.

⁴⁰ *Maresti protiv Hrvatske*, zahtjev br. 55759/07, presuda od 25. lipnja 2009. godine.

⁴¹ Više o načinima na koje je hrvatsko pravosuđe reagiralo u Martinović, Igor, Načelo *ne bis in idem* nakon presude A. i B. protiv Norveške: Mogućnost kaznenog progona za djelo o kojem je već odlučeno u prekršajnom postupku, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 26, broj 2/2019, str. 591. et seq. Što se zakonodavnih reformi tiče, osim pokušaja što dosljednijeg razgraničenja kaznenih djela i prekršaja (o iluzornosti takvog nastojanja Martinović, str. 618.), u Prekršajni zakon izmjenama i dopunama od 1.

ograničavajućom, a s obzirom na razvoj prakse ESLJP, trebalo bi razmisliti o ponovnoj izmjeni. Naime, recen-tna praksa ESLJP se mijenja u smjeru veće fleksibilnosti i manje formalističkog pristupa - 2016. godine done-sena je druga izuzetno važna presuda u predmetu A.B. protiv Norveške, kojom je učinjen iskorak u pogledu pitanja je li postojala dvostrukost postupanja.⁴² Već je istaknuto da se prekršajni postupci vođeni za prekrša-je protiv javnog reda i mira te izrečene sankcije mogu smatrati kaznenopravne naravi, pri čemu je mjerodav-na ne samo sankcija izrečena u konkretnom predmetu nego i propisana kazna koju je bilo moguće izreći. Također, nesporno je da je poviše analiziranim predmetima isto činjenično stanje (*idem factum*) bilo predme-tom i prekršajnog postupka i (nerealiziranog) kaznenog postupka. Stoga ostaje pitanje bi li naknadnim vođe-njem kaznenog postupka neposredno nakon pravomoćnog okončanja prekršajnog postupka, bila povrije-đena zabrana dvostrukog postupanja (*bis*). Prema jasnom stajalištu ESLJP u predmetu A.B. protiv Norveške, paralelno ili čak konsekutivno vođenje administrativnog i pravog kaznenog postupka neće se smatrati dupli-ciranjem ako su postupci kombinirani tako da tvore koherentnu povezanu cjelinu, s ciljem ostvarivanja kom-plementarnih svrha povezanih u vremenu, uz ostvarenje zahtjeva predvidljivosti takvog postupanja osoba-ma koje su njima pogođene.⁴³ Sud je naveo i tzv. materijalne faktore relevantne za ocjenu postoji li dostatna bliska veza u naravi i vremenu: 1) jesu li se različitim postupcima nastojale ostvariti komplementarne svrhe i na taj način obuhvatiti različite aspekte ponašanja; 2) je li vođenje dva postupka predvidljiva posljedica; 3) jesu li postupci vođeni na način kako bi se u što je moguće većoj mjeri izbjeglo dupliciranje u prikupljanju i ocjeni dokaza, te 4) je li kazna u prvo-okončanom postupku uzeta u obzir u drugom postupku. Vremenska bliskost nije strogo definirana, no jasno je da što je veći vremenski odmak među postupcima, to će teže biti zadovoljiti ovaj kriterij.⁴⁴ Martinović detaljno analizira potencijalnu primjenu ovih kriterija na hrvatski pravni sustav, donoseći zaključak da bi vođenje kaznenog postupka nakon što je počinitelj već osuđen za isto djelo u prekršajnom postupku načelno *in abstracto* bilo dopušteno.⁴⁵ Stoga nema potrebe detaljno analizirati sva-ki od ovih kriterija zasebno ovdje, no željele bi se osvrnuti na specifičnosti konteksta zločina iz mržnje. Jedan od značajnijih faktora za ocjenu bliske povezanosti u naravi je taj da se vođenjem prekršajnog i kaznenog postupka ostvaruju različite svrhe i obuhvaćaju različiti aspekti spornog ponašanja. Kao što ističe Martinović, to u hrvatskom sustavu načelno nije sporno „jer se cjelokupno nepravo ne iscrpljuje u osudi za prekršaj.“⁴⁶ To je, smatramo, posebice slučaj kad je riječ o zločinima iz mržnje, budući da u prekršajnom postupku za prekr-šaje protiv javnog reda i mira osudom ni ne može adekvatno biti obuhvaćen diskriminatorni motiv djela. Različita su i zaštićena pravna dobra – prekršajima protiv javnog reda i mira štiti se prvenstveno javni red, normalan način života građana i opća sigurnost ljudi i imovine.⁴⁷ Kada je riječ o kaznenom djelu iz mržnje štiti se prije svega ljudsko dostojanstvo (žrtve), jednakost građana te različita relevantna pravna dobra ovisna o konkretnom obliku i vrsti kaznenog djela o kojem je riječ (ako se radi o tjelesnoj ozljedi – zdravlje i tjelesni integritet, ako se radi o oštećenju tuđe stvari – imovina, itd.). Stoga postoji značajan prostor da se provede i kazneni postupak za zločin iz mržnje usprkos činjenici da je ista osoba na temelju istog činjeničnog stanja već osuđena za prekršaj protiv javnog reda i mira,⁴⁸ te smatramo da državni odvjetnici u svjetlu nove prakse ESLJP u odnosu na načelo *ne bis in idem* ne bi trebali bez iscrpne analize svih elemenata odustajati od kazne-nog progona odnosno donositi rješenja o odbačaju temeljem tog osnova. Ako se vratimo na gore citirano rješenje o odbačaju državnog odvjetništva protiv tri osobe koje su prethodno okrivljene i osuđene u prekr-šajnom postupku, držimo da bi u kontekstu svega navedenog o novoj praksi ESLJP ovdje bilo prostora i za vođenje odnosno donošenje sudske odluke i u kaznenom postupku. Naime, kaznenu prijavu podnijeli su oštećeni, dok je policija očito previdjela da su u ovom predmetu ostvarena obilježja kaznenog djela za koje

lipnja 2013. g. unijeta je odredba prema kojoj ako je protiv počinitelja prekršaja započeo kazneni postupak zbog kaznenog djela kojim je obuhvaćen i prekršaj, ne može se za taj prekršaj pokrenuti prekršajni postupak, a ako je postupak pokrenut, ne može se dalje voditi (čl. 10, NN 39/13).

⁴² ESLJP, *A.B. protiv Norveške*, zahtjev br. 24130/11 i 29758/11, presuda od 15. studenog 2016.

⁴³ *Ibid.*, par. 128-130.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 132-134. Martinović, I., *op. cit.* bilj. 41, str. 604.

⁴⁵ Martinović, I., *op. cit.* bilj. 4141, str. 602-604.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ V. čl. 1. ZPPJRM i tamo proklamirane svrhe.

⁴⁸ U tom smjeru već idu neke odluke hrvatskog Ustavnog suda, ističući primjerice, da prekršajna odgovornost postoji i bez nano-šenja tjelesne ozljede. Više u Martinović, I., *op. cit.* bilj. 41, str. 616.

se progoni po službenoj dužnosti – tjelesne ozljede iz mržnje (čl. 117. st. 2. KZ) ili eventualno nasilničkog ponašanja. Nadalje, i optužni je prijedlog Prekršajnom sudu bio manjkav s obzirom da je djelo kvalificirano samo kao čl. 6. ZPPJRM, a ne u stjecaju s čl. 25. ZSD kako bi se makar na taj način kroz kvalifikaciju iskazao očiti diskriminatorni element. Činjeničnim stanjem navedenim u presudi jesu obuhvaćene i homofobne prijetnje i uvrede, ali prekršajnom osudom je *de facto* obuhvaćeno samo naročito drsko i nepristojno ponašanje na javnom mjestu, a ne i homofobni motiv, koji se kao element djela iz mržnje ili barem otegotna okolnost pri odmjerenju kazne ni ne spominje u presudi Prekršajnog suda.⁴⁹

Situacija je ponešto drugačija ako je prekršajnim postupkom obuhvaćen i prekršaj iz čl. 25. ZSD te počinitelj sankcioniran za diskriminatorno postupanje u kojem je sadržana i pobuda za djelo iz mržnje. Ocjena će tada ovisiti o konkretnom kaznenom djelu koje sadrži i elemente prekršaja i o tome povređuju li se njime neka daljnja pravna dobra kojima adekvatna zaštita nije dana kroz prekršajni postupak. Osim toga, treba voditi računa i o sankciji koja prema čl. 25. ZSD može biti vrlo stroga i konzumirati cjelokupno nepravo konkretnog događaja.

4. ZAKLJUČAK

Da su zločini iz mržnje izuzetno štetni za bilo koje društvo prepoznao je i ESLJP, prema kojem bi jednako tretiranje nasilja i brutalnosti koje je motivirano rasnim i drugim diskriminatornim razlozima i onih koji nemaju takvu motivaciju predstavljalo zatvaranje očiju pred specifičnom prirodom zločina iz mržnje kao djela osobito destruktivnih za temeljna prava. Propust da se napravi razlika u načinu na koji se postupa u situacijama koje su bitno drugačije može dovesti do neopravdanog postupanja prema žrtvi koje je nespojivo s čl. 14. Konvencije.⁵⁰ Iako hrvatski pravni sustav načelno prepoznaje i izdvaja zločine iz mržnje kao posebnu kategoriju kažnjivih djela, ovaj rad pokazuje kako i u zakonodavnom uređenju ove materije i u primjeni postojećih odredbi ima mjesta za poboljšanja. U radu smo iznijeli više preporuka od kojih se neke odnose na zakonski okvir, a neke na postupanje u praksi.

U kontekstu kaznenih djela zakonodavni okvir ocjenjujemo načelno dobrim te su naše preporuke prvenstveno usmjerene na praksu. Prije svega, smatramo da bi, kada je riječ o zločinima iz mržnje, načelno trebalo odustati od predlaganja i izdavanja kaznenih naloga. Više pažnje bi općenito trebalo posvetiti obrazloženju mržnje kao diskriminatornog motiva djela koji djelu daje posebnu težinu, bilo kroz kvalifikatorni oblik kaznenog djela kod kojeg mržnja predstavlja obilježje djela, bilo kroz utvrđivanje mržnje kao *ex lege* otegotne okolnosti. S obzirom na njihovu štetnost za društvo, važno je na zločine iz mržnje reagirati odlučno i pojačanim sankcijama.⁵¹ Međutim, u drugo navedenoj situaciji suci nerijetko previđaju mržnju te ju ne navode kao otegotnu okolnost iako to zakonodavac od njih izrijeком traži. Ovaj očiti propust može se otkloniti kroz edukaciju i promjenu sudske prakse, no kod ove kategorije kaznenih djela iz mržnje, tj. svih kaznenih djela kod kojih mržnja ne predstavlja kvalifikatornu okolnost, predlažemo i jednu zakonodavnu intervenciju. Smatramo da bi i kod tog tipa kaznenih djela iz mržnje trebalo omogućiti strože kažnjavanje iznad kaznenog okvira za konkretno kazneno djelo, primjerice za jednu trećinu. Takvo rješenje ne bi predstavljalo presedan u našem sustavu, budući da slična mogućnost već postoji kada je riječ o produljenom kaznenom djelu te kaznenim djelima počinjenim u sastavu zločinačkog udruženja.⁵² Na taj način bi se i kroz sankcioniranje počinitelja jasnije omogućilo izražavanje neprava inherentnog zločinima iz mržnje.

Za razliku od kaznenopravnih normi, kada je riječ o prekršajima, problemi u praksi u velikoj mjeri su uvjetovani prekršajnim zakonodavstvom. Naime, pozitivno-pravni okvir eksplicitno ne omogućuje adekvatno izražavanje specifične težine prekršaja iz mržnje i smatramo kako bi *de lege ferenda* trebalo unijeti i taj institut u prekršajno zakonodavstvo. To bi bilo moguće učiniti kroz izmjene Prekršajnog zakona ili eventualno kroz novi Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira, koji se već godinama iščekuje. Do tada ovlaštenim tuži-

⁴⁹ Prekršajni sud u Zagrebu, Pp-J-1949/16 od 8. svibnja 2016. godine.

⁵⁰ ESLJP, Šečić protiv Hrvatske, zahtjev br. 40116/02, presuda od 31. svibnja 2007. godine, par. 67. V. i Turković, K., Definicija zločina iz mržnje u Kaznenom zakonu RH u svjetlu presude ESLJP-a Škorjanec protiv Hrvatske, u Turković, K.; Munivrana Vajda, M.; Dragičević Prtenjača, M.; Kazneno pravo: sinergija teorije i prakse. Liber amicorum Petar Novoselec, Zagreb, 2019, str. 504-506.

⁵¹ Turković, K., *ibid*, str. 504.

⁵² V. čl. 52. KZ i čl. 329. KZ.

teljima i prekršajnim sucima ostaje da element mržnje izraze kroz činjenični i pravni opis te pravnu kvalifikaciju, odnosno kroz stjecaj odgovarajućeg prekršaja s prekršajem iz čl. 25. ZSD, a u svim drugim slučajevima kroz odgovarajuće odmjerenu kaznu, pri čemu bi mržnja trebala biti eksplicitno vrednovana kao negativna pobuda koja utječe da kazna bude teža za počinitelja – što i sada postojeći članak 36. st. 2. Prekršajnog zakona omogućuje. U protivnom, dolazi u pitanje konvencijska obveza da se raskrinka diskriminatorni motiv djela te da se bitno različite situacije (tzv. obični prekršaji protiv javnog reda i mira i prekršaji iz mržnje) tretiraju različito.

Konačno, brzi prekršajni progon u nekoliko je promatranih predmeta doveo do odbačaja kaznene prijave ili odbijajuće presude na temelju primjene načela *ne bis in idem*. Ovakvo je postupanje naslijeđe presude ESLJP u predmetu Maresti, no smatramo kako u svjetlu novije presude u predmetu *A.B. protiv Norveške* postoji prostor za kazneni progon, osobito ako su u prekršajnom postupku djela kvalificirana isključivo kao prekršaji protiv javnog reda i mira, što je u promatranom uzorku prevladavajuća praksa.

Dr.sc. Laura Valković*
Ana-Marija Gospočić**

POTREBA MIJENJANJA PRAKSE SPORAZUMIJEVANJA? – U POVODU PRESUDE EUROPSKOG SUDA U PREDMETU C-377/18

Uvodne napomene rada posvećene su prikazu zakonske regulative instituta sporazumijevanja u Republici Hrvatskoj od Zakona o kaznenom postupku iz 1997. do danas. Drugi dio uvodnih napomena sadrži kratki prikaz europskog pravnog okvira okrivljenikove pretpostavke nedužnosti. Rad nadalje daje prikaz presude Europskog suda u predmetu C-377/18 donesene u povodom zahtjeva za prethodnu odluku koji se odnosio na tumačenje prve rečenice članka 4. stavka 1. Direktive (EU) 2016/343 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenom postupku (SL 2016., L 65, str. 1.), u vezi s prvom rečenicom uvodne izjave 16. i uvodne izjave 17. te direktive. Naposljetku autorice ističu potrebu izmjene sadržaja sporazuma i izjave za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka u hrvatskoj praksi u skladu s tumačenjem članka 4.1. Direktive 2016/343 izraženim u odluci Europskog suda C-377/18.

UVODNE NAPOMENE

Stranačko sporazumijevanje, institut zasnovan na anglosaksonskom običajnom pravu, postao je uvođenjem u hrvatsko pravosuđe jedan od ključnih instituta kaznenog prava. U vrijeme svojevrsne krize kaznenog pravosuđa zbog velikog broja neriješenih predmeta pred sudovima, konsequalni postupci udovoljavaju potrebi države da ekonomično raspoláže ograničenim sredstvima predviđenima za kazneno procesuiranje, a da se pri tome ne dovede u pitanje učinkovitost kaznenog postupka.¹ S druge strane, iako se kao najveće prednosti sporazuma ističu ekonomičnost postupka, rasterećenje sudova i smanjivanje broja kaznenih predmeta, isto valja "staviti na vagu" i s njegovim nedostacima i to s rizikom priznanja krivnje od strane nevinih osoba zbog psihološkog tereta visine zapriječene kazne, faktičke neravnopravnosti okrivljenika i državnog odvjetnika, kao i mogućnosti da se okrivljeniku izrekne dugogodišnja kazna zatvora.² Domaća ali i strana iskustva uče nas o pozitivnim i negativnim stranama tog instituta kaznenog procesnog prava, jer pregovaranje nije suvremeni izum - bilo je prisutno dok je kazneni postupak još bio u povojima.³ No, bilo kako bilo, skraćenje

* Dr.sc. Laura Valković, odvjetnica iz Zagreba

** Ana-Marija Gospočić, odvjetnica iz Zagreba

¹ E. Ivičević Karas, D. Puljić: Presuda na temelju sporazuma stranaka u hrvatskom kaznenom procesnom pravu i praksi Županijskog suda u Zagrebu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 20, broj 2/2013, str. 824.

² I. Turudić, T. Pavelin Borzić, I. Bujas, "Sporazum stranaka u kaznenom postupku – trgovina pravdom ili?", Pravni vijesnik, god. 32 br. 1, 2016., str. 122.

³ M. Mrčela: Presuda na zahtjev stranaka u istrazi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 9, broj 2/2002, str. 350.

postupka ipak se nameće kao glavno opravdanje konsenzualne pravde, a nagodbe stranaka moraju dovesti do radikalnog pojednostavljenja raspravnog režima, a srednji put i pravu mjeru, tu nije lako pronaći.⁴

Razlozi zbog kojih se pojedini okrivljenici odlučuju na sporazumno okončanje kaznenog postupka mogu biti različiti i intencija ovog rada nije ih propitivati.⁵ Ovo pitanje, međutim, dobija na važnosti u procesnoj situaciji u kojoj se u jednom kaznenom postupku, koji se vodi protiv više okrivljenika, pojedini (su)okrivljenici odluče okončati kazneni postupak sporazumno presudom dok drugi žele nastaviti sa kaznenim postupkom pred sudom. U takvoj situaciji opravdano je propitivati da li sporazumna presuda jednog od okrivljenika može prekršiti pretpostavku nedužnosti drugog okrivljenika u (istom) kaznenom postupku. Ovo je pitanje osobito važno ima li se na umu da okrivljenici sklapaju sporazume u kojima se u činjeničnim opisima kaznenih djela za koja se sporazumijevaju, u postupcima sa više okrivljenika, navode i radnje drugih okrivljenika kao i njihova imena i drugi podatci, osobito kada se radi o kaznenim djelima za koja je nužno postojanje više osoba za njihovo počinjenje.

S druge strane, pretpostavka okrivljenikove nedužnosti institut je kaznenog procesnog prava koji danas uživa široko prihvaćanje na globalnoj razini te je neizostavni element međunarodnih⁶ i regionalnih⁷ dokumenata o ljudskim pravima, te Ustava pojedinih država kao najvišeg općeg pravnog akta u nekoj zemlji.⁸ Pitanje ispravnog tumačenja sadržaja i dosega pretpostavke okrivljenikove nedužnosti od iznimnog je značaja i u pravu EU.⁹

Naime, pretpostavka nedužnosti jedno je od kaznenoprocenih instituta koje garantira Povelja Europske unije o temeljnim pravima u članku 48.1., a koja odredba korespondira članku 6.2. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. Direktivom 2016/343 o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenim postupcima (dalje u tekstu: Direktiva)¹⁰, između ostalog, podržano je pravo na pošteno suđenje, pretpostavku nedužnosti i pravo na obranu kao temeljnih prava i načela koja su priznata Poveljom i Konvencijom.

Svrha je ove Direktive jačanje prava na pošteno suđenje u kaznenom postupku utvrđivanjem zajedničkih minimalnih pravila o određenim vidovima pretpostavke nedužnosti i pravu sudjelovati na raspravi. Utvrđivanjem zajedničkih minimalnih pravila o zaštiti postupovnih prava osumnjičenika ili optuženika, Direktiva nastoji ojačati međusobno povjerenje država članica u njihove sustave kaznenog pravosuđa te time olakšati uzajamno priznavanje odluka u kaznenim stvarima.

Riječ je o dokumentu koji predstavlja nastavak legislativne aktivnosti na Zelenu knjigu o pretpostavci nedužnosti, koju je Europska komisija objavila u travnju 2006. godine s ciljem ispitivanja postoje li zajednički minimalni pravni standardi u po tom pitanju u državama članicama EU.¹¹

Imajući u vidu da je Europski sud taj koji ima zadnju i konačnu riječ u interpretaciji europskog prava, presuda C-377/18 čiji se prikaz daje u ovom radu, trebala bi i u hrvatskom kaznenopravnom sustavu i praksi donijeti novine te izmjene sadržaja sporazuma ali jednako tako i izjave za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka u onim slučajevima kada se sporazumijeva okrivljenik kojemu se stavlja na teret počinjenje kaznenog djela s drugim osobama, suokrivljenicima, koji nisu postigli sporazum, o čemu je više riječi kasnije, u zaključnim razmatranjima.

⁴ M. Damaška: Napomene o sporazumima u kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 11, broj 1/2004, str.20.

⁵ Više op. cit. uz bilj. 5. str.369.

⁶ Vidi čl. 11. st. 1. Opće deklaracije o ljudskim pravima od 10. prosinca 1948., te čl. 14. st. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 16. prosinca 1966.

⁷ Vidi čl. 6. st. 2. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od 4. studenoga 1950., čl. 26. Američke deklaracije o pravima i dužnostima čovjeka od 2. svibnja 1948., čl. 8. st. 2. Američka konvencija o ljudskim pravima od 20. studenog 1969., te čl. 7. st. 1.b Afričke povelje o ljudskim pravima i pravima naroda od 27. lipnja 1981.

⁸ Vidi više A. Novokmet, Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti i prijedlog direktive, CoCocrim, str. 115.

⁹ Ibidem

¹⁰ Direktiva (EU) 2016/343 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenom postupku, Službeni list Europske unije od 11.3.2016., L65/1

¹¹ Vidjeti više M. Bitanga: Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 25, broj 2/2018, str. 484

ODREDNICE ZAKONSKOG OKVIRA SPORAZUMIJEVANJA

Stranačko sporazumijevanje nije novina u hrvatskom kaznenopravnom sustavu. U određenim oblicima primjenjuje se još od 01. siječnja 2003., pa i ranije ako kazneni nalog promatramo kao svojevrsnu konsenzualnu formu donošenja presude¹².

Naime, prema odredbi članka 442. stavak 5. Zakona o kaznenom postupku iz 1997.¹³ (u daljem tekstu ZKP/97) bila je predviđena mogućnost da se okrivljenik koji se očitovao krivim u odnosu na sve točke optužbe suglasi s vrstom i mjerom kaznenopravne sankcije koju je državni odvjetnik predložio u optužnom prijedlogu.¹⁴ Ovoj je mogućnosti, na određen način, korespondirao i ranije ustanovljen institut kaznenog naloga predviđen u odredbi 446. ZKP/97 koji je, kao i danas, omogućavao okrivljeniku da, nakon što sud izda kazneni nalog, ne izjavljivanjem prigovora protiv tog naloga izrazi svoju volju pristajanjem na kaznu ili mjeru koju je za njega zatražio državni odvjetnik. Nadalje, odredbom članka 190.a ZKP/97 bio je reguliran institut presude na zahtjev stranaka u istrazi koji je strankama omogućavao sporazumijevanje za kaznena djela za koja je kao gornja mjera bila propisana kazna zatvora u trajanju do deset godina.¹⁵

Stupanjem na snagu Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine, u hrvatski procesni kazneni sustav ulazi značajno proširenje stranačkog pregovaranja koje se u prvom redu manifestiralo u odbacivanju ograničenja kruga kaznenih djela za koja je sporazumijevanje moguće. Na taj način, novi je zakon omogućio sporazumijevanje za sva, pa i najteža kaznena djela. Naslijedivši presudu na zahtjev stranaka u istrazi uvedenu 2002. godine novelom ZKP/97 po uzoru na talijanski model sporazumijevanja *applicazione della pena su richiesta delle parti ili patteggiamento*, novi institut po mnogim se obilježjima bitno razlikovao od prethodnoga.¹⁶ Novelom ZKP/08¹⁷ nakon Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske¹⁸ učinjene su intervencije u odredbe o sporazumijevanju, iako to nije bila zadaća koju je nametnula odluka Ustavnog suda već se pokazala mogućnost da se neke odredbe jasnije reguliraju i dorade kako bi se izbjegli prijevori i različita tumačenja, a posljedično tome i različita praksa sudova.¹⁹

Sporazumijevanje stranaka o kazni i drugim mjerama te donošenje presude na temelju sporazuma stranaka regulirano je u svega pet članka ZKP/08 (čl. 360.-364. ZKP/08.) Iako je riječ o vrlo važnom institutu postupnog prava koji direktno utječe na mogućnost ranog i brzog okončanja kaznenog postupka i u sebi utjelovljuje interese obiju stranaka kaznenog postupka ali i opće kriminalno političke interese države, zakonodavac evidentno nije smatrao potrebnim detaljnije normirati ovu materiju, moguće vodeći se time da je sporazumijevanje stvar stranaka na koju sud nema nikakvog utjecaja, a da je uloga suda vezana uz izjavu za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka čiji je oblatorni sadržaj propisan člankom 360. stavak 4. ZK-

¹² Tako i D. Kos, Presuda na temelju sporazuma stranka – problemi u sudskoj praksi, Zbornik radova, Novine u kaznenom zakonodavstvu - 2016., str 17

¹³ „Narodne novine“ br. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 178/04, 115/06, 152/08, 76/09, 80/11

¹⁴ Članak 442. ZKP/97 (primjenjivao se od 01. siječnja 2003.)

...

⁽⁴⁾ Ako se okrivljenik očitovao krivim u odnosu na sve točke optužbe a sud nakon ispitivanja okrivljenika njegovo priznanje ocijeni sukladnim do tada prikupljenim dokazima, u nastavku dokaznog postupka izvest će samo dokaze koji se odnose na odluku o kaznenopravnim sankcijama.

⁽⁵⁾ Ako se okrivljenik u slučaju iz stavka 4. ovoga članka suglasi i s vrstom i mjerom kaznenopravne sankcije iz optužnog prijedloga, sud u presudi ne smije izreći drugu vrstu kaznenopravne sankcije niti veću mjeru kazne od predložene.

¹⁵ Članak 190. a ZKP/97 (primjenjivao se od 01. siječnja 2003.)

⁽¹⁾ Do završetka istrage (članak 203. stavak 1.) u kaznenom postupku za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora do deset godina stranke mogu zatražiti od istražnog suca da okrivljeniku izrekne kaznu zatvora u visini od najviše jedne trećine gornje granice propisane kazne....“

¹⁶ E. Ivičević Karas, D. Puljić, op. cit. uz bilj. 3, str. 826.

¹⁷ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine broj

^{143/12}), stupio na snagu 1. siječnja 2013.

¹⁸ Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-

^{1710/2009}, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011 od 19. srpnja 2012.

¹⁹ Više N. Cambj: sporazumijevanje prema Noveli zakona o kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 20, broj 2/2013, str. 673.

P/08.²⁰ Mišljenja o ovlastima suda različita su.²¹ Neovisno o tome, u procesnom kaznenom zakonu ova je materija ostala izrazito podnormirana i zahtijeva značajne intervencije u smislu izmjena i dopuna zakona koje bi otklonile pojedine probleme i različita tumačenja uloge suda, na koje je ukazala dosadašnja sudska praksa.

Niti Zakon o državnom odvjetništvu²² ne sadrži detaljnije normiranje instituta sporazumijevanja, već jedino u članku 83. navodi da Glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske donosi opću uputu o sporazumijevanju s okrivljenikom o kazni i drugim mjerama. Tom uputom bi se trebalo urediti način vođenja pregovora, oblik i sadržaj sporazuma te način izračunavanja umanjene zakonske kazne, koja bi se trebala primijeniti u konkretnom slučaju. Njome bi se trebali urediti i slučajevi u kojima se državni odvjetnici ne mogu sporazumijevati o donošenju presude na temelju sporazuma stranaka.

Takva opća uputa od 01. rujna 2018. kada je stupio na snagu novi Zakon o državnom odvjetništvu pa sve do danas - nije donijeta.

Međutim, „stari“ Zakon o državnom odvjetništvu²³ je u članku 75. propisivao da Glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske donosi nalog čiji sadržaj suštinski korespondira sa općom uputom novog Zakona o državnom odvjetništvu.

Glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske bio je i donio Nalog o postupanju tijekom sporazumijevanja s osumnjičenikom/okrivljenikom o uvjetima priznanja krivnja i sankcije (dalje u tekstu: Nalog)²⁴ te se od tog dana pa sve do dana prestanka važenja starog Zakona o državnom odvjetništvu (31. kolovoza 2018.) sadržaj Naloga nije mijenjao, a kako je ranije navedeno, opća uputa koju propisuje članak 83. sada važećeg Zakona o državnom odvjetništvu – nije nikada donijeta.

Okolnost da je za državno odvjetništvo sadržaj Naloga iz 2010. ostao jedini i nikada izmijenjeni akt koji sadrži pravila o načinu postupanja državnog odvjetništva prilikom sporazumijevanja, na neki je način nepotrebno strogo uniformirala sastavnice i sadržaj sporazuma. Zbog toga, tijekom vremena, sporazum je prestao pratiti izazove vremena u smislu uočavanja i reagiranja na probleme i različita tumačenja koji su se u praksi, tijekom vremena primjene ovog instituta, počeli pojavljivati.

Nasuprot tome, izjava za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka pretrpjela je određene zakonske izmjene, ali samo u pogledu svojih sastavnica.

Tako je u dvije izmjene ZKP/08²⁵ raniji zahtjev da izjava sadrži i „sporazum o vrsti i mjeri kazne ili druge sankcije odnosno mjere“ promijenjen u zahtjev da sadrži i „sporazum o vrsti i mjeri kazne, sudskoj opomeni, uvjetnoj osudi, djelomičnoj uvjetnoj osudi, posebnim obvezama, zaštitnom nadzoru, oduzimanju predmeta te troškovima postupka“ te je dodana nova sastavnica koja se sastoji u tome da izjava za donošenje presude na temelju sporazuma mora sadržavati i izjavu okrivljenika o prihvaćanju prijedloga državnog odvjetnika za izricanje sigurnosne mjere i oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom. Također, ukoliko je riječ o kaznenim djelima protiv života i tijela i protiv spolne slobode za koja je propisana kazna zatvora teža od pet godina državnom je odvjetniku nametnuta zakonska obveza pribave suglasnosti žrtve za sporazumijevanje. Osim ovih, drugih izmjena u zakonskoj regulaciji samog sadržaja izjave nije bilo.

²⁰ Članak 360. ZKP/08:

.....⁴⁾ Izjava iz stavka 3. ovog članka sadrži:

¹⁾ opis kaznenog djela koje je predmet optužbe,

²⁾ izjavu okrivljenika o priznanju krivnje za to kazneno djelo,

³⁾ sporazum o vrsti i mjeri kazne, sudskoj opomeni, uvjetnoj osudi, djelomičnoj uvjetnoj osudi, posebnim obvezama, zaštitnom nadzoru, oduzimanju predmeta te o troškovima postupka,

⁴⁾ očitovanje okrivljenika o podnesenom imovinskopravnom zahtjevu,

⁵⁾ izjavu okrivljenika o prihvaćanju prijedloga državnog odvjetnika za izricanje sigurnosne mjere i oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom,

⁶⁾ potpis stranaka i branitelja“

²¹ Usp. više I. Turudić, T. Pavelin Borzić, I. Bujas,, op.cit. uz bilj. 4

²² „Narodne novine“ 67/18, na snazi od 01. rujna 2018.

²³ „Narodne novine“ 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11, 130/11, 72/13, 148/13, 33/15, 82/15

²⁴ 17. veljače 2010. pod brojem O-2/09

²⁵ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku NN 143/12 od 20. 12. 2012. i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku NN 145/13 od 06. 12. 2013.

Međutim, imajući u vidu činjenicu da, kako je ranije rečeno, do današnjeg dana Glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske nije donio opću uputu o sporazumijevanju s okrivljenikom u skladu sa člankom 83. Zakona o državnom odvjetništvu, smatramo potrebnim postaviti dva pitanja:

- na temelju kojih zakonitih i transparentnih parametara danas državno odvjetništvo pregovara s okrivljenikom o kazni i drugim mjerama iz članka 360. stavka 4. točke 3. ZKP/08 i
- da li izostanak donošenja „opće upute“ koji po našem mišljenju nužno dovodi do pravne nesigurnosti okrivljenika (i branitelja) tijekom postupka pregovaranja i sporazumijevanja, nameće pojačanu potrebu sudske kontrole prilikom odlučivanja u dijelu je li „sporazum inače zakonit“ u smislu članka 361. stavak 3. ZKP/08.

Naime, u preambuli Naputka koji je Glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske donio 2010. godine na temelju članka 75. tadašnjeg Zakona o državnom odvjetništvu navedeno je da se on donosi i stoga da bi „državna odvjetništva tijekom vođenja pregovora o krivnji i sankciji postupala na isti način.“ i da „ne bi došlo do pogrešne primjene odredbi o sporazumijevanju...“.

S obzirom da danas nema akta koji bi korespondirao istim onim zahtjevima zbog kojih je 2010. bio donijet Naputak smatramo da je nužno što hitnije postupiti u skladu s odredbom članka 83. Zakona o državnom odvjetništvu time da je prilikom donošenja opće upute za sporazumijevanje od iznimne važnosti akceptirati razvoj ne samo domaće već i europske sudske prakse koja jasno upućuje na potrebu izmjene dosadašnjeg sadržaja, kako samog sporazuma tako posljedično i izjave za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka. U tome svjetlu nastavno se prikazuje presuda Europskog suda C-377/18.

PRIKAZ PRESUDE EUROPSKOG SUDA C-377/18

Pred Europskim sudom pravde (dalje u tekstu: Sud) vođen je postupak pod brojem C-377/18 povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEUa, koji je uputio Specializiran nakazatelen sad (Specijalizirani kazneni sud iz Bugarske), odlukom od 31. svibnja 2018., koju je Sud zaprimio 8. lipnja 2018., u kaznenom postupku protiv AH, PB, CX, KM, PH i MH u vezi sa njihovom navodnom pripadnošću zločinačkom udruženju. U tom postupku Sud je donio 5. rujna 2019. presudu koja se nastavno prikazuje u ovom radu.

Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje Sudu proizlazi da se protiv AH, PB, CX, KM, PH i MH vodio kazneni postupak zbog njihove navodne pripadnosti, u razdoblju od studenoga 2014. do studenoga 2015., zločinačkom udruženju koje je djelovalo u Sofiji, Bugarska. Navodni cilj tog udruženja bio je stjecanje imovinske koristi izradom lažnih službenih dokumenata, odnosno osobnih isprava i vozačkih dozvola za motorna vozila, ili krivotvorenjem njihova sadržaja. U optužnici je stajalo da se tih šest osoba udružilo u zločinačko udruženje te među sobom podijelilo zadatke sa zajedničkim ciljem počinjenja kaznenih djela.

Tijekom postupka, jedan od okrivljenika (MH) izrazio je želju za sklapanjem sporazuma s državnim odvjetništvom u kojemu priznaje krivnju u zamjenu za smanjenje kazne.

Prema podacima iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje, ostalih pet okrivljenika (u daljnjem tekstu: pet okrivljenika) dalo je svoju „postupovnu suglasnost“ u skladu sa bugarskim pravom za sklapanje takvog sporazuma između osobe MH i državnog odvjetništva, uz izričito navođenje da time ne priznaju vlastitu krivnju te se ne odriču svojega prava na izjašnjavanje nedužnima.

Iz opisa činjenica u sporazumu sklopljenim između državnog odvjetništva i okrivljenika MH proizlazi da je on s pet suokrivljenika bio dio zločinačkog udruženja. Svi su okrivljenici u tom sporazumu navedeni na isti način, odnosno svojim imenom, patronimom, prezimenom i nacionalnim identifikacijskim brojem. Jedina je razlika u navođenju tih osoba to što je MH, k tomu, identificiran svojim datumom i mjestom rođenja, adresom, državljanstvom, etničkom pripadnošću, obiteljskim statusom i podacima iz kaznene evidencije. U skladu s nacionalnim postupovnim pravilima, taj je sporazum podnesen na odobrenje sudu koji je uputio zahtjev.

Zahtjevom za prethodnu odluku bugarski sud nastojao je utvrditi je li u skladu s člankom 4. stavkom 1. Direktive 2016/343²⁶ to da se u tekstu sporazuma o kojem je riječ u glavnom postupku, pet okrivljenika koji nisu sklopili sporazum i za koje se postupak nastavlja po pravilima redovitog kaznenog postupka, jasno i

²⁶ Članak 4. Javna upućivanja na krivnju

izričito navode kao članovi predmetnog zločinačkog udruženja te se navodi njihovo ime, patronim, prezime i nacionalni identifikacijski broj.

U svojem zahtjevu Sudu za prethodnu odluku bugarski sud navodi, s jedne strane, da tekst sporazuma, prema ustaljenoj nacionalnoj sudskoj praksi, treba u potpunosti odgovarati tekstu optužnice u kojemu se svi okrivljenici navode kao supočinitelji kaznenog djela. Ističe i da navođenje supočinitelja kaznenog djela može biti od velike važnosti za ispunjenje bitnih elemenata predmetnog kaznenog djela jer je, u skladu s bugarskim pravom, za postojanje zločinačkog udruženja potrebno sudjelovanje najmanje triju osoba.

S druge strane, sud koji je uputio zahtjev istaknuo je da se člankom 4. stavkom 1. Direktive 2016/343 zabranjuje sudu da u odluci, osim onoj o krivnji, za okrivljenika navodi da je kriv. Zbog toga bugarski sud je nastojao doznati treba li smatrati da su preostalih pet suokrivljenika *krivi*, ako su u službenoj sudskoj odluci navedeni kao supočinitelji kaznenog djela o kojem je riječ, sa svojim imenom, patronimom, prezimenom i nacionalnim identifikacijskim brojem.

Zbog navedene dvojbe, bugarski Specijalizirani kazneni sud prekinuo postupak i Sudu uputio sljedeće prethodno pitanje:

„Je li u skladu s prvom rečenicom članka 4. stavka 1. Direktive 2016/343, u vezi s prvom rečenicom uvodne izjave 16. i s uvodnom izjavom 17. te direktive, nacionalna sudska praksa kojom se zahtijeva da se u tekstu sporazuma (sklopljenog u okviru kaznenog postupka) kao počinitelji kaznenog djela o kojem je riječ navede ne samo okrivljenik koji je priznao krivnju za počinjenje tog kaznenog djela i sklopio taj sporazum, nego i ostali okrivljenici, supočinitelji kaznenog djela koji nisu sklopili taj sporazum, nisu priznali krivnju i protiv kojih se postupak nastavlja u skladu s pravilima redovitog kaznenog postupka, ali koji su suglasni s tim da prvi optuženik sklopi taj sporazum?“

U presudi Suda se, između ostaloga, navodi i da u nedostatku jasnih smjernica u Direktivi 2016/343 i u sudskoj praksi koja se odnosi na članak 48. Povelje, o tome kako treba odrediti je li osoba u sudskoj odluci prikazana krivom, valja se za potrebe tumačenja članka 4. stavka 1. Direktive 2016/343 nadahnuti sudskom praksom Europskog suda za zaštitu ljudskih prava (dalje u tekstu: ESLJP) koja se odnosi na članak 6. stavak 2. Konvencije.

U tom pogledu, ESLJP zaključio je da je pretpostavka nedužnosti povrijeđena ako sudska odluka ili službena izjava koja se odnosi na okrivljenika sadržava jasnu izjavu u skladu s kojom je predmetna osoba počinila kazneno djelo o kojem je riječ, premda nema pravomoćne osuđujuće presude. Taj je sud u tom kontekstu istaknuo važnost terminoloških odabira pravosudnih tijela kao i važnost njihovih posebnih okolnosti te prirode i konteksta postupka o kojem je riječ.²⁷

Kako se nadalje navodi u presudi, taj je sud priznao da je u složenim kaznenim postupcima koji se vode protiv nekoliko okrivljenika kojima se ne može suditi zajedno, katkad nužno da nacionalni sud, pri ocjeni njihove krivnje, spomene činjenicu sudjelovanja trećih osoba protiv kojih će se možda kasnije voditi zasebni kazneni postupak. Međutim, taj je sud pojasnio da, ako je potrebno navesti činjenice o sudjelovanju trećih osoba, sud o kojem je riječ treba izbjeći iznošenje više informacija nego što je potrebno za analizu pravne odgovornosti osoba kojima se pred njime sudi. Usto, taj je sud istaknuo da obrazloženje sudskih odluka treba biti sročeno na način da se izbjegne moguće preuranjeno izjašnjavanje o krivnji trećih osoba o kojima je riječ, koje može dovesti u pitanje pravično ispitivanje optužbi koje im se stavljaju na teret u zasebnom postupku.²⁸

U vezi s time, kako bi se provjerilo je li poštovana pretpostavka nedužnosti sudske odluku i njezino obrazloženje uvijek treba analizirati u cijelosti i imajući u vidu posebne okolnosti njihova donošenja. Kao što je to na raspravi istaknula Komisija, svako izričito upućivanje u određenim dijelovima sudske odluke na neposto-

„1. Države članice poduzimaju odgovarajuće mjere kako bi se osiguralo da se, dok god se osumnjičeniku ili optuženiku ne dokaže krivnja u skladu sa zakonom, u izjavama za javnost tijela javne vlasti i sudskim odlukama, osim onih o krivnji, za tu osobu ne navodi da je kriva. Time se ne dovode u pitanje radnje kaznenog progona kojima je cilj dokazati krivnju osumnjičenika ili optuženika ni privremene odluke postupovne prirode koje donose sudska ili druga nadležna tijela i koje se temelje na sumnji ili inkriminirajućim dokazima.“

²⁷ vidjeti ESLJP, 27. veljače 2014., Karaman protiv Njemačke, t.63.

²⁸ vidjeti ESLJP 27. veljače 2014., Karaman protiv Njemačke, t. 64. i 65., vidjeti i., Navalnyy i Ofitserov protiv Rusije od 23. veljače 2016

janje krivnje suoptuženika ne bi imalo smisla kad bi se ostali dijelovi te odluke mogli shvatiti na način da se njima preuranjeno izražava njihova krivnja.

U konkretnom slučaju, sud koji je uputio zahtjev ističe da je za postojanje zločinačkog udruženja u nacionalnom pravu potrebno sudjelovanje najmanje triju osoba. Stoga se čini da iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da je navođenje u sporazumu o kojem je riječ u glavnom postupku pet okrivljenika kao supočinitelja kaznenog djela bilo potrebno kako bi se utvrdila krivnja osobe MH za sudjelovanje u zločinačkom udruženju, a što treba provjeriti nacionalni sud.

Međutim, u sporazumu o kojem je riječ u glavnom postupku, kako je podnesen na odobrenje sudu koji je uputio zahtjev, ne navodi se jasno da se protiv pet okrivljenika vodi zasebni kazneni postupak te da njihova krivnja nije utvrđena u skladu sa zakonom, a što je na nacionalnom sudu da provjeri. U nedostatku takvog pojašnjenja, taj sporazum može te osobe prikazati krivima, unatoč tomu što njihova krivnja još nije utvrđena u skladu sa zakonom, a što je suprotno članku 4. stavku 1. Direktive 2016/343.

Razmatrajući sve izloženo u postupku, Sud je o bugarskom zahtjevu za prethodnu odluku odlučio da se članak 4. stavak 1. Direktive treba tumačiti na način da mu se ne protivi to da se u sporazumu u kojemu okrivljenik priznaje krivnju u zamjenu za smanjenje kazne, a koji treba odobriti nacionalni sud, kao supočinitelji kaznenog djela o kojem je riječ, uz tu osobu izričito navedu i drugi okrivljenici koji nisu priznali krivnju te protiv kojih se vodi zaseban kazneni postupak, ako je, s jedne strane, to navođenje potrebno za kvalifikaciju pravne odgovornosti osobe koja je sklopila taj sporazum i, s druge strane, ako je u samom tom sporazumu jasno navedeno da se protiv tih drugih osoba vode zasebni kazneni postupci i da njihova krivnja nije utvrđena u skladu sa zakonom.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pretpostavka nedužnosti jedan je od kaznenoprocenih instituta koji okrivljeniku garantira Povelja Europske unije o temeljnim pravima u članku 48.1., a koja odredba korespondira članku 6.2. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama²⁹. Direktivom 2016/343, između ostalog, podržano je pravo na pošteno suđenje, pretpostavku nedužnosti i pravo na obranu kao temeljnih prava i načela koja su priznata Poveljom i Konvencijom.

Razina zaštite koju u pogledu pretpostavke nedužnosti pružaju države članice nikada ne smije biti ispod standarda predviđenih Poveljom i Konvencijom³⁰.

Imajući u vidu da je Europski sud taj koji ima zadnju i konačnu riječ u interpretaciji europskog prava, presuda C-377/18 morala bi i u hrvatskom kaznenopravnom sustavu donijeti novine u pogledu izmjene sadržaja sporazuma ali jednako tako i izjave za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka u onim slučajevima kada se sporazumijeva okrivljenik kojemu se stavlja na teret počinjenje kaznenog djela s drugim osobama, su okrivljenicima, koji nisu postigli sporazum.

²⁹ Objašnjenja koja se odnose na Povelju Europske unije o temeljnim pravima, Službeni list Europske unije, 2007/C 303/02

...

Objašnjenje članka 48. — Pretpostavka nedužnosti i pravo na obranu

Članak 48. jednak je članku 6. stavku 2. i 3. EKLJP-a, koji glasi kako slijedi:

„2. Svatko optužen za kazneno djelo smatrat će se nevinim sve dok mu se ne dokaže krivnja u skladu sa zakonom.

3. Svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje sljedeća prava:

(a) da u najkraćem roku bude obaviješten, potanko i na jeziku koji razumije, o prirodi i razlozima optužbe koja se podiže protiv njega;

(b) da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane;

(c) 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;

(d) da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe i da se osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe;

(e) besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u sudu.“ U skladu s člankom 52. stavkom 3., ovo je pravo jednakog značenja i opsega primjene kao pravo zajamčeno EKLJP-om.

³⁰ Presuda Europskog suda C-377/18 od 5. rujna 2019., paragraf 40

Naime, kada u nekoj odluci Europski sud jednom protumači neku normu europskog prava, a u ovom je slučaju protumačio odredbu članka 4. stavak 1. Direktive 2016/343, ta odluka odnosno tumačenje te norme djeluje i izvan predmeta u kojem je odluka donijeta, što znači da djeluje *erga omnes*. Ovo stoga što takvo tumačenje postaje sastavni dio pravne norme koju tumači i to na način da djeluje retroaktivno, što nadalje znači da objašnjava bilo sam izričaj, bilo svrhu i cilj norme i to od njenog nastanka.

Dakle, presuda Europskog suda C-377/18 obvezuje i izvan spora u kojem je donijeta ali nema snagu *res iudicate* zato što nacionalni sud ima mogućnost ponovnog postavljanja pitanja u pogledu kojeg već postoji odluka Europskog suda. Međutim, valja napomenuti da se ponovljeno postavljanje pitanja Europskom sudu najčešće događa samo u slučajevima zastarjele sudske prakse, odnosno kada je odluka u sadašnjim vremenskim okvirima i uvjetima postala neprihvatljiva te zahtijeva preispitivanje postojeće sudske prakse. Budući da u konkretnoj situaciji radi o recentnoj sudskoj odluci, takvo što ne bi bilo moguće.

Stoga, zaključno smatramo da je u domaćem pravnom sustavu sadržaj sporazuma i izjave za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka potrebno izmijeniti u skladu s tumačenjem članka 4.1. Direktive 2016/343 kako je to izraženo u odluci Europskog suda C-377/18 i to na način da se u sporazumu i izjavi okrivljenika kojemu se stavlja na teret kazneno djelo počinjeno sa supočiniteljima, koji nisu priznali krivnju i u odnosu na koje se vodi zaseban kazneni postupak, ti supočinitelji u opisu kaznenog djela mogu navesti jedino pod dva uvjeta koji moraju biti kumulativno ispunjeni:

- da je navođenje suokrivljenika nužno za opstojnost pravne kvalifikacije kaznenog djela u pogledu kojeg se okrivljenik sporazumijeva i
- da je u sporazumu i izjavi jasno navedeno da se protiv suokrivljenika koji se nisu sporazumjeli vodi zaseban kazneni postupak te da njihova krivnja nije utvrđena u skladu sa zakonom.

Udovoljenje standardima uspostavljenim donošenjem presude Europskog suda C-377/18 moguće će zahtijevati i intervenciju zakonodavca u pogledu bolje i potpunije razrade procesnih odredbi o sporazumijevanju i donošenju presude na temelju sporazuma stranaka, a što bi doista bilo potrebno učiniti i zbog očite podnormiranosti ovog instituta u ZKP/08 koja se ne očituje samo u problematici kojom se bavi ovaj rad, nego i u brojnim drugim problemima na koje je ukazala dosadašnja sudska praksa.

Zaključno, ako državno odvjetništvo ne bude reagiralo na promjene koje su evidentne i koje se po logici razvoja pravnog puta svakog pojedinog instituta, pa tako i instituta sporazumijevanja, događaju tijekom vremena – „loptica“ će biti prebačena sudu koji o ovom pravnom pitanju može odlučiti i na temelju relativno uopćene odredbe članka 361. stavak 3. ZKP/08 koja, između ostalog, određuje da sud neće prihvatiti donošenje presude na temelju sporazuma stranaka „ako sporazum inače nije zakonit“. Na samom kraju, odgovor na pitanje iz naslova ovog rada o tome postoji li potreba mijenjanja prakse sporazumijevanja u Republici Hrvatskoj, imajući u vidu presudu Europskog suda u predmetu C-377/18, jest potvrđan.