



**VRHOVNI SUD
REPUBLIKE HRVATSKE**



**REPUBLIKA HRVATSKA
PRAVOSUDNA AKADEMIJA**

NOVINE U KAZNENOM ZAKONODAVSTVU - 2017.

Zbornik radova

Opatija, 11. - 12. svibnja 2017.

Autori:

Ana Garačić, mag.iur.,

zamjenica predsjednika i predsjednica Kaznenog odjela
Vrhovnog suda RH

Ana Marija Gospočić, mag.iur.,

odvjetnica

Sanja Gospočić, mag.iur.,

sutkinja Visokog prekršajnog suda RH i predsjednica

Vijeća za financijske prekršaje

Dražen Jelenić, mag.iur.,

prvi zamjenik Glavnog državnog odvjetnika RH

Damir Kos, mag.iur.,

sudac Vrhovnog suda RH

Ranko Marijan, mag.iur.,

sudac Vrhovnog suda RH

doc.dr.sc. Marin Mrčela, mag.iur.,

sudac Vrhovnog suda RH

Lana Petö Kujundžić, mag.iur.,

sutkinja Županijskog suda u Zagrebu

Zoran Sršen, mag.iur.,

sudac i predsjednik Kaznenog odjela Županijskog suda u Rijeci

Dražen Tripalo, mag.iur.,

sudac Vrhovnog suda RH

dr.sc. Laura Valković, mag.iur.,

odvjetnica

doc.dr.sc. Igor Vuletić, mag.iur.,

docent na Pravnom fakultetu u Osijeku

Sadržaj

OD ZAŠTITE DOSTOJANSTVA LIČNOSTI I MORALA DO ZAŠTITE SPOLNIH SLOBODA.....	1
1. UVOD	1
2. KRIVIČNI ZAKONIK (STUPIO NA SNAGU 1. SRPNJA 1951.).....	1
3. KRIVIČNI ZAKON (STUPIO NA SNAGU 1. SRPNJA 1977.)	2
4. KAZNENI ZAKONI (STUPIO NA SNAGU 1. SIJEČNJA 1998.).....	3
5. OTPOR ŽRTVE.....	3
6. RADNJE IZJEDNAČENE SA SPOLNIM ODNOŠAJEM	4
6.1. <i>IMMISSIO IN OS</i>	5
6.2. <i>IMMISSIO IN ANUS</i>	6
6.3. <i>PENETRACIJE PREDMETIMA U SPOLNE ORGANE ŽRTVE</i>	6
7. KAZNENI ZAKONIK (STUPIO NA SNAGU 1. SIJEČNJA 2013.).....	7
7.1. <i>SPOLNI ODNOŠAJ BEZ PRISTANKA - ČLANAK 152. KZ/11</i>	7
7.2. <i>SILOVANJE</i>	8
7.3. <i>SUPOČINITELJSTVO I SUKCESIVNO SUPOČINITELJSTVO</i>	9
7.4. <i>POMAGANJE KOD SILOVANJA</i>	10
7.5. <i>SPOLNO UZNEMIRAVANJE</i>	11
 PRAVA DJECE U KAZNENOM MALOLJETNIČKOM PRAVU PREMA MEĐUNARODNIM I EUROPSKIM STANDARDIMA	 13
1. KONVENCIJA O PRAVIMA DJETETA – CRC.....	13
1.1. <i>NAČELO RAZMJERNOSTI</i>	13
1.2. <i>PRAVA DJETETA U KAZNENOM POSTUPKU</i>	14
1.3. <i>NAJBOLJI INTERES DJETETA</i>	15
1.4. <i>KATEGORIJE DJECE</i>	15
1.4.1. <i>DJECA U SUKOBU SA ZAKONOM</i>	16
1.5. <i>ODUSTAJANJE OD PROGONA I ALTERNATIVE</i>	16
1.6. <i>PARTNERI U PROGRAMIMA PREVENCIJE</i>	16
1.6.1. <i>OBITELJ</i>	17
1.6.2. <i>ŠKOLA</i>	17
1.6.3. <i>ZDRAVSTVENE USTANOVE</i>	17
1.6.4. <i>ZAJEDNICA</i>	17
1.6.5. <i>JAVNI MEDIJI</i>	17
1.6.6. <i>POLITIKE (OBRAZOVANJE, ZDRAVLJE ITD.)</i>	18
2. PRAVILA UJEDINJENIH NARODA O STANDARDNOM MINIMUMU U MALOLJETNIČKOM PRAVOSUĐU IZ 1985. (PEKINŠKA PRAVILA)	18
3. SMJERNICE UJEDINJENIH NARODA ZA SPREČAVANJE MALOLJETNIČKE DELINKVENCije IZ 1990. (SMJERNICE IZ RIYADHA).....	18

4. PRAVILA UJEDINJENIH NARODA ZA ZAŠTITU MALOLJETNIKA LIŠENIH SLOBODE IZ 1990. (PRAVILA IZ HAVANE)	19
5. STANDARDNA MINIMALNA PRAVILA UJEDINJENIH NARODA ZA MJERE ALTERNATIVNE INSTITUCIONALNOM TRETMANU (TOKIJSKA PRAVILA) IZ 1990.	19
6. DODATNI MEĐUNARODNI INSTRUMENTI	20
6.1. <i>FAKULTATIVNI PROTOKOL UZ KONVENCIJU O PRAVIMA DJETETA GLEDE UKLJUČIVANJA DJECE U ORUŽANE SUKOBNE</i>	20
6.2. <i>FAKULTATIVNI PROTOKOL UZ KONVENCIJU O PRAVIMA DJETETA O PRODAJI DJECE, DJEČJOJ PROSTITUCIJI I DJEČJOJ PORNOGRAFIJI</i>	20
6.3. <i>TREĆI FAKULTATIVNI PROTOKOL O PRAVU DJETETA NA PRITUŽBU</i>	21
7. SMJERNICE VIJEĆA EUROPE O PRAVOSUĐU NAKLONJENOM DJECI	21
8. KONVENCIJA VIJEĆA EUROPE O ZAŠTITI DJECE OD SEKSUALNOG ISKORIŠTAVANJA I SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA IZ 2007. IZ LANZAROTA	22
9. PROPISI EUROPSKE UNIJE	22
9.1. <i>DIREKTIVA O TRGOVANJU LJUDIMA</i>	22
9.2. <i>DIREKTIVA O ŽRTVAMA</i>	23
9.3. <i>DIREKTIVA O SUZBIJANJU SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA I SEKSUALNOG ISKORIŠTAVANJA DJECE I DJEČJE PORNOGRAFIJE</i>	23
9.4. <i>DIREKTIVA O MINIMALNIM PRAVILIMA ZA MALOLJETNIKE U POSTUPKU</i>	23
10. ZAKLJUČAK	24
POVREDE ZAKONA U KORIST OPTUŽENIKA	25
UVOD	25
ANALIZA IZRAŽENIH PRAVNIH STAJALIŠTA U PRAVOMOĆNIM PRESUDAMA U KOJIMA JE OSTVARENA POVREDA KAZNENOG ZAKONA	27
RAZGRANIČENJE APSOLUTNO BITNE POVREDE ODREDAVA KAZNENOG POSTUPKA I ŽALBENE OSNOVE POGREŠNO I NEPOPOTPUNO UTVRĐENOG ČINJENIČNOG STANJA	35
1. UVOD	35
2. BITNE POVREDE ODREDAVA KAZNENOG POSTUPKA I POGREŠNO ILI NEPOPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE	36
3. BITNA POVREDA IZ ČL. 468. ST. 1. TOČ. 11. ZKP I POGREŠNO ILI NEPOPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE - ZAKONSKA RJEŠENJA I SUDSKA PRAKSA	37
4. RAZGRANIČENJE BITNE POVREDE IZ ČL. 468. ST. 1. TOČ. 11. I POGREŠNO I NEPOPOTPUNO UTVRĐENOG ČINJENIČNOG STANJA	39
5. ZAKLJUČAK	41
POPIS LITERATURE	41
NEZAKONITI DOKAZI – ČL. 10. ZKP/08	43
1. UVOD	43
2. DA SE PODSJETIMO	43
2.1. <i>ZAKON O PREUZIMANJU ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU</i>	43
2.2. <i>ZAKON O KAZNENOM POSTUPKU IZ 1997. GODINE</i>	44
2.3. <i>ZAKON O KAZNENOM POSTUPKU IZ 2008. GODINE</i>	44
3. NADLEŽNOST EUROPSKOG SUDA ZA OCJENU RADI LI SE O NEZAKONITOM DOKAZU	46
4. AKTUALNA PITANJA OCJENE ZAKONITOSTI DOKAZA	46
4.1. <i>NEČOVJEČNO POSTUPANJE PRI PRIKUPLJANJU DOKAZA</i>	47

4.2. POVREDA PRAVA OBRANE.....	47
4.2.1. OBAVJEŠTAVANJE OBRANE O PROVOĐENJU DOKAZNIH RADNJI	47
4.2.2. NAZOČNOST BRANITELJA RADNJI PREPOZNAVANJA.....	49
4.3. DOKAZ PRIBAVLJEN PROVOĐENJEM POSEBNIH DOKAZNIH RADNJI	50
4.3.1. KVALITETA OBRAZLOŽENJA NALOGA.....	51
4.3.2. POVREDA ČLANKA 8. KONVENCIJE ISTOVREMENO I POVREDA PRAVA NA PRIVATNOST ZAJAMČENE USTAVOM REPUBLIKE HRVATSKE	51
4.3.2.1. Dosadašnja praksa sudova u Republici Hrvatskoj.....	51
4.3.2.2. Stav Europskog suda za ljudska prava	52
4.3.2.3. Što sutra?	53
4.4. DOKAZNA RADNJA PROVJERE USPOSTAVLJANJA TELEKOMUNIKACIJSKOG KONTAKTA	54
5. UMJESTO ZAKLJUČKA	55

POSEBNE DOKAZNE RADNJE PREMA ZKP/08 U SVJETLU PRESUDA ESLJP DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE, BAŠIĆ PROTIV HRVATSKE I MATANOVIĆ PROTIV HRVATSKE.....	57
1. UVOD	58
2. POSEBNE DOKAZNE RADNJE NADZORA I TEHNIČKOG SNIMANJA TELEFONSKIH RAZGOVORA I DRUGIH KOMUNIKACIJA NA DALJINU.....	59
2.1. OPĆENITO	59
2.2. ZAKONSKI OKVIR	60
3. PRIKAZ PRESUDA ESLJP U PREDMETIMA DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE, BAŠIĆ PROTIV HRVATSKE I MATANOVIĆ PROTIV HRVATSKE	61
3.1. DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE	61
3.2. BAŠIĆ PROTIV HRVATSKE	66
3.3. MATANOVIĆ PROTIV HRVATSKE.....	68
4. ESLJP I ZAKONITOST DOKAZA; UPOTREBLJIVOST DOKAZA PRIBAVLJENOG KRŠENJEM PRAVA NA POŠTIVANJE PRIVATNOG ŽIVOTA U KAZNENOM POSTUPKU	68
ZAKLJUČAK.....	71
LITERATURA.....	73

SNIMANJE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA I SNIMANJE RASPRAVE PREMA PRIJEDLOGU ZID ZKP IZ 2017. (7. NOVELA).....	75
1. UVOD	75
2. PRAVO NA PRISTUP ODVJETNIKU PREMA ZKP/08. (BEZ 7. NOVELE) I DIREKTIVI	76
3. ISPITIVANJE OSUMNJIČENIKA PRED POLICIJOM KAO DOKAZ.....	77
4. SNIMANJE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA	84
5. SADRŽAJ SNIMKE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA.....	84
6. SADRŽAJ ZAPISNIKA UZ SNIMANJE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA	78
7. NAČIN ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA.....	79
8. PREPISIVANJE SNIMKE ISPITIVANJA	79
9. ISPITIVANJE OSUMNJIČENIKA I NEZAKONITI DOKAZI	80
10. SNIMANJE RASPRAVE.....	81
11. PRO ET CONTRA SNIMANJU RASPRAVE	82
12. ISKUSTVA IZ PROJEKTA IPA TAIB 2010 „JAČANJE UČINKOVITOSTI PRAVOSUĐA U REPUBLICI HRVATSKOJ“	83
13. SNIMANJE RASPRAVE PREMA 7. NOVELI ZKP/08.....	84
14. MOGUĆNOST SNIMANJA POJEDINIH DIJELOVA RASPRAVE.....	84
15. ZAPISNIK O RASPRAVI I SNIMKA KAO NJEGOV SASTAVNI DIO, A PRIJEPIS SNIMKE NJEGOV PRILOG.....	85

16. PRIMJEDBE STRANAKA NA PRIJEPIS SNIMKE I NJIHOVO RJEŠAVANJE	86
17. UMJESTO ZAKLJUČKA	86
PRAKTIČNA (NE)VAŽNOST ZABLUDA	87
1. UVOD	87
2. VRSTE ZABLUDA	87
3. RAZGRANIČENJE ZABLUDA	89
3.1 <i>USMJERAVAJUĆA MJERILA ZA RAZGRANIČENJE ZABLUDA</i>	90
3.1.1 RAZGRANIČENJE ČINJENIČNIH ZABLUDA	90
3.1.2 ZABLUDA O PROTUPRAVNOSTI	92
3.2 <i>RAZGRANIČENJE ZABLUDE O PROTUPRAVNOSTI OD ZABLUDE O OKOLNOSTIMA KOJE ISKLJUČUJU PROTUPRAVNOST</i>	92
4. OTKLONJIVOST ZABLUDA	93
5. PRIMJENA MJERILA NA PRIMJERU IZ PRAKSE	94
6. PROCESNOPRAVNI ASPEKTI ZABLUDA	95
7. ZAKLJUČAK	97
NEDOSTACI U SAČINJAVANJU ČINJENIČNOG OPISA OPTUŽNICE	99
1. UVOD	99
2. ČINJENIČNI OPIS KAZNENOG DJELA	100
3. NAJČEŠĆI NEDOSTACI KOD ČINJENIČNIH OPISA DJELA U OPTUŽNICAMA DRŽAVNIH ODVJETNIKA	101
3.1 <i>JEZIČNI (PRAVOPISNI) NEDOSTACI</i>	102
3.2 <i>STILSKI NEDOSTACI</i>	103
3.3 <i>NEDOSTACI PRAVNO RELEVANTNOG SADRŽAJA</i>	105
4. ZAKLJUČAK	110
LITERATURA	111
PREKRŠAJI BANAKA PREMA ZAKONU O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU	113
1. UVOD	113
2. PRAVNA NORMIRANOST	113
3. ANALIZA ZAKONSKIH ODREDBI	115
4. STAJALIŠTA VISOKOG PREKRŠAJNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE VEZANA UZ PRIMJENU MATERIJALNOG PRAVA S POSEBNIM OSVRTOM NA VRIJEME POČINJENJA PREDMETNOG PREKRŠAJA	120
5. OŠTEĆENIK KAO TUŽITELJ	123
6. MJESTO POČINJENJA PREDMETNOG PREKRŠAJA VEZANO UZ MJESNU NADLEŽNOST PRVOSTUPANJSKIH SUDOVA	124
7. ODGOVORNOST PREDSEDNIKA I ČLANOVA UPRAVE BANKE ZA PREKRŠAJ IZ ČLANKA 26. STAVKA 1. PODSTAVKA 28. I STAVKA 2. ZAKONA O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU	125
8. STAVOVI NEKIH DRUGIH INSTITUCIJA O OBVEZAMA POSTUPANJA BANAKA PREMA ZAKONU O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU S POSEBNIM OSVRTOM NA IZNESENI STAV USTAVNOG SUDA	126
9. OSVRT NA ODLUKU VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE KOJA SE ODNOSI NA POTROŠAČKE KREDITE I ANALIZA ODLUKE SUDA EUROPSKE UNIJE U LUXEMBOURGU VEZANE UZ ZAKON O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU	127
10. JOŠ NEKA RAZMIŠLJANJA O PREKRŠAJNOJ ODGOVORNOSTI BANAKA ZA PREDMETNI PREKRŠAJ	130
11. ZAKLJUČAK	131

Ana Garačić, mag.iur.*

OD ZAŠTITE DOSTOJANSTVA LIČNOSTI I MORALA DO ZAŠTITE SPOLNIH SLOBODA¹

1. UVOD

Kaznena djela protiv spolnih sloboda doživjela su velike izmjenu u zadnjih šest desetljeća možda i najveće u usporedbi s drugim Glavama Kaznenog zakona.

Krivični zakonik koji je stupio na snagu 1. srpnja 1951. zaštitu spolnih sloboda bila je posvećena posebna glava zakona koja je nosila naziv: Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti i morala.

Slijedeća velika izmjena kaznenog zakonodavstva desila se 1977. godine kada Krivični zakonik promijenio ime u Krivični zakon, no naziv glave koja je bila posvećena spolnim slobodama nije mijenjano.

Kazneni zakon koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998. zaštitu spolnih sloboda je posvetio glavu pod nazivom: Kaznena djela protiv spolne slobode i ćudoređa.

Novi Kazneni zakon koji je u primjeni od 1. siječnja 2013. izmijenio je naziv Glave na taj način da je spolno ćudoređe izostavljeno, a ostala je samo zaštita spolnih sloboda.

Međutim, tim zakonom kaznena djela koja se tiču spolne zlouporabe djece su smještena u posebnu glavu zakona pod nazivom: Kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta.

Već iz naziva pojedinih glava Kaznenih zakona vidimo kako se mijenjala pravna priroda kaznenih djela protiv spolnih sloboda. Do 1998. godine šttilo se dostojanstvo ličnosti i moral, nakon toga spolne slobode i ćudoređe, a na kraju samo spolne slobode.

S izmjenama naziva glava kaznenih zakona u kojima su propisana kaznena djela protiv spolnih sloboda mijenjala su se i zakonska bića kaznenih djela, neka kaznena djela su ispuštena, mnoga su manje ili više izmijenjena, a neka nova kaznena djela su dodana.

Tako je npr. kazneno djelo zavođenja koje je uneseno u zakon 1951. godine iz zakona ispušteno u Kaznenog zakona iz 1977. godine, a kazneno djelo protuprirodnog bluda je ostalo kao kazneno djelo sve do donošenja Kaznenog zakona iz 1998. godine kojim je uvedena spolna neutralnost. Potpuno nova kaznena djela su spolni odnošaj bez pristanka i spolno uznemiravanje koji su uneseni Kaznenim zakonom iz 2013. godine.

2. KRIVIČNI ZAKONIK (STUPIO NA SNAGU 1. SRPNJA 1951.)

U Krivičnom zakoniku koji je stupio na snagu 1951. godine kaznena djela protiv spolnih sloboda bila su smještena u glavi zakona koja je nosila naziv: Krivična djela protiv dostojanstva ličnosti i morala.

To je bio prvi cjeloviti zakon koji je imao i Opći i Posebni dio zakona, a prije toga imali smo Krivični zakonik iz 1947. godine koji je imao samo Opći dio, a kaznena djela su bila propisana drugim zakonima.

* Ana Garačić, mag.iur., zamjenica predsjednika i predsjednica Kaznenog odjela Vrhovnog suda RH

¹ Novine u kaznenom zakonodavstvu 2017. - Seminar u Opatiji 2017.

U ovom zakonu Glava VI. bila je posvećena krivičnim djelima protiv dostojanstva ličnosti i morala. Osnovno krivično djelo, silovanje iz čl. 179. KZ propisivalo je da silovana može biti samo ženska osoba koja ne živi u braku s počiniteljem koji je prema toj osobi primijenio silu ili prijetnju i na taj način je prisilio na obljubu. Za kvalificirani oblik djela, uz prisilu na obljubu tražilo se nastupanje teške tjelesne ozljede ili smrti ženske osobe.

Ovaj zakon je u čl. 185. KZ predviđao i kazneno djelo zavođenja koje će ostvariti onaj počinitelj koji lažnim obećanjem braka navede na obljubu žensku osobu koja je navršila 14 godina života.

Za kazneno djelo zavođenja kazneni progon je pokretan po privatnoj tužbi, a propisana kazna je bila od tri mjeseca do dvije godine.

Kako je kazneni progon pokretan privatnom tužbom u sudskoj praksi toga vremena postavilo se pitanje od kada počinje teći rok za podnošenje tužbe. U svojoj odluci² iz toga vremena rok za podnošenje tužbe počinje teći od dana saznanja žrtve da su obećanja braka bila u stvari lažna.

Ovo kazneno djelo je u Krivičnom zakonu iz 1977. godine brisano.

U čl. 186. KZ bilo je propisano kazneno djelo protuprirodnog bluda između muških osoba za to je bila predviđena kazna zatvora do dvije godine, no kazneni progon je poduziman po službenoj dužnosti, a ne privatnom tužbom kao kod kaznenog djela zavođenja iako je maksimalno propisana kazna bila jednaka, a kazneno djelo zavođenja je imalo propisan i posebni minimum predviđene kazne od tri mjeseca, dok za kazneno djelo protuprirodnog bluda nije bio propisan posebni minimum kazne, nego je vrijedio opći minimum, a on je tada za kaznu zatvora bio tri dana.

Možda je korisno spomenuti da je Krivični zakonik iz 1951. godine imao čak sedam vrsti kazne, no izmjenama i dopunama iz 1959. godine broj propisanih kazni je smanjen na pet. Novelom zakona iz 1959. godine kazneno djelo iz čl. 184. KZ – javnog vršenja bluda je brisano, a kazneno djelo protuprirodnog bluda iz čl. 186. KZ je izmijenjeno, taj članak je dobio dva stavka, u prvom stavku je propisan protuprirodni blud uz uporabu sile ili prijetnje s propisanom kaznom strogoga zatvora do 10 godina dok je u stavku dva kao kazneno djelo predviđen dragovoljni protuprirodni blud između osoba muškoga spola s propisanom kaznom zatvora do jedne godine.

U vrijeme važenja Kaznenog zakonika kazneno djelo protuprirodni blud između osoba muškoga spola tumačila je vrlo usko on se odnosio samo na *coitus per anum* dok su svi drugi vidovi zadovoljavanja spolnog nagona pravno označavani kao bludne radnje.³

Kasnije, tijekom šezdesetih godina sudska praksa je kazneno djelo protuprirodnog bluda tumačila šire, a zatim ponovno uže, o čemu će kasnije biti više govora.

3. KRIVIČNI ZAKON (STUPIO NA SNAGU 1. SRPNJA 1977.)

Krivični zakonik koji je stupio na snagu 1977. godine kazneno djelo silovanja je znatno izmijenio, krivično djelo zavođenja je iz zakona brisano, a krivično djelo protuprirodnog bluda je također znatno izmijenjeno.

U ovom zakonu Glava IX. bila je posvećena krivičnim djelima protiv dostojanstva ličnosti i morala.

U osnovnom krivično djelo, silovanju iz čl. 79. (83) KZ bilo je propisano da silovana može biti samo ženska osoba koja ne živi u braku s počiniteljem koji je primijenio silu ili prijetnju da će neposredno napasti na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe i na taj način je prisilio na obljubu.

Kao što vidimo primjena sili ili prijetnje da će neposredno napasti na život ili tijelo može biti ne samo prema žrtvi nego i prema osobama koje su žrtvi bliske.

Kako se kazneno djelo silovanja tada moglo ostvariti samo ako je silovana ženska osoba s kojom počinitelj ne živi u braku bilo je u praksi pokušaja, doduše neuspjelih, dokazivanje postojanja braka zbog postojanja faktične zajednice života nakon razvoda braka.⁴

² Kz-23/66 od 6. travnja 1966.

³ Pod protuprirodnim bludom između osoba muškoga spola podrazumijeva se samo per anum, a ne i ostale radnje koje idu za time da se zadovoljava spolna pohota, koje se imaju ocijeniti samo kao bludne radnje. S obzirom da je hvatanje dječaka koji je navršio 14 godina za spolni ud i onaniranje te traženje dječaka da i on to učini predstavljaju samo vršenje bludne radnje koje Krivični zakonik ne inkriminira kao krivično djelo budući da nisu vršene pod uvjetima predviđenim u čl. 183. KZ odnosno čl. 179. do 182. KZ već se takva djelatnost tretira kao prekršaj protiv javnoga reda i morala. (Iz odluke VSH, Kž-295/63 od 1. ožujka 1063.

⁴ Iz odluke VSRH, Kž-421/92 od 2. rujna 1992.

U članku 84. (88) bilo je propisano kazneno djelo protuprirodnog bluda koje je znatno izmijenjeno i prošireno u usporedbi s odredbom iz članka 186. KZ/51 koja je imala samo sva stavka dok je članka 84. imao pet stavaka jer je bio obuhvaćen i protuprirodni blud s muškim djetetom.

Kazneno djelo protuprirodnog bluda prema sudskoj praksi uglavnom je obuhvaćala *immissio in anus* između osoba muškoga spola, a ostale radnje koje su usmjerene na zadovoljavanje pohote, pravno su kvalificirane kao bludne radnje. Tako je u sudskoj praksi tumačen protuprirodni blud sve do šezdesetih godina prošlog stoljeća.

Kasnije, krajem šezdesetih i početkom sedamdesetih godina došlo je do promjene sudske prakse, protuprirodni blud je tumačen šire, pa je tako u jednoj odluci VSH⁵ navedeno da se protuprirodnim bludom treba, a ne bludnom radnjom, tumačiti svaka radnja s kojom počinitelj na tijelu druge osobe zadovoljava svoj spolni nagon, na način koji je sličan obljudi (optuženik je maloljetnika uspio nagovoriti da uđe u njegov stan, a zatim tražio da se skinje gol, kad je on to odbio, udarao ga je šakom po glavi, penisom po stražnjici, a zatim mu gurnuo penis u usta).

U drugoj odluci⁶ kao protuprirodni blud suđeno je ponašanje optuženika koji je oštećenicu silio na spolni odnos, a kad u tome nije uspio ugurao joj prst u vaginu, da provjeri dali je nevina, pa kad se u to uvjerio, ugurao penis u usta oštećenice, a kad je ona počela povraćati pustio je da ode kući.

Međutim, u nekim kasnijim odlukama, kao npr. u odluci VSH⁷ ovako široko tumačenje protuprirodnog bluda je napušteno, pa sud u citiranoj odluci zaključuje da stavljanje penisa oštećenoj maloljetnici u usta ne predstavlja kazneno djelo spolnog odnošaja ili protuprirodnog bluda, nego samo kazneno djelo bludne radnje, jer prema vladajućem shvaćanju pod protuprirodnim bludom podrazumijeva se samo *immissio in anus*, a ne i *immissio in os*.

4. KAZNENI ZAKONI (STUPIO NA SNAGU 1. SIJEČNJA 1998.)

Kazneni zakon iz 1997. godine koji je stupio na snagu 1998. godine u glavi XIV. propisivao je kaznena djela protiv spolne slobode i čudoređa.

Tim zakonom, ne samo da je izmijenjen naziv ove glave zakona u kojoj se prvi puta spominju spolne slobode nego su i sva kaznena djela u toj glavi izmijenjena, a neke izmjene su i suštinske.

Osnovno kazneno djelo, silovanje iz članka 188. KZ/97 je izmijenjen na način da je uvedena spolna neutralnost što znači da počinitelj može biti muškarac ili žena, a silovana osoba također može biti žena ili muška, jer se u stavku 1. članak 188. KZ/97 navodi: Tko drugu osobu uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe prisili na spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju, a kad zakonodavac kaže tko onda se misli na svakoga i bilo koga.

Postojanje ili nepostojanje braka se ne spominje što znači da ono za ovo kazneno djelo više nije odlučno.

To su dvije najznačajnije izmjene kaznenog djela silovanja, a treća je da počinitelj uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na život ili tijelo silovane osobe ili na život ili tijelo njoj bliske osobe.

Nakon ovakvih izmjena zakonskog bića kaznenog djela silovanja prestala je potreba za postojanjem kaznenog djela protuprirodnog bluda koje je u ovom zakonu brisano.

5. OTPOR ŽRTVE

Ni u jednom kaznenom zakonu u zakonskom biću kaznenog djela silovanja ne spominje se otpor žrtve, no kroz sve vrijeme sudovi su utvrđivali i tražili postojanje otpora jer su u stvari izostanak otpora tumačili kao pristajanje žrtve što je teško prihvatljivo.

Koliko daleko se išlo u utvrđivanju otpora žrtve silovanja vidimo iz primjera koji slijede, a u nekima primjerima iz sudske prakse sudovi su naširoko obrazlagali otpor žrtve čak i onda kada je bilo više nego očito da pristanka na spolni odnošaj nema.

⁵ Iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske, Kž-364/69

⁶ Iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske, Kž-549/69

⁷ Iz odluke VSH, Kž-1055/73 od 16. srpnja 1973.

Tako je sud u jednom slučaju naveo da je optuženik tako snažno šakama izudarao oštećenicu da joj je izbio devet zuba, a u presudi se navodi da je oštećenica pružala otpor koji je bio dostatan da ona optuženikovo ponašanje ne želi niti na njega pristaje.

U drugom odluci⁸ se navodi da je otpor oštećenice bio ozbiljan i stalan, da je ona vrištala, molila optuženika da je ostavi na miru, gurala ga od sebe čime je jasno pokazala svoje protivljenje, te mu je pružala otpor. Razumljivo je i prihvatljivo objašnjenje oštećenice da nije pružala još eventualno i izraženiji otpor jer ju je bilo strah jer se sve zbivalo usred noći na osamljenom mjestu pa nitko nije mogao čuti njezino zapomaganje u zatvorenom prostoru niti je mogla bježati. Pri tome treba imati na umu da je oštećenica znala da je optuženik osuđivan, pričalo se da je pobjegao s izdržavanja kazne iz čega proizlazi da je očito bila prestrašena i u strahu za vlastiti život.

I u novijoj sudskoj praksi nailazimo na slučajeve u kojima je sud optuženika oslobodio optužbe zbog toga što se žrtva nije pružala otpor. Međutim Vrhovni sud je tu odluku ukinuo⁹, a u obrazloženju je naveo odluke je naveo da treba ukazati na uočeno pogrešno rasuđivanje prvostupanjskog suda, radi pravilnog postupanja ubuduće. Naime, prvostupanjski sud navodi da je „silovanje... grub i bezobziran akt nasilja do kojeg dolazi baš zbog toga što se žrtva opire i što neće spolni akt, što se brani na sve moguće načine“. Točno je da je silovanje grub i bezobziran akt, ali je potpuno pogrešno da do silovanja dolazi „baš zbog toga što se žrtva opire i što neće spolni akt, što se brani na sve moguće načine“. Do silovanja ne dolazi zbog (ne)aktivnosti žrtve, zato što se žrtva opire i što ne želi spolni odnos jer bi to podrazumijevalo da je žrtva „kriva“ za silovanje. Do silovanja dolazi zato što počinitelj(ica) napada na spolnu slobodu žrtve, a pritom nije nužno da je to učinjeno „u cilju zadovoljenja spolne pohote“ jer takav cilj, odnosno namjera nije sastavnica kaznenog djela silovanja. Također nije potrebno niti da se žrtva „brani na sve moguće načine“ jer je to protivno razlogu propisivanja kaznenog djela silovanja koje je kao takvo određeno upravo da se u sferi spolnosti u potpunosti zaštiti sloboda u odlučivanju s kim, kada i kako se osoba upušta u seksualni odnos. U tom smislu jedno jasno i odlučno „ne“ je sasvim dovoljno da osoba izrazi svoje protivljenje spolnom odnosu, a ne traži se da se „brani na sve moguće načine“. Zato je poimanje silovanja u pobijanoj presudi očito zasnovano na pogrešnim rodним predrasudama pa nije prihvatljivo. S tim u vezi, za sada nije prihvatljivo niti utvrđenje prvostupanjskog suda da „iz iskaza same oštećene, nedvojbeno proizlazi da se ona praktički uopće nije branila“ te da „nije na bilo koji način jasno manifestirala protivljenje seksualnom odnosu“. Naime, iz višekratnih iskaza oštećenice proizlazi da je ona jasno rekla optuženiku da ne želi vezu sa starijim muškarcem, da je, kad je optuženik primio za dojk, viknula glasno „Ne“, da se opirala i vikala da je ostavi i da ga je molila da joj to ne radi. Stoga je nejasno otkud prvostupanjski sud izvlači zaključak da se oštećenica „praktički uopće nije branila“ i da „nije na bilo koji način jasno manifestirala protivljenje seksualnom odnosu“ jer iz iskaza oštećenice proizlazi upravo suprotno.

Danas, kod kaznenog djela silovanja više nije riječ o povredi dostojanstva ličnosti i morala niti o povredi ćudoređa, niti o zadovoljavanju spolnoga nagona uporabom sile ili prijetnje nego je riječ o povredi spolne slobode na što upućuje i naziv Glave novog Kaznenog zakona.

Utvrđivanje da je riječ o zadovoljavanju spolnoga nagona naprijed moglo bi biti od utjecaja samo onda kada se optuženik uvjerljivo brani da je bio u zabludi u pogledu suglasnosti žrtve s obljubom.

6. RADNJE IZJEDNAČENE SA SPOLNIM ODOŠAJEM

Spolni snošaj u **širem smislu** (coitus), prema medicinskoj enciklopediji, jest svaki spolni čin pri kojem muškarac uvodi erigirani penis u neku tjelesnu šupljinu svog ženskog ili muškog seksualnog partnera i tamo izvodi snošajne kretnje. Ta šupljina može biti vagina, kada govorimo o vaginalnom snošaju, ili snošaju u užem smislu, anus, kada imamo analni snošaj, ili usna šupljina kada postoji oralni snošaj.¹⁰

⁸ Iz odluke VSRH, K-328/92 od 8. srpnja 1992.

⁹ Iz odluke VSRH, Kž-922/11 od 16. rujna 2014.

¹⁰ Medicinska enciklopedija, Dopunski svezak, Zagreb, 1974.

6.1. IMMISSIO IN OS

Od donošenja Kaznenog zakona iz 1997. koji je stupio na snagu 1. siječnja 1998. *immissio in os* (uvlačenje muškog spolnog organa u usta žrtve) tumače se kao radnje izjednačene sa spolnim odnošajem.

Prije stupanja na KZ/97 *felacio* je različito tumačen u optužnicama i u presudama, ponekad je takvo ponašanje bilo pravno označeno kao bludna radnja, ponekad kao kvalificirana bludna ranja, a ponekad i kao kvalificirani oblik silovanja ako je počinitelj uz nasilnu obljubu prisilio žrtvu na *felacio*.

Tako je u jednoj odluci Vrhovni sud naveo da je djelomično osnovana žalba javnog tužitelja zbog povrede kaznenog zakona. U pravu je javni tužilac kad tvrdi da je prvostupanjski sud pogrešno primijenio kazneni zakon u odnosu na opt. B. M. kad ga je oglasio krivim zbog kaznenog djela bludne radnje iz čl. 89. st. 1. KZH. Naime, sudska praksa je već odavno zauzela stajalište da se u slučajevima kad učinitelj žrtvi nasilno, protiv njezine volje, ugura spolni organ u usta, ejakulira joj u usta i zatim ejakulat penisom razmazuje po grudima, radi o izvršenju kaznenog djela na naročito ponižavajući način, te je ovo djelo trebalo pravno označiti kao kazneno djelo iz čl. 89. st. 3. KZH, kao u izreci ove presude.¹¹

U drugoj odluci sud navodi da ponašanje optuženika koji prisiljava oštećenicu da njegov penis drži u ustima kako bi se spolno zadovoljio predstavlja ostvarenje kaznenog djela bludne radnje i to osnovni oblik djela.¹²

U tome pravcu ide i slijedeća odluka Vrhovnog suda u kojoj se navodi da protivno stajalištu izraženom u žalbi državnog odvjetnika, Vrhovni sud prihvaća razloge kojima se rukovodio sud prvog stupnja kad je to djelo optuženika pravno označio kao kazneno djelo silovanja iz čl. 79. st. 1. KZRH. Naime, i prema stajalištu ovog suda drugog stupnja, u konkretnom slučaju, s obzirom na sve okolnosti uz koje je djelo počinjeno, napose imajući u vidu da je optuženik mentalno retardirana osoba na nivou debiliteta, bez obzira što je optuženik neposredno prije obljube prisilio oštećenicu na *felacio*, ta okolnost, sama po sebi, uz izostanak drugih aktivnosti koje bi u subjektivnom pogledu (izuzetna upornost, drskost ili bezobzirnost) tom djelu optuženika dale značaj pojačano društveno opasnog djela u smislu naročito ponižavajućeg načina oštećenice, koji bi nadilazio onaj, tom kaznenom djelu imanentan, stupanj ponižavanja, uz pravilnu primjenu zakona, još ne opravdava pravnu kvalifikaciju optuženikova djela po čl. 79. st. 2. KZRH.¹³

Ponekad su sudovi zbog utvrđenja da je osim obljube počinitelj žrtvu prisilio na *felacio*, time ostvario kvalificirani oblik silovanja pa se tako u jednoj odluci navodi da je optuženik nakon sto je izvršio obljubu nad oštećenicom (starom 74 godine), ovoj ugurao spolovilo u usta svjestan da je takvo njegovo ponašanje ponižavajuće za oštećenicu, i da na taj način vrijeđa njeno dostojanstvo.¹⁴

¹¹ Iz odluke VSH, KŽ-617/90 od 5. rujna 1990.

¹² Budući da je aktivnost optuženika prema oštećenici bila nesumnjivo usmjerena na zadovoljenje njegovog seksualnog nagona i to upotrebom sile, a i prijatnje, to postupanje gledano sasvim uopćeno ima karakter kontinuiranih događanja, ali gledano s pravnog aspekta to se djelovanje sastoji od dvije faze, koje su ne samo vremenski, nego donekle i prostorno odijeljene, kako je to također već naglašeno u ukidnom rješenju ovog Vrhovnog suda. Zato druga faza primjene sile prema oštećenici radi zadovoljenja spolnog nagona, kada oštećenica biva primorana od strane optuženika, koji joj potiskuje glavu i drži je za kosu, da njegov spolni organ drži u ustima i tako ga zadovoljava, predstavlja u ovom slučaju zamjenu za prvobitno namjeravano silovanje, kako je to na temelju svih utvrđenih pojedinosti događaja ispravno utvrdio prvostepeni sud. Utvrđeno je, naime, na temelju iskaza same oštećenice da je optuženik dobrovoljno odustao od nasilne obljube, kako je to već izneseno, a zatim prinudio oštećenicu, gurajući joj glavu prema sporne spolovilo, da ga drži u ustima kako bi i se zadovoljio, a takvo njegovo ponašanje nosi sve karakteristike bludne radnje iz čl. 89. st. 1. KZH, kako je to ispravno ocijenila pobijana presuda, što u konkretnom slučaju ne može predstavljati okolnost koja bi pokušaju silovanja dala karakter onog izvršenog na naročito ponižavajući način, kako to neprihvatljivo smatra javni tužitelj u žalbi, a time ni do kvalifikacije pokušaja: silovanja po čl. 83. st. 2. KZH, za što se zalaže žalitelj. (Iz odluke VSH, KŽ-710/92 od 13. svibnja 1992.)

¹³ Iz odluke VSH, KŽ-393/94 od 7. lipnja 1994.

¹⁴ Svako silovanje je ponižavajuće postupanje nad oštećenicom. Međutim, ovim oblikom silovanja obuhvaćeni su oni slučajevi koji učinio eksponiraju kao bezobzirnog, ili bez moralnih skrupula, u nastojanju da tijelo i ličnost oštećenice stavi u položaj koje značajno povređuju njeno dostojanstvo. Točni su navodi u žalbi da samo stavljanje spolovila u usta oštećenice ne znači da bi se, samo zbog te okolnosti, ostvarilo biće ovoga krivičnog djela. Međutim, ovdje se radi o postupku optuženika koji je izvan ponašanja koje predstavlja prinudu potrebnu radi obljube. Optuženik je, naime, nakon sto je izvršio obljubu nad oštećenicom (starom 74 godine), ovoj ugurao spolovilo u usta svjestan da je takvo njegovo ponašanje ponižavajuće za oštećenicu, i da na taj način vrijeđa njeno dostojanstvo. (Iz odluke VSH, KŽ-617/90 od 5. rujna 1990.)

Međutim, nakon stupanja na snagu KZ/97 od 1. siječnja 1998. *immissio in os* su radnje izjednačene sa spolnim odnošajem, a ne više bludne radnje.

6.2. IMMISSIO IN ANUS

Sve do stupanja na snagu KZ/97 *immissio in anus* su uglavnom bile pravno označavane kao protuprirodni blud između osoba muškoga spola.

Međutim, kod kaznenog djela protuprirodnog bluda sudska praksa nije bila u potpunosti izjednačena. U početku je protuprirodni blud tumačen vrlo usko, samo *immissio in anus*, zatim je kasnih šezdesetih godina prošloga stoljeća, tumačenje bilo nešto šire, da bi se kroz neko vrijeme praksa ponovno vratila na uže tumačenje.

Tako Vrhovni sud navodi da se pod protuprirodnim bludom osoba muškoga spola podrazumijeva samo *coitus per anum* tj. *immissio in anus*, a ne i ostale radnje koje idu za time da se zadovolji spolna pohota, koje se imaju cijeliti samo kao bludne radnje. S obzirom na to hvatanje dječaka, koji je navršio 14 godina za spolni ud i onaniranje te traženje od dječaka da i on to učini predstavlja samo vršenje bludne radnje koje Krivični zakonik ne inkriminira kao krivično djelo budući da nisu izvršene pod uvjetima predviđenim u čl. 183. KZ odnosno čl. 179. do 182. KZ već se takva djelatnost tretira kao prekršaj.¹⁵

Kasnije imamo dvije odluke iz 1969. godine u kojima je protuprirodni blud tumačen šire i to na taj način da je u jednoj odluci kao protuprirodni blud suđeno guranje penisa u usta, a u drugoj guranje prsta u vaginu.

Iz ovih primjera vidimo koliko su sudovi već tada imali problem oko pravne oznake ponašanja i radnji koje se nisu mogle podvesti pod obljubu n pod protuprirodni blud, a sudovi su smatrali da je kriminalna količina tolika da je opravdanja da se takva ponašanja označe samo kao bludne radnje.

6.3. PENETRACIJE PREDMETIMA U SPOLNE ORGANE ŽRTVE

Jesu li radnje izjednačene sa spolnim odnošajem penetracije predmetima u spolne organe žrtve sudovi su se bavili sporadično.

U dvije odluke iz 2007. godine VSRH se bavio penetracijom predmetima u spolne organe žrtve. Bila je riječ o tzv. pasivnom silovanju što je sudska praksa prihvaćala i takve radnje smatrala radnjama koje se mogu izjednačiti sa spolnim odnošajem.

U prvoj odluci sud je utvrdio da su dvojica počinitelja ostvarili kvalificirani oblik silovanja na naročito okrutan i ponižavajući način jer je prema istoj žrtvi ostvareno više silovanja na naročito okrutan i ponižavajući način, a osim obljube i *felacija* ostvarili su u tzv. pasivno silovanje jer su žrtvu prisilili na samozadovoljavanje vratom pivske boce.¹⁶

U drugoj odluci sud je također zaključio da je riječ o tzv. pasivnom silovanja kada je utvrdio da je više počinitelja ostvarilo kvalificirani oblik kaznenog djela silovanja jer su između ostalog, prisilili oštećenicu da u svoje spolovilo uvlači smotane novine i prst.¹⁷

¹⁵ Iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske, KŽ-295/63 od 7. ožujka 1963,

¹⁶ U postupanju žalitelja u cijelosti je sadržano biće kaznenog djela silovanja iz čl. 188. st. 2. KZ, sa ostvarena dva kvalifikatorna elementa, jer je predmetno kazneno djelo počinjeno na naročito okrutan i naročito ponižavajući način i jer je istom prigodom prema istoj žrtvi počinjeno više silovanja od strane više počinitelja, pa je na utvrđeno činjenično stanje pravilno primijenjen kazneni zakon. Naime, prema istoj žrtvi počinjeno je više spolnih odnošaja i sa spolnim odnošajem izjednačenih spolnih radnji od strane više počinitelja, obzirom da je nesporno da je oštećenica žalitelju vršila *felacio* i da ju je žalitelj obljubio, čime je počinio dvije radnje kojima se ostvaruje biće kaznenog djela silovanja, te se na kraju morala samozadovoljavati pivskom bocom zbog sile i prijetnje primijenjenih od strane opt. D., što predstavlja sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju, i što također udovoljava biću kaznenog djela silovanja (tzv. pasivno silovanje). Kako su sve te radnje izvršene uz višestruke prijetnje smrću, uvrede, udaranje šakama i rezanjem nožem oštećenice, te da je oštećenica nakon svega istjerana gola na ulicu, to je nedvojbeno da se istovremeno radi i o ostvarenju kaznenog djela na naročito okrutan i naročito ponižavajući način. (Iz odluke VSRH, I KŽ-920/07 od 11. prosinca 2007.)

¹⁷ Naime, prvostupanjski sud i u činjeničnom opisu presude gdje su opisane nedopuštene radnje optuženika kao i u obrazloženju presude jasno razgraničava počinjenje osnovnog kaznenog djela silovanja počinjenog radnjom koja je izjednačena sa obljubom (uvlačenjem smotanih novina u spolovilo oštećenice te njenih prstiju u njeno spolovilo) od kvalifikatornih elemenata koja tom silovanju daju karakter počinjenog na naročito okrutan i ponižavajući način. Okolnost prisile oštećenice da sama uvlači smotane

Nakon stupanj na snagu KZ/11, od 1. siječnja 2013. objašnjenja tzv. pasivnog silovanja više nisu potrebna jer je zakonsko biće kaznenog djela spolnog odnošaja bez pristanka, a time i u kazneno djelo silovanja dopunjeno tako da obuhvaća i takvo ponašanje kada žrtva bez pristanka sama nad sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju.

7. KAZNENI ZAKONIK (STUPIO NA SNAGU 1. SIJEČNJA 2013.)

Kazneni zakon iz 2011. godine koji je stupio na snagu 2013. godine u glavi XVI. propisivao je kaznena djela protiv spolne slobode, a sva kaznena djela na štetu djece smještena su u posebnu Glavu XVII. pod nazivom: Kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta.

Glava XVI. zakona je u cijelosti izmijenjena tako da ona danas ima šest kaznenih djela protiv spolnih sloboda, od kojih su dva kaznena djela nova i to kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka i kazneno djelo spolnog uznemiravanja dok su ostala djela više ili manje izmijenjena.

7.1. SPOLNI ODNOŠAJ BEZ PRISTANKA - ČLANAK 152. KZ/11

Ovdje je riječ o novom kaznenom djelu koje u takvom obliku nije postojalo ni u jednom Kaznenom zakonu. Međutim, ono ipak djelomice odgovara kaznenom djelu – Spolnog odnošaj s nemoćnom osobom iz članku 189. stavku 1. KZ/97 - Prisile na spolni odnošaj članku 190. KZ/97, Spolnom odnošaju zlouporabom položaja iz članku 191. stavku 1. KZ/97 i Zadovoljavanjem pohote pred djetetom ili maloljetnom osobom iz članku 194. KZ/97.

Kazneno djelo iz članak 152. stavka 1. ovoga članka ostvaruje onaj počinitelj koji bez pristanka:

- s drugom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju;
- navede drugu osobu da s trećom osobom izvrši spolni odnošaj ili s njim izjednačenu spolnu radnju;
- nad samim sobom izvrši sa spolnim odnošajem izjednačenu spolnu radnju što može biti penetracija dijelova tijela ili predmetima u vlastite spolne organe.

U prijašnjim zakonima ova odredba nije postojala pa je u odlukama sudova ovakvo ponašanje označavano kao tzv. pasivno silovanje o čemu je naprijed već bilo govora.

Stavak 2. članka 152. KZ/11 bavi se pitanjima otklonjive zablude, pa će počinitelj odgovarati iako je bio u zabludi u pravcu postojanja pristanka, ako je prema objektivnim okolnostima i svojim osobnim svojstvima morao i mogao znati da pristanka nema.

Opće je pravilo da počinitelj koji je prilikom počinjenja kaznenoga djela bio u zabluda koja je neotklonjivo nije kriv, a ako je zabluda bila otklonjiva odgovara za nehajni oblik ostvarenja kaznenoga djela ali ne uvijek nego samo onda kada je to kazneno djelo kažnjivo i ako je počinitelj postupao iz nehaja.

Kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka može se počinuti samo s namjerom, međutim zakonodavac je ipak predvidio odgovornost i za nehaj ako je počinitelj bio u otklonjivoj zabludi glede postojanja pristanka.

U sudskoj praksi gotova da i nema pozivanja na zabludu iz stavka 2. članka 152. KZ/11. U jednoj odluci¹⁸ optuženik se u obrani pozivao na to da je bio u zabludi u pogledu pristanka žrtve, međutim sud je takvu

novine u njenu vaginu pred više osoba koje viču „Dublje, dublje“, da bi ju se nakon toga prisiljavalo da gola trči pred njima i pri tome pjeva dok ju neki gađaju novčićima, nakon čega prisutni po njoj mokre i prisiljavaju je, da se valja po toj mokraći, odnosno drugog dana nakon pjevanja prisiljava da nastavi sa radnjom samozadovoljavanja pred svima njima, ali sada prstima, pri čemu se svi prisutni, kako to utvrđuje prvostupanjski sud, tijekom tih radnji izruguju oštećenici, očigledno sadrži potrebne kvalifikatorne elemente u samom činjeničnom opisu koji nadilaze osnovna obilježja kaznenog djela. Također, i u samom obrazloženju prvostupanjski sud nalazi utvrđenim ova postupanja kao ono koje nadilazi uobičajenu okrutnost i poniženje koje prati kazneno djelo silovanja. U odnosu na subjektivnu komponentu kod svakog od supočinitelja kaznenog djela pod točkom 1. izreke prvostupanjske presude, prvostupanjski sud ispravno utvrđuje njih kao supočinitelje te za to svoje utvrđenje daje i valjane razloge koje prihvaća i Vrhovni sud kao sud drugog stupnja. (Iz odluke VSRH, I kž-103/07 od 17. travnja 2007.)

¹⁸ Iz odluke Županijskog suda u Šibeniku, Kž-70/16 od 25. veljače 2016.

obranu optuženika otklonio, a u obrazloženju je naveo da je oštećenica jasno izrazila svoje protivljenje pa o zabludi o pristanku na spolni odnošaj ne može biti govora.¹⁹

Zakonodavac je u stavku 3. članka 152. KZ/11 definirao da pristanak postoji ako je neka osoba svojom voljom odlučila stupiti u spolni odnošaj ili s njime izjednačenu spolnu radnju i bila je sposobna donijeti i izraziti takvu odluku, a pristanak na spolni odnošaj nema ako je spolni odnošaj ili s njom izjednačena spolna radnja izvršen:

- uz uporabu prijetnje, u slučaju kada je počinitelj ranije imao spolne odnose sa žrtvom koje je snimao, a kasnije je žrtvu prisiljavao na spolne odnose prijeteći da ako ne pristane da će objaviti njezine gole fotografije, a sam i čin spolnoga odnosa.²⁰
- prijevarom;
- zlouporabom položaja prema osobi koja se nalazi u položaju zavisnosti;
- iskorištavanjem stanja osobe koja nije sposobna izraziti odbijanje, s tim da je u praksi sudova najveći broj ovakvih primjere spolnog odnošaja bez pristanka. Tako je sud utvrdio da je riječ o spolnom odnošaju bez pristanka:
 - kada je žrtva bila u tolikoj mjeri alkoholizirana da nije bila u stanju izraziti svoje protivljenje spolnom odnošaju, a počinitelj je tu činjenicu iskoristio;²¹
 - u slučaju kada je počinitelj kod žrtva razvio emocionalni odnos zaljubljenosti, svjestan njene nedovoljne mentalne i emocionalne razvijenosti, zbog čega nije bila sposobna za slobodno odlučivanje o spolnom aktu;
 - obljuba nad 69-godišnjom oštećenicom na način da su počinitelji noću ušli u kuću oštećenice dok je ona spavala i iskoristili njezinu bunovnost, alkoholiziranost i znatno narušeno psihičko stanje.
- nad osobom kojoj je protupravno oduzeta sloboda, s tim da nam nije poznato da bi ovakav slučaj bio zabilježen u sudskoj praksi.

7.2. SILOVANJE

Kazneno djelo silovanja iz članka 153. KZ/11 koncepcijski je drukčije uređeno jer ga ostvaruje onaj počinitelj koji ostvari kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka uporabom sile ili prijetnje da će izravno napasti na život ili tijelo silovane ili druge osobe.

Uspoređujući kazneno djelo silovanja iz ovoga članka s onim iz članka 188. KZ/98 uočavamo veliku podudarnost. Jedina je razlika u tome što je prema KZ/98 uporaba prijetnje da će se napasti na život ili tijelo bila usmjerena prema žrtvi ili njoj bliskoj osobi, a prema KZ/11 može biti riječ o bilo kojoj osobi na koji način je kriminalna zona proširena.

Novija sudska praksa bavila se pitanjima je li zadovoljavanje spolnoga nagona sastavnica kaznenog djela silovanja ili nije. U više sudskih odluka bilo je govora o tome da državni odvjetnici u činjenični opis kaznenog djela silovanja navode da je počinjeno u nakani zadovoljavanja spolnoga nagona, što sud smatra nepotrebним, pa tako u jednoj odluci navodi da treba ukazati na to da činjenični opisi pobijane presude koji se odnose na kaznena djela protiv spolne slobode sadrže nepotrebni dio koji se odnosi na okolnosti koje nisu sastavnice

¹⁹ Suprotno žalbenim navodima branitelja opt. M. L., vezanih za sadržaj iskaza oštećene S. D., te žalbenu tvrdnju branitelja da bi optuženik bio u zabludi oko pristanka oštećene u odnosu na spolni odnos, ovaj sud nalazi da je oštećena utuženog događaja, u trenutku kada je optuženik pritiskom ruke u tijelo pogurao u poluležeći položaj, a prethodno spustio sjedalo suvozača, riječima „nemoj“, što ponovila u više navrata, jasno i nedvojbeno izrazila svoje nepristajanje na spolni odnos, što je optuženik sasvim sigurno razumio, prepoznao, te zaključio da oštećena nije voljna imati sa istim spolni odnos, da oštećena na isti ne pristaje, a koje ponašanje, te jasno izraženo protivljenje oštećene, nije zaustavilo optuženika, već isti nastavlja sa daljnjim radnjama, činjenično opisanim u izreci pobijane presude, u cilju ostvarenja spolnog odnošaja protiv volje oštećene S. D. U tom pravcu, neosnovani su i neprihvatljivi žalbeni navodi branitelja, da bi se optuženik utuženog događaja nalazio u zabludi oko pristanka oštećene na spolni odnos, neovisno od činjenice ranijeg ponašanja oštećene, dok se sa optuženikom nalazila u klubu „R“ u Zagrebu, s istim plesala „na intimniji način“, da su se dodirivali tijelima, spremnost oštećene da sa istim razmijeni i poljupce, s obzirom da navodi da joj se optuženik svojom fizičkom pojavom svidio, ali isto tako, decidirano tvrdi, da joj nije bila namjera „sa istim stupiti u seksualni odnos. (Iz odluke Županijskog suda u Šibeniku, Kž-70/16 od 25. veljače 2016.)

²⁰ Iz odluke Općinskog kaznenog suda u Zagrebu, K-802/15 od 22. rujna 2015. – odluka nepravomoćna

²¹ Iz odluke VSRH, I Kž-89/15 od 22. travnja 2015.

tih kaznenih djela pa je na to potrebno ukazati, radi pravilnog postupanja ubuduće. Naime, u točkama 1. i 2. izreke pobijane presude navedeno je da je optuženik kaznena djela počinio „u nakani zadovoljenja svojeg spolnog nagona“. Do ostvarenja obilježja kaznenih djela protiv spolnih sloboda dolazi zato što počinitelj(ica) napada na spolnu slobodu žrtve, a pritom nije nužno da je to učinjeno „u nakani zadovoljenja svojeg spolnog nagona“ jer takav cilj, odnosno namjera nije sastavnica tih kaznenih djela (I Kž-922/11.). Štiti se sloboda odlučivanja u sferi spolnosti, počinitelj napada upravo na tu slobodu, a pravno je neodlučna okolnost „zadovoljenja spolnog nagona“. Zato činjenični opisi ne trebaju sadržavati taj ili sličan dio koji bespotrebno opterećuje i otvara mogućnost raspravljanja i dokazivanja okolnosti koje prema zakonu ne treba utvrđivati. Stoga, ako ovlaštenu tužitelj takav dio postavi u činjenični opis, onda ga sud, ako optuženika proglašava krivim, treba ispustiti iz činjeničnog opisa.²²

Da zadovoljavanje spolnoga nagona nije element kaznenoga djela silovanja proističe i iz zakonskoga bića kaznenoga djela ratnoga zločina iz članka 91. stavka 2. točke 22. KZ/11 gdje se silovanje pojavljuje kao oblik ratne osvete, kako navodi VSRH u svojoj odluci od 15. veljače 2016. I Kž-554/15²³

Kazneno djelo silovanja danas je kazneno djelo protiv spolne slobode pa se može ostvariti i onda kada počinitelj nije imalo za cilj zadovoljavanje svoga spolnoga nagona, ovdje je odlučno da se krše prava žrtve na slobodni odabir partnera i dragovoljnost spolnog odnošaja i radnji s kojima se može izjednačiti.

7.3. SUPOČINITELJSTVO I SUKCESIVNO SUPOČINITELJSTVO

Kada govorimo o kaznenom djelu silovanja i supočiniteljstvu u tome djelu moramo reći da se sudska praksa u tome mijenjala, od toga da supočiniteljstvo kod ovog kaznenog djela nije moguće, pa do toga da optuženik kazneno djelo silovanja može počinuti ne samo kao počinitelj nego i kao supočinitelj.

Dok je kazneno djelo silovanja bilo propisano među krivičnim djelima kojima se štiti dostojanstvo ličnosti i morala (KZ/51) sudska praksa je bila neujednačena, a i pravni teoretičari se nisu slagali oko toga je li kod kaznenog djela silovanja moguće supočiniteljstvo ili nije moguće.

U jednoj odluci iz 1953. godine²⁴ Vrhovni sud je rekao da je supočiniteljstvo kod silovanja moguće, no prof. Zlatarić je u svojoj knjizi Krivični zakonik u praktičnoj primjeni takav stav izvrgao oštroj kritici navodeći da je počinitelj samo onaj tko primjeni silu ili prijetnju i ostvari obljubu dok su svi ostali pomagatelji ili eventualno poticatelji jer po prirodi stvari ne može se obljuba drugoga htjeti kao svoja.

Već tada u pojedinim odlukama sudova ovakav stav prof. Zlatarića nije bio prihvaćen, pa je tako Vrhovni sud u svojoj odluci²⁵ naveo da učesnici u radnji izvršenja zajedničkog umišljajnog djela silovanja odgovaraju svi kao suizvršitelji, bez obzira u kojoj formi i u kojem opsegu svaki od njih sudjeluje. Kad je izvršena obljuba, pa samo i jednog od njih uz učestvovanje i drugih pri upotrebi sile odgovaraju kao suizvršitelji dovršenog djela silovanja. S druge strane izvršitelji obljube odgovaraju samo za dovršeno djelo silovanja, a ne i posebno još i kao pomagači u vršenju obljube drugih.

²² Iz odluke VSRH, I Kž-471/15 od 27. listopada 2015.

²³ Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao sud drugog stupnja, razmotrio je po prvostupanjskom sudu izrečene kazne zatvora u svjetlu po tom sudu utvrđenih olakotnih i otegotnih okolnosti za obojicu optuženika, te zaključio da su te okolnosti u adekvatnoj mjeri došle do izražaja u kazni zatvora u trajanju od deset godina, izrečenoj opt. L.J. R., odnosno u kazni zatvora u trajanju od pet godina izrečenoj opt. V. G. Ovaj drugostupanjski sud također smatra da protek vremena od počinjenja djela nepobitno ima znatno manji značaj kod ovakvih kaznenih djela, te da je takvo rezoniranje u skladu s pravilom o nezastarijevanju kaznenih djela ratnih zločin. Opisani postupci obojice optuženika doista odražavaju čin silovanja kao oblik ratne osvete, psihičke i fizičke dominacije nad ženskim pripadnicima druge nacionalnosti, u kojem kontekstu je ispravno navedeno da je i opt. G. pokazao iznimnu upornost i bezobzirnost, uzimajući učešća u jednom takvom postupku u kojem su jednu žensku osobu - oštećenicu istom prilikom silovala tri muškarca, čega je on nepobitno bio svjestan. Stoga, iako je postupanje opt. V. G. ispravno pravno označeno po odredbama novog Kaznenog zakona, kao djelo iz čl. 91. st. 2. KZ/11, za koje je zapriječen niži zakonski minimum nego što je to bilo prema čl. 120. st. 1. OKZRH, nije bilo mjesta blažem kažnjavanju od onog odmjerenog po prvostupanjskom sudu. S druge strane, opravdano je opt. L.J. R. odmjerenom kaznom zatvora u trajanju od deset godina koja u pravoj mjeri odražava značajno veću kriminalnu količinu sadržanu u postupcima i radnjama zbog kojih je on proglašen krivim, te njegovu ulogu idejnog začetnika i faktičkog zapovjednika. Izrečene kazne su i po ocjeni ovog drugostupanjskog suda podobne za ostvarenje svrhe kažnjavanja i postizanje opće svrhe izricanja kaznenih sankcija.

²⁴ Vrhovni sud NRH, Kž-253/53 od 10. ožujka 1953

²⁵ Kž-353/53 Zbirka odluka Vs II/1954 – odluka 46

U drugoj odluci²⁶ Vrhovni sud navodi da kada je utvrđeno da su dvojica počinitelja prema ženskoj osobi s kojom nisu u bračnoj zajednici uporabili silu u namjeri da je prinude na obljubu (odvukli je silom u šumu i silom skinuli odjeću) onda se imaju obojica smatrati kao suizvršitelji bez obzira što jedan od nije uspio da i on obljubu izvrši. Svojim ponašanjem i taj drugi optuženik pridonio je da se obljuba izvrši i obljubu je želio kao zajedničko djelo.

Danas se supočiniteljstvo kod kaznenog djela silovanja u optužnicama utužuje, a sudovi smatraju da je ono moguće jer je riječ o kaznenom djelu kojim se štite slobode (spolne), a one se ne moraju povrijediti isključivo osobno. Međutim, kod razgraničenja je li neko ponašanje učesnika u silovanju supočiniteljska radnja ili je riječ o pomaganju odlučuje su od slučaja do slučaja.

Na pitanje je li sukcesivno supočiniteljstvo kod kaznenoga djela silovanja moguće sudska praksa je odgovorila potvrdno. Naime, sukcesivno supočiniteljstvo postojati će onda kada se jednoj osobi dok ostvaruje kazneno djelo, prije nego ga je dovršila, priključi druga osoba kao počinitelj/supočinitelj.

Bitan element kaznenog djela silovanja je uporaba sile ili prijetnje, međutim ne moraju svi optuženici, da bi bili supočinitelji, primijeniti silu spram oštećenice, nego se mogu i naknadno priključiti pri čemu je odlučno da imaju vlast nad djelom da bi bila riječ o sukcesivnom supočiniteljstvu.²⁷

7.4. POMAGANJE KOD SILOVANJA

Kada je riječ o supočiniteljstvu, a kada o pomaganju kod kaznenoga djela silovanja, kao uostalom i kod drugih kaznenih djela uvijek je *questio facti*.

Starija sudska praksa bavila se pitanjima pomaganja kod kaznenog djela silovanja na način da je u više odluka optuženika oslobodio od optužbe jer pomaganje nije moguće učiniti iz nehaja, a prema utvrđenjima suda namjera pomagača nije bila dokazana.²⁸

Novija praksa se također bavila pitanjima postojanja pomaganja kod kaznenog djela silovanja pa je tako Vrhovni sud u jednoj odluci²⁹ naveo „žalitelj pogrešno smatra da se pomagateljem u smislu čl. 22. OKZRH može smatrati samo ona osoba koja je poduzela takve radnje koje su nužni uvjet da neposredni počinitelj ostvari elemente krivičnog djela“. Pomaganjem u smislu naprijed navedene odredbe smatra se svako podupiranje izravnog počinitelja u počinjenju kaznenog djela poduzimanjem radnji kojim se izvršenje kaznenog djela olakšava ili ubrzava. Prijevoz trojice optuženika iz ugostiteljskog objekta u kojemu su dogovorili odlazak kući oštećenice predstavlja radnju kojom se olakšava i ubrzava izvršenje kaznenog djela koje su namjeravali počinuti ti optuženici, pa suprotno mišljenju žalitelja, radnja prevoženja predstavlja pomagalačku radnju u izvršenju kaznenog djela za koje su ostali optuženici proglašeni krivim.

U drugoj odluci³⁰ Vrhovni sud je odbio žalbu optuženice koja je osuđena za pomaganje u silovanju navodeći da je promašena tvrdnja ove optuženice da njezine radnje otkopčavanja hlača ni na koji način nisu pomagalačke u konkretnom slučaju, jer je u pitanju izjednačena spolna radnja, sa spolnim odnošajem tj. *feticio*. Naime, ova optuženica svakako olakšava optuženiku da obavi sa spolnim odnosom izjednačenu spolnu

²⁶ VSH, Kž-79/66 od 22. ožujka 1966.

²⁷ U odnosu na točka 2. izreke pobijane presude, ocjena je ovoga suda da je i tom slučaju oštećenica bez svoje volje prisiljena da ima višestruke spolne odnose sa optuženicima M. Š., G. I. i V. K., kojom prilikom je ponovno dovedena u stanje omamljenosti drogom MDPV, a zatim, kao što to potvrđuju i sami optuženici, vođena na više skrivenih lokacija gdje su sa njom imali višestruke spolne odnose i s njim izjednačene spolne radnje, time da ista zbog stanja u kojem se nalazila, nije mogla pružiti otpor i potražiti pomoć. Stoga nisu u pravu žalitelji G. I. i V. K., kada u svojim žalbama ističu da oni nisu prema oštećenici primjenjivali nikakvu silu, jer ih niti sama oštećenica ne tereti za takav način postupanja, jer je i prema ocjeni ovoga suda, pravilno prvostupanjski sud okvalificirao optuženike kao supočinitelje, pri čemu dogovor među njima ne mora biti izričit, već može biti prešutan ili se temeljiti na konkludentnim radnjama, pa je moguće da se pojedini supočinitelj priključi za vrijeme počinjenja kaznenog djela, kao što je to u konkretnom slučaju pristupio optuženik V. K., zbog čega se u tom slučaju radi o sukcesivnom supočiniteljstvu koje je moguće sve dok kazneno djelo nije materijalno dovršeno. Dakle, i G. I. i V. K., znali su da je oštećenica K. B. omamljena drogom MDPV, jer osim što su je i sami kritične zgode konzumirali, iz iskaza oštećenice proizlazi da su joj tijekom silovanja podizali glavu i prisiljavali da ušmrkava tu drogu. (Iz odluke VSRH, I Kž-741/14-4 od 14. travnja 2016.)

²⁸ Iz odluke VSRH, I kž-485/91 od 3. listopada 1991.

²⁹ Iz odluke VSRH, I Kž-787/10 od 6. travnja 2011.

³⁰ Iz odluke VSRH, I Kž-401/11 od 23. studenoga 2011.

radnju jer nastoji skinuti oštećenicu dok se ona tome opire i pri tome počinitelju svakako olakšava da skrši otpor koji oštećenica pruža. Radi se o tipičnoj radnji pomaganja iz čl. 38. st. 2. KZ, tako da je i u ovom dijelu žalba optužene neosnovana.

Ovakve radnje optuženice, po našem mišljenju, ne samo da predstavljaju pomaganje u ostvarenju kaznenoga djela nego su vrlo blizu supočiniteljskim radnjama.

7.5. SPOLNO UZNEMIRAVANJE

Spolno uznemiravanje iz članka 156. KZ/11 je potpuno novo kazneno djelo koje raniji kazneni zakoni nisu poznavali nego je za takvo ponašanje mogla eventualno postojati prekršajna odgovornost.

U stavku 1. članka 156. KZ/11 navodi se zakonsko biće kaznenog djela spolnog uznemiravanja, a u stavku 2. istoga članka definicija što je spolno uznemiravanje.

Definicija spolnog uznemiravanja ustvari je preuzeta iz članka 3. stavka 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije s nazivom: Uznemiravanje i spolno uznemiravanje koja glasi: „*Spolno uznemiravanje je svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobi, koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.*“

Kako utvrditi je li riječ o kaznenoj ili prekršajnoj odgovornosti, a da se ne povrijedi načelo *ne bis in idem* nije uvijek jednostavno.

Praksa sudova je razliku pronalazila u gramatičkom tumačenju odredbe iz stavka 1. članka 156. KZ/11 u kojoj se govori „*Tko spolno uznemirava drugu osobu ...*“ kao trajnom glagolu što znači da je za postojanje kaznenoga djela potrebno utvrditi opetovano spolno uznemiravanje, kada bi bila riječ o kaznenom djelu, a ako toga nema onda bi počinitelj odgovarao za istovjetni prekršaj.

Tako je sud utvrdio da je riječ o kaznenom djelu, a ne o prekršaju kada je počinitelj rekao oštećenici da želi vidjeti ožiljak na bedru njezine noge i da se žali s oštećenicom „poseksati“, a nakon tjedan dana ponovno rekao da oštećenica može napredovati ako bude odlična u poslu, što ne može bez njega, ili da skine gaće.³¹

U drugoj odluci³² sud je vrijednosno ocjenjivao provedene dokaze pa je utvrdio da nisu ostvareni elementi kaznenog djela spolnoga uznemiravanja kada je optuženik kao nastavnik u srednjoj Tehničkoj školi

³¹ Prvostupanjski sud je pozorno ocijenio iskaz opt. A. K., koji ne osporava da je u vrijeme počinjenja djela bio direktor trgovačkog društva L. A. T. d.o.o. O., u kojem je oštećena D. D. bila njemu podređena radnica, ali osporava da bi, u vrijeme i na mjestu kako je to opisano u točki 1. i 2. izreke pobijane presude, rekao oštećenici da želi vidjeti ožiljak na bedru njezine noge i da se žali s oštećenicom „poseksati“, a nakon tjedan dana ponovno rekao da oštećenica može napredovati ako bude odlična u poslu, što ne može bez njega, ili da skine gaće, te takav iskaz optuženika ocijenio nevjerodostojnim, samo u dijelu u kojem optuženik osporava da je oštećenici u dva navrata uputio naprijed navedene riječi. Nasuprot toga, prvostupanjski sud je iskaz ošt. D. D. koja navodi da joj je optuženik u dva navrata, uputio naprijed navedene riječi, ocijenio vjerodostojnim. Dovodeći u vezu iskaz oštećenice s iskazima naprijed navedenih svjedokinja, prvostupanjski sud je utvrdio da je optuženik u dva navrata oštećenici uputio riječi navedenog sadržaja. Stoga prvostupanjski sud zaključuje da je opt. A. K. kao direktor svojoj podređenoj radnici opt. D. D. uputio u dva navrata riječi kojima ili izravno (želi s njom poseksati) ili neizravno (da skine gaće) iskazuje želju da s oštećenicom ima spolni odnos. Takva utvrđenja prvostupanjskog suda kao potpuna i pravilna prihvaća i ovaj drugostupanjski sud. O tome je prvostupanjski sud naveo iscrpne razloge na koje se upućuje radi izbjegavanja nepotrebnog ponavljanja. Međutim, ispitujući pobijanu presudu, u povodu žalbe optuženika, po službenoj dužnosti shodno čl. 476. st. 1. ZKP/08 ovaj drugostupanjski sud je utvrdio da je na štetu opt. A. K. povrijeđen kazneni zakon u odredbi čl. 469. toč. 4. ZKP/08 jer je prvostupanjski sud djela opisana u točki 1. i 2. izreke prvostupanjske presude pravno kvalificirao kao stjecaj dva kaznena djela protiv spolne slobode – spolno uznemiravanje iz čl. 156. st. 1. KZ/11. Međutim, da bi se radilo o kaznenom djelu spolnog uznemiravanja, za razliku od prekršaja, potrebno je da se spolno uznemiravanje ponovi. Stoga, kada je opt. A. K. 9. listopada 2013., koristeći kao direktor odnos nadređenosti prema radnici ošt. D. D. rekao da želi vidjeti ožiljak na bedru njezine noge i da želi s njom imati spolni odnos, a potom 16. listopada 2013., u istom svojstvu i istom odnosu prema ošt. D. D., ponovio riječi kojima izražava takvu spolnu želju, tek je s takvom ponovljenom radnjom ostvario kazneno djelo (jedno) spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. KZ/11. (Iz odluke Županijskog suda u Osijeku, Kž-256/15-4 od 21. svibnja 2015.)

³² Osnovano se u žalbi optuženika ističe da je na njegovu štetu povrijeđen kazneni zakon, jer u njegovom postupanju, kako je ono opisano u izreci prvostupanjske presude, nisu ostvarena obilježja kaznenog djela spolnog uznemiravanja iz čl. 156. st. 1. i 2. KZ/11, za koje je pobijanom presudom proglašen krivim. Optuženiku se stavlja na teret da je kao nastavnik u srednjoj Tehničkoj školi u četiri navrata tražio od 17-godišnje učenice da ostane za vrijeme odmora u učionici kako bi joj pregledao vježbe pa kada je ostala sama jednom ju je uhvatio za nogu, drugi puta ju je zagrlio, treći puta zamahnuo rukom da je udari po stražnjici i četvrti puta rekao da je treba istući i udario je po stražnjici. Odredba čl. 156. st. 2. KZ/11 opisuje spolno uznemiravanje kao svako verbalno, neverbalno ili fizičko neželjeno ponašanje spolne naravi koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobi, koje uzrokuje strah,

u četiri navrata tražio od 17-godišnje učenice da ostane za vrijeme odmora u učionici kako bi joj pregledao vježbe pa kada je ostala sama jednom ju je uhvatio za nogu, drugi puta ju je zagrlio, treći puta zamahnuo rukom da je udari po stražnjici i četvrti puta rekao da je treba istući i udario je po stražnjici iz čega je sud zaključio da nije riječ o kaznenom djelu spolnog uznemiravanja nego samo o nepristojnom i nedoličnom ponašanju okrivljenika.

neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Radi se, dakle, o nepristojnom i nedoličnom ponašanju sa spolnim konotacijama, koje osobu dovodi u krajnje neugodan i ponižavajući položaj. U konkretnom slučaju opisane radnje optuženika koji je zagrlio učenicu dok su izlazili iz učionice, primio ju za nogu, zamahnuo rukom da je udari po stražnjici i jednom je udario po stražnjici nisu, po ocjeni ovoga vijeća, spolne naravi u tom smislu da bi povrijedile dostojanstvo učenice i dovele ju u ponižavajući položaj. Očito je da se maloljetna učenica zbog takvog ponašanja nastavnika nije osjećala ugodno, što je njen subjektivni doživljaj koji je, obzirom na karakteristike njezine osobnosti (povučena, introvertirana, nedruželjubiva) opravdan i razumljiv, ali objektivno poduzete radnje optuženika ne predstavljaju grubo zadiranje u sferu seksualnosti niti su mogle u toj mjeri povrijediti dostojanstvo i moral maloljetne oštećenice da bi se njima ostvarila zakonska obilježja kaznenog djela spolnog uznemiravanja. Dakle, kod navedenog kaznenog djela, koje ne mora nužno uključivati fizički kontakt, radnje počinitelja moraju biti izrazito spolne naravi u toj mjeri da vrijeđaju dostojanstvo druge osobe ili imaju taj cilj i dovode ju u krajnje neugodan i ponižavajući položaj. Opisano postupanje optuženika nema takav značaj jer, koliko god za učenicu takvo ponašanje nastavnika, koji ju je zagrlio i udario po stražnjici, bilo neprihvatljivo i neprimjereno, ono u sebi ne sadrži spolnu konotaciju niti je imalo za cilj vrijeđanje dostojanstva učenice i dovođenje u ponižavajući položaj. Stoga je u pravu žalitelj kada tvrdi da se postupanje optuženika, za koje se tereti, ne može cijeliti kao ozbiljnije zadiranje u intimu oštećenice, sa spolnim predznakom, kako to pogrešno zaključuje prvostupanjski sud. Pri tome valja imati u vidu da niti jedan drugi učenik nije prijavio optuženika zbog sličnog ponašanja ili sumnje u njegovo nedolično spolno ponašanje, već su mu svi učenici, uz kolege nastavnike, generalno dali podršku da se vrati na posao i nastavi raditi kao nastavnik. (Iz odluke Županijskog suda u Bjelovaru, Kžm-32/14-3 od 15. siječnja 2015.)

Lana Petö Kujundžić, mag.iur. *

PRAVA DJECE U KAZNENOM MALOLJETNIČKOM PRAVU PREMA MEĐUNARODNIM I EUROPSKIM STANDARDIMA

1. KONVENCIJA O PRAVIMA DJETETA – CRC

Konvencija o pravima djeteta je međunarodni propis koji je najviše prihvaćen u svijetu (samo Somalija i SAD-e ju nisu ratificirale), no međutim još uvijek u velikom dijelu svijeta ona se ne primjenjuje na način da se sva prava djece poštuju i nisu sve države potpisnice konvencije napravile sve preduvjete kako bi se ona mogla provoditi.

Principi koji su posebno istaknuti u međunarodnom okviru ljudskih prava odnose se jednako na djecu i odrasle. Djeca su posebno navedena u mnogim međunarodnim instrumentima tako da su standardi posebno prilagođeni potrebama djece i njihovim pravima. Upravo u Konvenciji o pravima djece se navode sva dječja, ljudska, prava koja su već navedena u međunarodnim instrumentima. Ova konvencija govori o pravima sveobuhvatno i određuje cijeli niz vodećih principa koja su osnovna da određuju kako trebamo vidjeti djecu. Ovaj zbir prava i objašnjenja o pravima djece daju potrebno okruženje kako bi svako ljudsko biće razvilo sve svoje mogućnosti.

Konvencija o pravima djeteta (CRC) iz 1989. godine daje sveobuhvatan popis obveza koje su preuzele države potpisnice te konvencije i one se mogu podijeliti na neposredne i posredne obveze. Neposredne obveze pružaju zaštitu, a posredne obveze omogućavaju drugima da izvršavaju dužnosti koje su im dane tom konvencijom. Kada se raspravlja o Konvenciji o pravima djeteta uobičajeno je da se kaže da ona sadrži prava u 4 važna segmenta, a to je u 4 važna „P“: 1. prevencija npr. članak 2. nediskriminacija, 2. poduzimanje mjera npr. članak 3. konvencije koji govori o najboljem interesu djeteta, što je najbolje za dijete, 3. pružanje zaštite primjerice članak 6. koji govori o pravu na život, pravu na slobodu, pravu na informaciju i 4. participiranje, odnosno učestvovanje kao što je pravo na iznošenje svojeg mišljenja i prihvaćanje stavova djeteta. Međutim neko pravo djeteta je vrlo često pravo koje može biti i u više segmenata.

1.1. NAČELO RAZMJERNOSTI

Konvencija o pravima djece govori o načelu razmjernosti koje mora biti uklopljeno, vezano za okolnosti u kojima se dijete nalazi, okolnostima kako je npr. kazneno djelo počinjeno, primjereno činjenicama koje su utvrđene o tom djetetu koje je u postupku i primjereno cilju, a to je svrhovitosti izricanja kaznenopravnih sankcija. Vrlo je važno da cilj postupanja prema maloljetnim počiniteljima bi trebao biti podizanje na noge mladog čovjeka, osposobljavanje, obrazovanje i omogućavanje zapošljavanja kako ne bi nastavio sa deliktivnim ponašanjem.

* Lana Petö Kujundžić, mag.iur., sutkinja Županijskog suda u Zagrebu

1.2. PRAVA DJETETA U KAZNENOM POSTUPKU

Članak 40. Konvencije navodi:

"1. Države stranke priznaju svakom djetetu koje je osumnjičeno ili optuženo, ili za kojega je utvrđeno da je prekršilo kazneni zakon, pravo da se s njime postupa na način kojim se promiče njegov osjećaj osobnog dostojanstva i vrijednosti, jača njegovo poštivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda drugih te uzima u obzir njegova dob, poželjnost njegova povratka u zajednicu i preuzimanja aktivne uloge u toj zajednici.

2. U tom cilju, a uzevši u obzir odgovarajuće odredbe međunarodnih instrumenata, države stranke će osobito osigurati da:

a) niti jedno dijete ne bude osumnjičeno, optuženo ili utvrđeno da je prekršilo kazneni zakon za djela ili propuste koji, prema međunarodnom ili domaćem pravu, nisu bili zabranjeni u vrijeme kad su počinjeni;

b) svako dijete koje je osumnjičeno ili optuženo za povredu kaznenog zakona ima najmanje sljedeća jamstva:

i) da se smatra nevinim sve dok mu se krivnja ne dokaže u skladu sa zakonom;

ii) da bude neodgodivo i izravno obaviješten o optužbama protiv njega i kad je to primjereno, preko roditelja ili zakonskih skrbnika, i da ima pravnu i drugu odgovarajuću pomoć u pripremi i iznošenju svoje obrane;

iii) da njegov slučaj neodložno razmotri nadležno, neovisno i nepristrano tijelo vlasti ili sudsko tijelo u pravičnoj raspravi u skladu sa zakonom i u nazočnosti branitelja ili drugog savjetnika te njegovih roditelja ili zakonskih skrbnika, ako to nije u suprotnosti s njegovim najboljim interesom, osobito uzimajući u obzir njegovu dob i stanje;

iv) da se ne prisiljava na davanje izjave ili priznanje krivnje; da može ispitati ili dati ispitati svjedoke optužbe i pod istim uvjetima osigurati prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane;

v) ako se smatra da je prekršilo kazneni zakon, da u skladu sa zakonom ima pravo na provjeru te odluke i mjera koje iz nje proizlaze pred višim nadležnim, neovisnim i nepristranim tijelima vlasti ili sudskom tijelu;

vi) da ima pravo na besplatnu pomoć tumača ako ne razumije jezik koji se u postupku koristi;

vii) da se poštuje njegova privatnost na svim razinama postupka.

3. Države stranke će nastojati promicati donošenje zakona i uspostavu postupaka, upravnih tijela i ustanova posebno namijenjenih djeci koja su osumnjičena ili optužena, ili se utvrdilo da su prekršila kazneni zakon, napose:

a) odrediti najnižu dob ispod koje se neće smatrati da su djeca sposobna za odgovornost prema kaznenom zakonu.

U članku 40. Konvencije o pravima djece navedena su prava djece koja su osumnjičena za počinjenje kaznenog djela ili su u kaznenom postupku. Navedena prava bi se trebala primjenjivati konkretno u našem pravnom sustavu i za maloljetnike u prekršajnom postupku. Dakle, sva djeca koja su u pretkaznenom, pripremnom ili kaznenom postupku kao i ona u prekršajnom postupku, barem za prekršaje koji se mogu kazniti kaznom zatvora, morala bi se smatrati djecom koja imaju prava iz članka 40 Konvencije. Vezano za prava djeteta u postupcima ističe se njegovo pravo da dijete ne može biti proglašeno krivim dok se ne dokaže njegova krivnja. Odgojna mjera kao sankcija se ne smije primijeniti samo iz razloga što želimo pomoći djetetu jer kroz socijalnu politiku mu nisu još osigurali pomoć pa zbog toga ga u kaznenom postupku proglašavamo odgovornim za počinjenje kaznenih djela i izričemo sankciju. Naime, bez utvrđenja krivnje ne smije se primjenjivati sankcija već postupak treba biti obustavljen ukoliko bi za isti kazneni postupak odrasla osoba bila oslobođena, odnosno donosila bi se odbijajuća presuda.

Potrebno je da dijete upoznamo sa optužbama koje mu se stavljaju na teret, koji su dokazi koje imamo, a postupak mora biti žuran. Maloljetnika se ne smije prisiliti na davanje iskaza i priznanje počinjenja kaznenog djela. Pravo na izjavljivanje pravnog lijeka, žalbe svakako je pravo koje ima i dijete, ali tu postoji pravo na besplatnu pomoć prevoditelja, dakle osobe tumača koji će govoriti njegov jezik. Obzirom na njegovu dob u kojoj nastupa kaznena odgovornost, svaka država je dužna propisati minimalnu granicu, što je u Republici Hrvatskoj učinjeno propisom o donjoj granici kaznene odgovornosti od 14. godina. Uvijek, ako je moguće treba odustati od progona i primijeniti alternativne mjere ako će one postići istu svrhu, kao što će postići i neka druga teža sankcija.

1.3. NAJBOLJI INTERES DJETETA

Konvencija o pravima djece u članku 3. navodi pojam najboljeg interesa djeteta i to pravo je primarno u svim postupcima koji se odnose na djecu.

„Članak 3. Konvencije

1. U svim akcijama koje se odnose na djecu, bilo da ih poduzimaju javne ili privatne ustanove socijalne skrbi, sudovi, državna uprava ili zakonodavna tijela, najbolji interes djeteta mora imati prednost.

2. Države stranke se obvezuju da će odgovarajućim zakonodavnim i upravnim mjerama osigurati takvu zaštitu i skrb djeteta kakva mu je prijeko potrebna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i dužnosti njegovih roditelja, zakonskih skrbnika ili drugih osoba koje su za nj pravno odgovorne.

3. Države stranke će osigurati da ustanove, službe i tijela odgovorna za skrb ili zaštitu djece budu pod stručnim nadzorom i da djeluju u skladu sa standardima uspostavljenim od strane nadležnih tijela, osobito u području sigurnosti, zdravlja te broja i stručnosti osoblja.

Ovaj princip je prvi put naznačen u Deklaraciji o pravima djece iz 1959. godine gdje je navedeno da će dijete uživati posebnu zaštitu koja će biti osigurana pravnim i drugim putem kako bi mu omogućili psihički, razumni, moralni, duševni i socijalni razvoj u normalnim uvjetima kao što su sloboda i poštovanje. U provođenju prava najbolji interes djeteta će uvijek imati primarno mjesto kada se donosi odluka.

Konvencija o pravima djece nije definirala pojam najboljeg interesa djeteta već je radna grupa koja je predlagala konvenciju navela da će se osnovne vrijednosti i principi primjenjivati u svakom konkretnom slučaju. Iako stručnjaci koji su predlagali konvenciju smatraju da se konvencija i sva prava za djecu trebaju uzimati kao cjelina i da postoji međupovezanost, međutim, istakli su da su osnovna prava djece: nediskriminacija, preživljavanje i razvoj, poštovanje dječjeg mišljenja. Ta prava su važna za određivanje najboljeg interesa djece u određenoj situaciji kao i određivanje najboljeg interesa djece kao grupe. Određivanje najboljeg interesa djece treba sagledati u kratkom i dugom period koji se treba uzeti u obzir za dijete.

Pojedine zemlje u Zakonima o pravima djece definirale su pojam najboljeg interesa ali najčešće općenito povezujući s pravima djeteta da živi s roditeljima, da se školuje, da ima pravo na zdravstvenu zaštitu, da bude zaštićeno od svih oblika zanemarivanja i zlostavljanja, pravo da izrazi svoje mišljenje i slično.

Zaključak je različitih struka da je važno dobiti puno podataka o djetetu kako bi se za svaki pojedini slučaj utvrdio najbolji interes djeteta. Multidisciplinarni pristup djetetu osigurava sagledavanje svih mogućnosti za dijete u pojedinom vremenu i mogućnost da se utvrdi najbolji interes djeteta.

1.4. KATEGORIJE DJECE

U Konvenciji se navode djeca ovisno o položaju u kojem se nalaze pa tako:

- Djeca u sukobu sa zakonom su djeca kada počine prekršaj ili kazneno djelo, te se prema njima postupaju od strane države, različitih institucija, od policije, socijalne skrbi, državnog odvjetništva, suda, zavodskih institucija, zatvora i drugih.
- Djeca u opasnosti su djeca u riziku prema kojima se trebamo ponašati na način da umanjimo mogućnosti da postanu počinitelji kaznenih djela ili žrtve drugih osoba koje ih mogu zlostavljati ili iskorištavati. Prevencija je vrlo važna za postupanje prema djeci. Kao na primjer u članku 19: „Države stranke će poduzeti sve potrebne zakonodavne, upravne, socijalne i prosvjetne mjere da zaštite dijete od svakog oblika tjelesnog ili duševnog nasilja, povreda ili zlouporaba, zanemarivanja ili zapuštenosti, zlostavljanja ili iskorištavanja, uključujući spolno zlostavljanje, dok o njemu brine(u) roditelj(i), zakonski skrbnik(-ci) ili neka druga odgovorna osoba kojoj je povjerena skrb o djetetu. Takve mjere zaštite trebaju, kad je to primjereno, obuhvatiti djelotvorne postupke za uvođenje socijalnih programa kojima se pruža potrebna pomoć djetetu i onima koji o njemu skrbe, kao i za druge oblike sprječavanja i utvrđivanja, izvješćivanja, ukazivanja, istraživanja, postupanja i praćenja gore opisanih slučajeva zlostavljanja djeteta i, kad je potrebno, za uključivanje suda.“
- Djeca kao žrtve/svjedoci su djeca koju treba zaštititi o daljnjem zlostavljanja ili iskorištavanja odnosno omogućiti im pravo na iznošenje svojeg mišljenja, spriječiti sekundarnu viktimizaciju i u okruženju koje odgovara djeci dobiti iskaz. Također je važno omogućiti da se dijete oporavi na način da mu

se pruži sva potpora. Članak 39: „Države stranke će poduzeti sve odgovarajuće mjere za promicanje tjelesnoga i duševnog oporavka i povratka u zajednicu djeteta koje je bilo žrtva bilo kojeg oblika zanemarivanja, iskorištavanja ili zlostavljanja, mučenja ili nekog drugog oblika okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupka ili kazne, ili oružanog sukoba. Takav oporavak i povratak u zajednicu treba biti u sredini koja potiče zdravlje, samopoštovanje i dostojanstvo djeteta.“

1.4.1. DJECA U SUKOBU SA ZAKONOM

Uz članke, 40. koji govori o maloljetničkom pravu i 39. koji govori o rehabilitaciji i reintegraciji, članak 37. se također odnosi na djecu u sukobu sa zakonom. I to : „Države stranke će osigurati da:

- a) niti jedno dijete ne bude podvrgnuto mučenju ili nekom drugom okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni. Ni smrtna kazna ni kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti puštanja na slobodu ne smiju se određivati za prijestupe koje počine osobe mlađe od 18 godina;
- b) niti jedno dijete ne bude nezakonito i samovoljno lišeno slobode. Uhićenje, pritvaranje ili zatvaranje djeteta obavljat će se u skladu sa zakonom, kao krajnja mjera i na najkraće moguće vrijeme;
- c) se sa svakim djetetom kojemu je oduzeta sloboda postupa čovječno i s poštivanjem prirodnog dostojanstva ljudske osobe, uzimajući u obzir potrebe osoba te dobi. Napose će se svako dijete kojemu je oduzeta sloboda držati odvojeno od odraslih, osim kad bi to bilo suprotno njegovom najboljem interesu te će ono, osim u izuzetnim okolnostima, imati pravo održavati kontakte sa svojom obitelji dopisivanjem i posjetima;
- d) svako dijete koje je lišeno slobode ima pravo na neodgodivu pravnu i drugu odgovarajuću pomoć, kao i pravo na preispitivanje zakonitosti oduzimanja njegove slobode pred sudom ili nekim drugim odgovarajućim neovisnim i nepristranim nadležnim tijelom te pravo na neodgodivo donošenje odluke o svakom takvom pitanju.“

Ovaj članak daje djeci pravo da budu zaštićeni od torture, drugih okrutnih, nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, nezakonitog lišenja slobode. Također su navedeni uvjeti pod kojim se dijete smije lišiti slobode te uvjete postupanja s djetetom koje je lišeno slobode.

1.5. ODUSTAJANJE OD PROGONA I ALTERNATIVE

Odustajanje od progona je navedeno u članku 40. Konvencije: „... kad god je to primjereno i poželjno, odrediti mjere postupanja s takvom djecom bez pribjegavanja sudskim postupcima, uz uvjet da se u potpunosti poštuju ljudska prava i pravna zaštite. Djeci moraju biti dostupne različite mogućnosti, kao što su skrb, usmjeravanje i nadzor; savjetovanje i uvjetno kažnjavanje, zbrinjavanje kod hranitelja, obrazovanje i programi strukovne izobrazbe te druge zamjenske mogućnosti institucionalne skrbi, kako bi se osiguralo da se s njima postupa primjereno njihovoj dobrobiti te u skladu i s okolnostima u kojima se nalazi i s počinjenim djelom.“

U konvenciji se spominje diverzija prije / umjesto suđenja i ističe se da će se ona primijeniti kada odgovara djelu, počinitelju i mjeri s kojom se može postići cilj.

Alternative mjere bi trebale biti:

- Prije suđenja: u rukama policije, državnog odvjetnika, suca (umjesto suđenja)
- Tijekom suđenja: odlučuje sudac (umjesto presude)
- Nakon suđenja: odlučuje sudac (umjesto kazne)

1.6. PARTNERI U PROGRAMIMA PREVENCIJE

Konvencija u velikom broju članaka navodi prevenciju koju trebaju provoditi obitelj u kojoj dijete raste, škola u koju polazi, zdravstvena ustanova koja mu je dostupna, zajednica u kojoj se dijete nalazi, javni mediji od televizije, radija do društvenih mreža kao i vlade i upravna tijela koja propisuju politike za zaštitu djece. Neki članci su kao primjer navedeni uz obitelj, školu, zdravstvene ustanove, zajednicu, medije i politike drža-

ve, koji bi trebali provoditi prevenciju radi toga da dijete treba biti u potpunosti pripremljeno za samostalan život u društvu i odgojeno u duhu ideala koji su proglašeni u Povelji Ujedinjenih naroda, osobito u duhu mira, dostojanstva, snošljivosti, slobode, ravnopravnosti i solidarnosti.

1.6.1. OBITELJ

Članak 5: „države stranke poštivat će odgovornosti, prava i dužnosti roditelja, zakonskih skrbnika ili drugih osoba zakonski odgovornih za dijete, ili, ako je potrebno, članova proširene obitelji ili zajednice kako to nalažu mjesni običaji. „

Članak 18: „Države stranke učinit će sve što je u njihovoj moći u primjeni načela zajedničke roditeljske odgovornosti za odgoj i razvoj djeteta. Roditelji ili zakonski skrbnici snose najveću odgovornost za odgoj i razvoj djeteta. Dobrobit djeteta mora biti njihova temeljna briga.“

Članak 27: „Roditelj(i) ili druge osobe, ovisno o njihovim sposobnostima i materijalnim mogućnostima, snose najveću odgovornost za osiguranje životnih uvjeta koji su prijeko potrebni za djetetov razvoj.“

1.6.2. ŠKOLA

Članak 28: „1. Države stranke priznaju svakome djetetu pravo na obrazovanje te će u svrhu ostvarivanja tog prava postupno i na temelju jednakih mogućnosti za svu djecu osobito: a) svima osigurati obvezno i besplatno osnovno obrazovanje; b) poticati razvoj različitih oblika srednjoškolskog obrazovanja, uključujući opću i stručnu izobrazbu, te ih učiniti raspoloživim i dostupnim svakom djetetu te poduzeti primjerene mjere kao što su uvođenje besplatne izobrazbe i osiguranje materijalne podrške kad je ona potrebna; c) svim prikladnim sredstvima učiniti više i visoko obrazovanje dostupno svima na temelju sposobnosti; d) učiniti da obavijestiti o školovanju te stručnoj izobrazbi i profesionalnom usmjeravanju budu dostupne svakom djetetu; e) poduzeti mjere za poticanje redovitog dolaska na nastavu i smanjenje stope ispisa djece iz škole.“

Članak 29. „1. Države stranke slažu se da obrazovanje djeteta treba usmjeriti prema: a) punom razvoju djetetove osobnosti, nadarenosti, duševnih i tjelesnih sposobnosti; b) promicanju poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda te načela proglašanih u Povelji Ujedinjenih naroda; c) poticanju poštivanja djetetovih roditelja, njegova kulturnog identiteta, jezika i vrijednota, nacionalnih vrijednota zemlje u kojoj dijete živi i zemlje iz koje potječe te poštivanje civilizacija koje se od njega razlikuju; d) pripremi djeteta za odgovoran život u slobodnoj zajednici u duhu razumijevanja, mira, snošljivosti, ravnopravnosti spolova i prijateljstva među svim narodima, etničkim, nacionalnim i vjerskim grupama te osobama starosjedilačkog podrijetla; e) poticanju zaštite prirodnog okoliša.“

1.6.3. ZDRAVSTVENE USTANOVE

Članak 24: „Državne stranke priznaju djetetu pravo na uživanje najviše moguće razine zdravlja i na olakšice glede ozdravljenja i oporavka. Države stranke će nastojati osigurati da nijednom djetetu ne bude uskraćeno njegovo pravo pristupa zdravstvenim službama.“

1.6.4. ZAJEDNICA

Članak 26: „Države stranke će svakom djetetu priznati pravo na socijalnu sigurnost, uključujući socijalno osiguranje, te će poduzeti potrebne mjere za puno ostvarenje ovoga prava u skladu s nacionalnim zakonodavstvom.“

1.6.5. JAVNI MEDIJI

Članak 17: „Države stranke priznaju važnost koju imaju sredstva javnog priopćavanja te će djetetu osigurati pristup obavijestima i materijalima iz različitih nacionalnih i međunarodnih izvora, osobito onih koji

teže promicanju društvene, duhovne i moralne dobrobiti djeteta, kao i njegova tjelesnoga i duševnoga zdravlja.“

1.6.6. POLITIKE (OBRAZOVANJE, ZDRAVLJE ITD.)

Članak 3 stavak 2: “Države stranke obvezuju se da će odgovarajućim zakonodavnim i upravnim mjerama djetetu osigurati zaštitu i skrb kakva je prijeko potrebna za njegovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i dužnosti njegovih roditelja, zakonskih skrbnika ili drugih osoba koje su za nj zakonski odgovorne.”

Članak 4: “Države stranke poduzet će sve odgovarajuće zakonodavne, upravne i druge mjere za primjenu prava priznatih u ovoj Konvenciji. Glede gospodarskih, društvenih i kulturnih prava, države stranke poduzet će takve mjere u što širem opsegu svojih raspoloživih sredstava i, u slučaju potrebe, u okviru međunarodne suradnje.”

2. PRAVILA UJEDINJENIH NARODA O STANDARDNOM MINIMUMU U MALOLJETNIČKOM PRAVOSUĐU IZ 1985.(PEKINŠKA PRAVILA)

Na Kongresu UN-a o prevenciji kriminaliteta i postupku prema optuženicima u Karakasu, Venecueli 1980. godine, proglašena je godina djeteta. Na kongresu su stručnjaci kriminolozi prikazali potrebu za donošenjem propisa za mlade počinitelje. Na sljedećoj konferenciji u Pekingu bilo je puno prijedloga o donošenju Zakona o pravima za mlade počinitelje koji je propis kasnije nazvan Minimalna pravila UN-a o maloljetničkom pravu i kojeg je prihvatila Generalna skupština Ujedinjenih naroda 1985.g.

U općim načelima pravila su posvećena najboljem interesu maloljetnika i njegove obitelji, ne umanjujući interes zajednice. Predlaže se državama članica UN-a da pozitivnim mjerama djeluju na maloljetnike što uključuje punu mobilizaciju svih mogućih izvora, uključujući roditelje, volontere i druge grupe u zajednici, kao i škole i druge institucije, radi promoviranja dobrobiti djeteta, kako bi se izbjegla potreba interveniranja kaznenim aparatom, a uspješno, pošteno i ljudski bi se pristupalo maloljetniku koji je u konfliktu s pravom. Ističu se principi: razmjernost, odustajanje od progona, alternativne mjere, oduzimanje slobode kao krajnja mjera.

Pravila Ujedinjenih naroda odnose se na istragu i progon mladih počinitelja kaznenih djela za što je potrebna specijalizacija u okviru policije. Predlažu se upotrijebiti alternativne mjere za klasični kazneni postupak, a ukoliko do suđenja dođe da postupak bude žuran.

Sudska odluka i rezultat kaznenog postupka je važan ali se u postupku mora omogućiti maloljetniku besplatna pravna pomoć te izbor mjera koje su alternative institucionalnom smještaju poput nadzora, uvjetne kazne, društveno korisnog rada, grupne terapije i slično.

Alternativni tretman bi se trebao primjenjivati prema maloljetnicima, a samo iznimno bi trebalo maloljetnike staviti u instituciju. Izvan ustanova posebno educirani socijalni radnici trebaju raditi s djecom kao i socijalni radnici za uvjetno otpuštene osobe, a prema maloljetnicima treba se djelovati u otvorenim centrima za odgoj.

Tretman u ustanovama ukoliko je to jedino moguće rješenje bi trebali biti otvorenog tipa, malih dimenzija sa velikim brojem programa.

Za maloljetničko pravo važno je provođenje istraživanja, planiranje, osmišljavanje politika, procjena stanja u kojem trebaju sudjelovati sveučilišta i tvorci politika.

3. SMJERNICE UJEDINJENIH NARODA ZA SPREČAVANJE MALOLJETNIČKE DELINKVENCije IZ 1990. (SMJERNICE IZ RIYADHA)

U smjernicama su propisani opći principi od prevencije maloljetničke delinkvencije, pronalaženja dobrobiti djeteta od najmanjeg uzrasta kako bi se preveniralo loše ponašanje, aktivno usmjeravanje djece prema ponašanju koje nije kriminogeno. To se odnosi na zadatak cijelog društva od obitelji, škole, zajednice, javnih medija do državnih politika. Mjere bi trebale biti usredotočene na dijete sa sudjelovanjem samog djeteta. Države bi trebale stalno preispitivati primijenjene preventivne mjere bez kažnjavanja djeteta.

4. PRAVILA UJEDINJENIH NARODA ZA ZAŠTITU MALOLJETNIKA LIŠENIH SLOBODE IZ 1990. (PRAVILA IZ HAVANE)

Pravila Ujedinjenih naroda o zaštiti maloljetnika lišenih slobode (od neosnovanog lišenja slobode) - tzv. Havanska pravila iz 1990. godine - United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty – La Habana Rules, 1990, usvojila je Generalna skupština UN, Rezolucijom broj 45/113, od 14. prosinca 1990.

Pravila Ujedinjenih naroda o zaštiti maloljetnika lišenih slobode, iako neobavezujuća za države potpisnice, predstavljaju potpune i jasne minimalne smjernice koje bi trebale biti osnovica svakog postupanja prema djeci koja su lišena slobode. Međutim, iako su ova Pravila sama po sebi u formi neobavezujućih preporuka, neka od njih su postala obavezujuća putem prenošenja u nacionalne zakone pojedine zemlje. Ona su također razrada osnovnih principa koji se nalaze u Konvenciji UN o pravima djeteta.

Osnove ovih pravila su:

- da sistem maloljetničkog pravosuđa poštuje prava i sigurnost maloljetnika i razvija psihičku i fizičku dobrobit djeteta
- da lišavanje slobode maloljetnika bude krajnja mjera, odnosno posljednje sredstvo koje se primjenjuje u najkraćem mogućem trajanju i ograničeno samo na izuzetne slučajeve
- pomoć kako bi svi maloljetnici lišeni slobode shvatili i razumjeli svoja prava i obveze tijekom pritvora, odnosno bili informirani o ciljevima pružene brige;
- ustanovljavanje mogućnosti ranijeg otpuštanja maloljetnika;
- da sve mjere institucionaliziranja djeteta budu ustanovljene s ciljem pomaganja integracije djeteta u društvo, te da briga za maloljetnike lišene slobode bude društvena briga od posebnog značaja;
- zabranu diskriminacije;
- poštovanje vjerskih i kulturnih vjerovanja djeteta;
- pravo djeteta na tumača kada je to potrebno,
- da se omogući kontakt maloljetnika i lokalne zajednice;
- da osoblje koje radi sa maloljetnicima mora imati odgovarajuću osposobljavanje, uključujući edukaciju o dobrobiti djeteta i ljudskim pravima;
- rad na jačanju svijesti u javnosti o značaju pripreme maloljetnika za povratak u zajednicu.

Ova pravila se odnose se na sve maloljetne osobe i na sve oblike oduzimanja slobode (policijsko zadržavanje, pritvor, izdržavanje zatvorske kazne, smještaj u ustanovama zatvorenog tipa). Pravila se odnose na sve pravne subjekte: policiju, upravu, pravosuđe. Posebno se navodi da je oduzimanje slobode krajnja mjera i za izvanredne slučajeve, na najkraće moguće vrijeme.

Ustanove bi trebale biti manjih dimenzija i odvojene od ustanova za odrasle i trebale bi pružati odgoj, osposobljavanje i učenje životnim vještinama.

5. STANDARDNA MINIMALNA PRAVILA UJEDINJENIH NARODA ZA MJERE ALTERNATIVNE INSTITUCIONALNOM TRETMANU (TOKIJSKA PRAVILA) IZ 1990.

Standardna minimalna pravila Ujedinjenih naroda za mjere alternativne institucionalnom tretmanu (izvanzavodske mjere) - tzv. Tokijska pravila iz 1990. godine. Tokijska pravila usvojena su rezolucijom Generalne skupštine, broj 45/110, od 14. prosinca 1990. godine. Standardna minimalna pravila Ujedinjenih naroda za mjere alternativne institucionalnom tretmanu ili alternativne mjere - tzv. Tokijska pravila iz 1990. godine, iako neobavezujuća za države ugovornice, promoviraju izvanzavodske odgojne mjere koje predstavljaju alternativu institucionalnim mjerama i pretkaznene diverzione postupke prema djeci u sukobu sa zakonom.

Tokijska pravila promoviraju veće učešće zajednice u izvršavanju maloljetničkog prava i jačanje osjećaja odgovornosti maloljetnog počinitelja prema društvenoj zajednici (Tokijska pravila – pravilo 1.2). Ona pokazuju sveobuhvatnu sliku onoga što bi trebalo uzeti u obzir prilikom rada na unapređenju, razvoju i primjeni alternativnih mjera nasuprot institucionalnom tretmanu, uključujući pretkaznene diverzione programe prema maloljetnicima. Ova pravila se odnose na svu djecu u sukobu sa zakonom, u skladu s konkretnim zakonom i u svim fazama kaznenog postupka. Tokijska pravila su raspoređena u osam dijelova i odnose se na : opće

principe, postupak prije suđenja, za vrijeme suđenja i izricanja presude, postupak nakon izricanja presude, primjena alternativnih mjera; osposobljavanje osoba koje su u kontaktu s maloljetnikom, volonteri i drugi resursi zajednice i istraživanje, planiranje, formuliranje politike i ocjenjivanje.

6. DODATNI MEĐUNARODNI INSTRUMENTI

6.1. FAKULTATIVNI PROTOKOL UZ KONVENCIJU O PRAVIMA DJETETA GLEDE UKLJUČIVANJA DJECE U ORUŽANE SUKOBNE

Prvi fakultativni protokol je potaknut velikom potporom Konvenciji o pravima djeteta te pokazuje opće opredjeljenje za promicanje i zaštitu prava djeteta. Njime se ponovno potvrđuje da prava djece zahtijevaju posebnu zaštitu te se zagovara stalno poboljšanje situacije djece bez razlike te njihov razvoj i naobrazbu u uvjetima mira i sigurnosti. UN su uznemireni štetnim i dalekosežnim utjecajem oružanih sukoba na djecu i dugoročnim posljedicama na trajni mir, sigurnost i razvitak, a osuđuje se ciljanje djece u situacijama oružanog sukoba i izravne napade na objekte zaštićene međunarodnim pravom, uključujući mjesta na kojima su općenito djeca nazočna, kao što su škole i bolnice. Ovaj protokol je ratificiran u Hrvatskoj 2002.

U člancima 1, 2 i 3 Protokola određuje se da će države stranke poduzeti sve moguće mjere kako bi osigurale da pripadnici njihovih oružanih snaga koji još nisu navršili 18 godina ne sudjeluju izravno u neprijateljstvima. Ujedno su dužne osigurati da se osobe koje još nisu navršile 18 godina ne unovačuju prisilno u oružane snage i obvezne su povisiti najnižu dob od 15 godina za dobrovoljno unovačenje osoba u svoje državne oružane snage.

6.2. FAKULTATIVNI PROTOKOL UZ KONVENCIJU O PRAVIMA DJETETA O PRODAJI DJECE, DJEČJOJ PROSTITUCIJI I DJEČJOJ PORNOGRAFIJI

Drugi fakultativni protokol je donesen zbog značajne i rastuće međunarodne trgovine djecom u svrhe prodaje djece, dječje prostitucije i dječje pornografije, kao i raširene i stalne prakse turizma u svrhe pribavljanja seksualnih usluga, na koju su djeca osobito ranjiva, jer izravno promiče prodaju djece, dječju prostituciju i dječju pornografiju. Protokolom se ističe da su osobito ranjive skupine, djevojčice, u većoj opasnosti od seksualnog iskorištavanja, te da su djevojčice nesrazmjerno zastupljene među seksualno iskorištanim osobama.

Člankom 1. Protokola je navedeno da će države stranke zabraniti prodaju djece, dječju prostituciju i dječju pornografiju.

Protokolom su definirani pojmovi: prodaja djece kao svako djelo ili transakciju u kojoj dijete prenosi neka osoba ili skupina osoba drugim osobama za naknadu ili bilo kakvu drugu nagradu, dječja prostitucija kao uporaba djeteta u seksualnim aktivnostima za naknadu ili bilo kakav drugi oblik nagrade i dječja pornografija kao prikazivanje, bilo kakvim sredstvima, djeteta u pravim ili simuliranim eksplicitnim seksualnim aktivnostima ili prikazivanje seksualnih dijelova djeteta u prvome redu u seksualne svrhe.

U članku 3. je navedena obveza države da u kaznenom pravu predvidi kao kaznena djela sljedeće aktivnosti:

1. Prodaja djece kao nuđenje, izručivanje ili prihvaćanje, bilo kojim sredstvima, djeteta u svrhe:
 - a) seksualnog iskorištavanja djeteta,
 - b) transfera organa djeteta radi dobiti,
 - c) uključivanja djeteta u prisilni rad,
2. Npropisno dobiven pristanak, kao pretpostavka za posvojenje djeteta kršenjem važećih međunarodnih pravnih instrumenata o posvojenju,
3. Nuđenje, dobivanje, te davanje djeteta za dječju prostituciju,
4. Proizvodnja, distribucija, širenje, uvoz, izvoz, nuđenje, prodaja ili posjedovanje u gore navedene svrhe dječje pornografije.

6.3. TREĆI FAKULTATIVNI PROTOKOL O PRAVU DJETETA NA PRITUŽBU

Treći Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta (Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure), koji se odnosi na postupak podnošenja pritužbe UN-ovom Odboru za prava djece, stupio je na snagu u travnju 2014. Omogućio je djeci zemalja koje su ratificirale taj protokol da podnesu tužbe zbog kršenja njihovih prava kada nisu dobili odgovarajuću zaštitu na nacionalnom nivou. Stručnjaci UN-ovog Odbora za prava djece imaju široke ovlasti reakcija nakon razmatranja pritužbe djece.

Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o postupku povodom pritužbi, kojega je Hrvatski sabor potvrdio 10. veljače 2017., predstavlja iskorak u zaštiti djece jer djeci, žrtvama kršenja dječjih prava, omogućuje da ostvare pravo na podnošenje pritužbe Odboru za prava djeteta Ujedinjenih naroda. UNICEF podržava Vladu Republike Hrvatske u provođenju sustavnih promjena za ostvarivanje boljeg pristupa pravdi za djecu te pozdravlja potvrđivanje ovog važnog mehanizma zaštite dječjih prava. Protokol potvrđuje položaj djeteta kao nositelja prava i osobe s dostojanstvom te omogućuje izravnije zahtijevanje zaštite i ostvarivanja dječjih prava.

Republika Hrvatska je treći fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta ratificirala kao 13. zemlja u Europskoj uniji i 32. zemlja u svijetu, a stupit će na snagu tri mjeseca od datuma ratifikacije.

Sukladno Fakultativnom protokolu, pojedinac, skupina pojedinaca ili njihov predstavnik može uputiti pritužbu Odboru za prava djeteta pri UN-u, u slučaju kršenja bilo kojeg prava zajamčenog Konvencijom o pravima djeteta i fakultativnim protokolima uz Konvenciju koje je država ratificirala. Pritužbe Odboru moguće je uputiti u slučajevima kada su iscrpljena sva raspoloživa domaća sredstva pravne zaštite i kad je primjena domaćih sredstava pravne zaštite bezrazložno produljena ili nije vjerojatno postizanje učinkovitog rješenja.

Odbor na temelju pritužbe može izdati mišljenje ili preporuku državi, ali i pokrenuti istražni postupak u slučajevima teških ili sustavnih kršenja prava iz Konvencije o pravima djeteta ili njezinim fakultativnim protokolima. Nakon primitka pritužbe, a prije negoli odluči o njezinoj osnovanosti, Odbor za prava djeteta UN-a može državi stranci proslijediti zahtjev za poduzimanjem privremenih mjera kako bi se izbjegla moguća nepopravljiva šteta za žrtvu ili žrtve navodnih kršenja.

7. SMJERNICE VIJEĆA EUROPE O PRAVOSUĐU NAKLONJENOM DJECI

Vijeće Europe 2010. godine donijelo je smjernice o pravosuđu prilagođenom djeci smatrajući da je važno prilagoditi djeci sustav pravosuđa i to u svim postupcima koja se tiču djece. Pravosudni sustav bi trebao s djecom postupati s dostojanstvom, poštovanjem, brigom i pošteno. Pravosuđe bi trebalo biti dostupno, razumljivo i pouzdano.

Pravosuđe prilagođeno djeci prije, tijekom i nakon sudskog postupka ustvari obuhvaća postupak pred policijom, državnim odvjetnikom, na sudu, a potom pri izvršavanju odgojnih mjera ili sankcija koje se primjenjuju na dijete, dakle prošireni pojam pravosuđa.

U sustavu bi se djecu trebala slušati što govore, ozbiljno shvaća njihova mišljenja i brinuti se da budu zaštićeni, a pogotovo interes male djece koja se ne mogu izraziti (na primjer djeca dojenačke dobi). Pravosuđe bi trebalo biti razumno brzo, bez nepotrebnog odugovlačenja.

Namjera je smjernica o pravosuđu prilagođenom djeci osigurati poštivanje njihovih prava, jamčiti da sva djeca imaju odgovarajući pristup pravdi i da se prema njima postupa s poštovanjem, na način kojim se poštuju njihove potrebe.

Temeljna načela su: sudjelovanje, najbolji interesi djeteta, dostojanstvo, zaštita od diskriminacije i vlada vina prava. Opći elementi pravosuđa prilagođenog djeci su: dobivanje obavijesti i savjeta, zaštita privatnog i obiteljskog života djeteta, sigurnost djeteta (posebne preventivne mjere), edukacija stručnjaka i osoba koje rade s djecom, multidisciplinarni pristup, lišenje slobode kao krajnja mjera i u najkraćem mogućem trajanju.

Smjernice posebno ističu postupak na sudu tijekom kojeg je potrebno omogućiti djeci da imaju pristup sudu i sudskom postupku, pravo na odvjetnika i zastupanje, pravo biti saslušan i izraziti svoje mišljenje, a da se izbjegava nepotrebno odugovlačenje postupka, dok se struktura postupka, okruženje i jezik treba prilagoditi djeci i iskaz djeteta treba biti dokaz u postupku.

8. KONVENCIJA VIJEĆA EUROPE O ZAŠTITI DJECE OD SEKSUALNOG ISKORIŠTAVANJA I SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA IZ 2007. IZ LANZAROTA

Već u članku 1. navedeni su ciljevi konvencije: sprječavanje i suzbijanje seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja djece; zaštita prava djece žrtava seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja; promicanje nacionalne i međunarodne suradnje u suzbijanju seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja djece. Upravo kroz prijedloge prevencije, ova konvencija, govori o učinkovitom učenju i senzibiliziranja javnosti radi sprečavanja i suzbijanja zlostavljanja djece. Navodi se materijalno i procesno kazneno pravo i mjere zaštite i pomoći djetetu žrtvi.

U preambuli konvencije je navedeno da mjere za zaštitu djece žrtava bi trebalo usvojiti u njihovom najboljem interesu, vodeći računa o njihovim potrebama. Djeca žrtve trebala bi imati jednostavan pristup pravnim sredstvima i mjerama za rješavanje sukoba interesa kada do seksualnog zlostavljanja ili seksualnog iskorištavanja dođe unutar obitelji. Kada tijekom kaznene istrage ili kaznenog postupka treba biti imenovan posebni predstavnik, ulogu posebnog predstavnika može vršiti pravna osoba, institucija ili tijelo. Osim toga, djecu žrtve koja o svom slučaju obavijeste nadležna tijela trebalo bi zaštititi od kažnjavanja, na primjer na temelju nacionalnog zakonodavstva o prostituciji.

Potrebno je nadalje izbjeći, koliko je to moguće, da se djeci zbog sudjelovanja u kaznenom postupku, saslušavanja ili vizualnog doticaja s počiniteljima prouzroče nove traume. Dobro razumijevanje djece i njihovog ponašanja u trenucima kada su suočena s traumatskim iskustvima bit će od pomoći da se osigura visoka kvaliteta dokazivanja i smanjivanje stresa kojem su djeca izloženi prilikom izvršavanja potrebnih mjera.

9. PROPISI EUROPSKE UNIJE

Kao država članica Europske unije dužni smo ugraditi u nacionalno pravo ciljeve direktiva, sekundarnog prava EU, a u odnosu na ovu materiju to su: Direktiva o sprečavanju i suzbijanju trgovanja ljudima i zaštiti njegovih žrtava 2011/36/EU; Direktiva 2011/93/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o suzbijanju seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije, Direktiva 2012/29/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2012. o uspostavi minimalnih standarda za prava, potporu i zaštitu žrtava kaznenih djela; Direktiva 2010/64/EU pravo na tumačenje i prijevod; Direktiva 2013/48/EU pravo na odvjetnika, koje su već trebale biti unesene u naše pravo, dok Direktiva 2016/800/EU o minimalnim pravilima za maloljetnike u postupku treba biti prenesena u nacionalno pravo do lipnja 2018.g.

Direktive o pravu na tumačenje i prijevod, o pravu na odvjetnika se odnose i na maloljetnike u kaznenom postupku kao i na punoljetne osobe.

9.1. DIREKTIVA O TRGOVANJU LJUDIMA

U preambuli direktive je navedeno da su djeca bespomoćnija od odraslih i stoga su u većoj opasnosti da postanu žrtve trgovanja ljudima. U primjeni ove Direktive prvenstveno se moraju uzimati u obzir najbolji interesi djeteta, u skladu s Poveljom o temeljnim pravima Europske unije i Konvencijom o pravima djeteta Ujedinjenih naroda iz 1989.

Pored mjera koje su na raspolaganju svim žrtvama trgovanja ljudima, države članice trebaju osigurati posebnu pomoć, podršku i zaštitne mjere za djecu koja su žrtve. Te se mjere trebaju osigurati u skladu s najboljim interesom djeteta koji je naveden u Konvenciji o pravima djeteta. Ako se dob osobe koja je žrtva trgovanja ljudima ne može utvrditi, a postoje razlozi da smatra osobom mlađom od 18 godina, za tu se osobu pretpostavlja da je dijete i ona bez dogode prima pomoć, podršku i zaštitu. Mjere pomoći i podrške za djecu, koja su žrtve, trebaju biti za njihov fizički i psiho-socijalni oporavak te za trajno rješenje za djeteta.. Pristup obrazovanju pomogao bi djetetu da se reintegrira u društvo. Budući da su djeca koja su žrtve trgovanja ljudima posebno bespomoćna, trebaju biti dostupne dodatne zaštite mjere koje će ih štititi tijekom ispitivanja koje je sastavni dio kaznenog postupka.

Posebna se pažnja treba posvetiti djeci bez pratnje koja su žrtve trgovanja ljudima budući da im je potrebna posebna pomoć i potpora zbog njihovog stanja posebne bespomoćnosti. Od trenutka identificiranja

djeteta bez pratnje koje je žrtva trgovanja ljudima pa do pronalaska trajnog rješenja, države članice trebaju primjenjivati mjere za prihvata koje odgovaraju potrebama djece i trebaju osiguravati da se primjenjuju odgovarajuća postupovna jamstva. Trebaju se poduzeti potrebne mjere kako bi se osiguralo da se, prema potrebi, zbog zaštite najboljih interesa maloljetnika imenuju skrbnik i/ili zastupnik.

Odluka o budućnosti svakog djeteta bez pratnje koje je žrtva treba se donijeti u najkraćem mogućem roku s ciljem pronalaska trajnih rješenja na temelju pojedinačne procjene najboljih interesa djeteta, što treba imati prvenstvo. Trajno rješenje može biti povratak ili reintegracija u zemlju podrijetla ili zemlju povratka, integracija u društvo zemlje domaćina, priznavanje statusa međunarodne zaštite ili drugog statusa u skladu s nacionalnim pravom država članica. Kada se, u skladu u ovom Direktivom, trebaju imenovati skrbnik i/ili zastupnik za dijete, te se uloge mogu spojiti u jednoj osobi ili pravnoj osobi, instituciji ili tijelu.

9.2. DIREKTIVA O ŽRTVAMA

Direktiva Europske unije o pravima žrtve posebno navodi da će se izvijestiti roditelji, odnosno staratelji koji brinu o djetetu, njegovi zakonski zastupnici o svim mjerama i pravima koje dijete ima kao žrtva (članak 1. stavak 2. Direktive).

Djeca žrtve imaju pravo da daju mišljenje, odnosno da ih se čuje za vrijeme kaznenog postupka i potrebno im je osigurati mogućnost da njihovo iskazivanje bude dokaz u kaznenom postupku.

Ujedno za dijete je važno da bude zaštićeno u svojoj privatnosti i u svom identitetu za vrijeme kaznenog postupka i to iz razloga sekundarne viktimizacije, a što je navedeno u člancima 21. stavak 1. Direktive. Direktiva je posebno navela pravo djeteta na njegovu zaštitu tijekom kaznenog postupka na način da se audiovizualno snima intervju sa djetetom žrtvom i da se takva snimka koristi u kaznenom postupku te da ima specijalnog staratelja koji će mu biti dodijeljen kao i pravnog zastupnika djetetu koji će u njegovo ime moći iznositi mišljenje kada postoji suprotni interes između djeteta i njegovih roditelja.

Prema pravu Europske unije dijete žrtva u osnovnim načelima bi trebalo imati pravo na pristup centrima za podršku, a ako su djeca posebno ranjiva kao npr. kada su djeca bez pratnje, bez roditeljskog staranja takvi savjetnici, odnosno podrške bi trebali biti specijalizirani za rad sa takvom djecom.

Posebna zaštita djeteta kao žrtve je mogućnost da se dijete ispita izvan suda i prije nego počne rasprava na sudu no međutim takva zaštita žrtve djeteta ne smije ulaziti u obvezu suda da pazi na pošteno suđenje u odnosu na osumnjičenika odnosno optuženika.

9.3. DIREKTIVA O SUZBIJANJU SEKSUALNOG ZLOSTAVLJANJA I SEKSUALNOG ISKORIŠTAVANJA DJECE I DJEČJE PORNOGRAFIJE

Direktiva u stavku jedan navodi razloge donošenja direktive, a to su propisivanje minimalnih pravila koja se odnose na definicije kaznenih djela i sankcija na području seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja djece, dječje pornografije i mamljenja djece zbog seksualnih nakana. Uvode se i članci kojima se osnažuje prevencija ali i zaštita djece žrtava. Europska unija smatra da je to potrebno učiniti na nivou Unije jer nisu sve države članice u potpunosti zaštitila djecu u tom području.

U preambuli direktive se ističe da je seksualno zlostavljanje, seksualno iskorištavanje i dječja pornografija su ozbiljno kršenje temeljnih ljudskih prava, a pogotovo prava djece koja bi trebala biti zaštićena i zbrinuta, a posebno imajući u vidu najbolji interes djeteta.

9.4. DIREKTIVA O MINIMALNIM PRAVILIMA ZA MALOLJETNIKE U POSTUPKU,

Direktiva donosi minimalna pravila o pravima djece koja su: osumnjičena za počinjenje kaznenih djela ili su u postupku na sudu ili koja podliježu postupku na temelju europskog uhidbenog naloga. Dijete ima pravo na informacije: odmah u slučajevima kada se dijete obavijesti da je osumnjičenik ili je stavljen prijedlog sudu, odnosno u najranijoj prikladnoj fazi postupka, a svakako nakon lišavanja slobode.

Prava djeteta su: pravo da roditelj bude obaviješten, pravo na pomoć odvjetnika, pravo na zaštitu privatnosti, pravo na pratnju roditelja, pravo na pravnu pomoć. U najranijoj fazi postupka će se informirati o: pravu

na pojedinačnu procjenu, pravu na liječnički pregled, uključujući pravo na liječničku pomoć, pravu na ograničenje lišenja slobode i korištenje alternativnih mjera, pravu na pratnju nositelja roditeljske odgovornosti tijekom saslušanja pred sudom, pravu osobnog nazočenja suđenju, pravu na učinkovite pravne lijekove.

Pomoć odvjetnika je pomoć prije nego što je dijete ispitano od strane policije, državnog odvjetnika, suca istrage i dr. kao i pri izvršenju istražne radnje ili radnje prikupljanja dokaza, od strane istražnih ili drugih nadležnih tijela; bez nepotrebnog odlaganja nakon oduzimanja slobode, ako su pozvana na sud nadležan za kaznene stvari, pravovremeno prije nego što se pojave pred tim sudom. To uključuje pravo na privatni sastanak i komunikaciju, pomoć odvjetnika tijekom ispitivanja što mora biti zabilježeno, pravo da njihov odvjetnik prisustvuje, dokaznim radnjama, prepoznavanju, suočavanjima i rekonstrukcije mjesta počinjenja kaznenog djela.

Pravo na branitelja znači pravo na povjerljivost komunikacije s braniteljem. Dijete pozvano pred nadležni sud ili suca kako bi se odlučilo o pritvoru mora imati branitelja kao i tijekom pritvora.

Pravo na pojedinačnu procjenu je pravo koje je u vezi sa zaštitom, obrazovanjem, osposobljavanjem i društvenom integracijom. Procjenjuje se: osobnost djeteta, zrelost, ekonomska, socijalna i obiteljska situacija i ranjivost djeteta. Procjena se sačinjava radi: potrebe poduzimanja posebne mjere u korist djeteta, primjerenosti i učinkovitosti mjera opreza u pogledu djeteta, odlučivanju ili djelovanju u kaznenim postupcima donošenja odluke za maloljetnika.

Pojedinačna procjena djeteta se provodi multidisciplinarno, uz uključenost djeteta i roditelja, sa specijaliziranim stručnjacima uz stalna provjera aktualnog stanja djeteta.

Pravo na liječnički pregled je za djecu koja su lišena slobode i procjenjuje se njihovo opće psihičko i fizičko stanje, a radi utvrđivanja sposobnosti djeteta da se ispituje.

Uz nadležna tijela liječnički pregled mogu zahtijevati dijete, roditelj i/ili branitelj.

Audio vizualno bilježenje ispitivanje djece je potrebno kod policije ili drugog tijela koje provodi postupak. Ujedno moguće je iskaz bilježiti i na neki drugi odgovarajući način. Iznimka od snimanja je mogućnost postavljanja pitanja u svrhu utvrđivanja identiteta djeteta bez audiovizualnog snimanja.

Direktiva razrađuje posebno postupanje u slučaju lišenja slobode, pravovremeno i pozorno rješavanje predmeta, pravo na zaštitu privatnosti, pravo djeteta na pratnju roditelja tijekom postupka, pravo djece da sudjelovati na suđenju, pravo na pravnu pomoć, pravo na upotrebu pravnih lijekova, te dužnost država da osposobljavaju stručnjake koji rade s djecom.

10. ZAKLJUČAK

Ustavom Republike Hrvatske propisano je da su konvencije i međunarodni ugovori iznad zakona pa su tako Konvencija o pravima djece i Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja iznad Kaznenog zakona, Zakona o kaznenom postupku ali i Zakona o sudovima za mladež te se sudovi i druga tijela mogu i trebaju pozivati na propise iz konvencija.

Direktive kao sekundarno pravo EU treba se do određenog vremena koje je propisano u Direktivi prenijeti u nacionalno pravo. Ukoliko se isto ne prenese ili se pojedine odredbe prenesu na krivi način pojedinac ima pravo da od države traži svoje subjektivno pravo pozivajući se na direktivu.

Smjernice Ujedinjenih naroda kao i smjernice Vijeća Europe nemaju obvezujuću snagu, međutim svojom logičnošću i autoritetom su vodilja mnogim zemljama da prema njima usklade svoje pravne sustave.

Stoga je važno i u Hrvatskoj da smo u tijeku s pravima iz ratificiranih konvencija, direktiva koje su trebale biti unesene u nacionalno pravo, ali i znati smjernice maloljetničkog prava da znamo težiti najboljim rješenjima i postupcima za prava djece.

Ranko Marijan, mag.iur.*

POVREDE ZAKONA U KORIST OPTUŽENIKA

UVOD

Iz pregleda sudske prakse, kojom se bavi ovaj rad, razvidno je da su povrede zakona, samo jednim dijelom, posljedica ishitrenih postupaka sudaca.

Pregled odluka Vrhovnog suda upućuje na neke od ostvarenih povreda zakona kao odraz nesnalaženja prvostupanijskih i drugostupanijskih sudaca, prije svega, zbog učestalih zakonskih izmjena i dopuna, te neusuglašene sudske prakse.

Znatan dio nesnalaženja u primjeni pravnih normi je izravna posljedica inflacije zakona koja, objektivno, onemogućava kvalitetnu primjenu pravne norme.

Recentni primjeri iz sudske prakse samo potvrđuju da zakonodavna inflacija ne doprinosi zaštiti građanskih prava i jednakoj primjeni zakona, ni brzoj realizaciji pravde, a u konačnici niti autoritetu sudbene vlasti:

- Premda je optuženiku izrečena kazna zatvora u trajanju sedam mjeseci na temelju odredbi iz KZ/97, prema kojima se ista nije mogla zamijeniti radom za opće dobro na slobodi (čl. 54. KZ/97), ista je ipak zamijenjena, ali primjenom odredbe iz drugog zakona, i to odredbe čl. 55. st. 1. i 2. KZ/11. Dakle, kazna je izrečena prema jednom zakonu, a zamijenjena radom za opće dobro prema drugom zakonu, premda se, zbog visine izrečene kazne, nije mogla zamijeniti primjenom odredbi zakona na temelju kojih je ta kazna bila izrečena, čime je ostvarena povreda uz korist optuženika.
- Drugostupanijskom presudom je utvrđeno postojanje i pravni kontinuitet između kaznenog djela protupravne naplate iz članka 330. stavak 2. i 3. KZ/97 i kaznenog djela protupravne naplate iz članka 323. stavak 1. KZ/11. Međutim, pogrešno je ocijenjeno kako u odnosu na kazneno djelo iz članka 323. stavak 1. KZ/11, novim zakonom nije propisana kažnjivost pokušaja, pa je preinačenjem prvostupanijske presude i odbijanjem optužbe za opisano kazneno djelo povrijeđen kazneni zakon u korist osuđenika. Odredbom članka 34. stavak 1. KZ/11 propisana je kažnjivost i za pokušaj kaznenog djela, za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža, te u tom dijelu nema suštinske razlike između zakonske odredbe KZ/11 i članka 330. stavak 3. KZ/97. S obzirom da se za kazneno djelo iz članka 323. stavak 1. KZ/11 može izreći kazna zatvora do pet godina, to proizlazi da je pokušaj tog kaznenog djela, nasuprot utvrđenju suda, i dalje kažnjiv po odredbama KZ/11.
- Prijelazna odredba članka 257. stavka 6. V Novele ZKP/08, daje ovlast i obvezu općinskim sudovima meritorno odlučiti u kaznenim predmetima i za kaznena djela koja se zbog primjene blažeg zakona sada trebaju pravno označiti kao neko od kaznenih djela iz članka 19.c stavka 1. podtočke d), pa tako i za kazneno djelo iz članka 246. stavka 2. KZ/11. Ova se odredba odnosi na iznimku od stvarne nadležnosti županijskog suda u predmetima iz kataloga kaznenih djela navedenih u članku 19.c stavku 1.

* Ranko Marijan, mag.iur., sudac Vrhovnog suda RH

podtočki d) ZKP/08, a koja su tom odredbom, unatoč zapriječenoj kazni zatvora ispod 12 godina i za koja bi inače bio nadležan općinski sud, stavljena u nadležnost županijskog suda. Dakle, odlučno je pitanje pravne oznake djela i s tim u svezi i određivanja stvarne nadležnosti suda u vrijeme podizanja optužnice, što znači da ukoliko je podignuta optužnica za kazneno djelo za koje je bio nadležan općinski sud, taj će sud nastaviti postupak, te u slučaju dokazanosti djela, može okrivljenika proglasiti krivim, neovisno o tome što to djelo sada treba pravno označiti kao neko od kaznenih djela iz članka 19.c stavka 1. podtočke d) ZKP/08, za koje bi bio nadležan županijski sud.

- U činjeničnom opisu djela izreke prvostupanjske presude, navodi se samo godina rođenja žrtve bez konkretnog opisa „ranjivosti zbog dobi“ i svijesti optuženika o takvoj vrsti ranjivosti, a što je bitno obilježje novog kaznenog djela teškog ubojstva iz čl. 111 t. 2 KZ/11. Na taj način, činjenični opis kaznenog djela ne sadrži bitne elemente kazneno djelo teškog ubojstva u pokušaju, već predstavlja obilježje kaznenog djela ubojstva u pokušaju.
- Ne radi se o povredi kaznenog zakona u korist okrivljenika kada je primijenjeno načelo konsumpcije, s obzirom da radnja proizvodnje opojne droge u sebi sadrži i nabavu te posjedovanje opreme za koju se zna da je namijenjena toj svrsi. Prethodni stadij počinjenja treba ostati nekažnjen kada počinitelj uđe u kasniji stadij izvršenja kaznenog djela. Stoga je osuđenika trebalo proglasiti krivim i izreći mu kaznu samo za kazneno djelo iz čl. 190. st. 1. KZ/11, dok su kriminalne radnje vezane uz nabavu i posjedovanje opreme za proizvodnju opojne droge dobile značaj otegotne okolnosti pod kojom je osnovno kazneno djelo počinjeno.
- Pogrešno je utvrđenje suda da se ne radi o presuđenoj stvari. Osuđenik je za isti događaj dva puta suđen, najprije na novčanu kaznu rješenjem prekršajnog suda, a potom i pravomoćnom presudom kojom je bila primijenjena uvjetna osuda. Naime, uspoređujući činjenične opise iz izreka navedenih sudskih odluka, utvrđeno je da se radilo o potpuno istom događaju kada je osuđenik snažno rukama odgurnuo policijskog službenika, uslijed čega je ovaj pao na tlo i zadobio ogrebotinu na desnoj podlaktici.
- Pogrešno utvrđenje drugostupanjskog suda da se radi o presuđenoj stvari. Naime analizom i usporedbom činjeničnih opisa prekršaja i kaznenog djela, vidljivo je da, osim što se radi o istom događaju među istim sudionicima, sve druge okolnosti koje čine obilježja kažnjivih radnji su različite u mjeri da se osudom okrivljenika u prekršajnom postupku ne iscrpljuje nepravo za koje je terećen u kaznenom postupku. Unatoč tome što je predmet oba postupka isti događaj, količina krimena koja se stavlja na teret optuženiku u kaznenom postupku, daleko premašuje količinu protupravnog postupanja za koju je osuđen u prekršajnom postupku.
- Nasuprot utvrđenju drugostupanjskog suda, ne radi se o presuđenoj stvari kada je došlo do obustave prekršajnog postupka zbog nastupa zastare. Radi se o formalnom okončanju postupka pred sudom. Takva odluka nema značaj odluke kojom se odlučuje o biti stvari, odnosno o tome je li okrivljenik počinio prekršajno ili kazneno djelo. Radi se o odluci koja ne ulazi u srž stvari jer se odnosi na formalne pretpostavke vođenja nekog postupka. Prema tome nastup zastare u prekršajnom postupku, ne predstavlja razlog za odbijanje optužbe u kaznenom postupku.
- Pogrešno je utvrđenje suda da je osuđenik bio osuđen na istovrsne kazne, koje su omogućavale izricanje jedinstvene kazne u tzv. nepravoj obnovi kaznenog postupke. Naime, osuđeniku je samo jednom presudom izrečena kazna zatvora, dok je drugim dvjema presudama bio osuđen na novčane kazne. Budući nisu mogle biti naplaćene, novčane kazne su naknadno zamijenjene kaznama zatvora i to rješenjima, a ne presudama, što dodatno ukazuje da nisu bili ispunjeni zakonom propisani uvjeti za tzv. nepravu obnovu. Time je ostvarena povreda u korist okrivljenika, jer mu je odmjerenija kraća jedinstvena kazna zatvora od tri kazne koje bi on, da nisu nezakonito objedinjene, trebao izdržati odnosno platiti.
- Presudom drugostupanjskog suda preinačena je, u pravnoj oznaci djela, prvostupanjska presuda, te je optuženik proglašen krivim za jedno produljeno kazneno djelo razbojništva. S obzirom da je kazneno djelo razbojništva složeno kazneno djelo koje ima dva zaštitna objekta, život odnosno tijelo osobe i imovinu, takvo kazneno djelo, primjenom čl. 52. st. 2. KZ/11, ne može biti označeno kao produljeno kazneno djelo.

ANALIZA IZRAŽENIH PRAVNIH STAJALIŠTA U PRAVOMOĆNIM PRESUDAMA U KOJIMA JE OSTVARENA POVREDA KAZNENOG ZAKONA

(Broj: Kzz 45/16-3)

Iz obrazloženja drugostupanjske presude, u odnosu na A.Č. uopće nije vidljivo kojim se razlozima vodio sud kada je odlučio ostaviti na snazi pravnu kvalifikaciju kaznenog djela iz čl. 217. st. 1. toč. 1. u svezi čl. 216. st. 1. KZ/97, premda se u međuvremenu zakon izmijenio.

U odnosu na J. Č., drugostupanjski sud je, isto tako, ostavio na snazi pravnu kvalifikaciju kaznenih djela iz prvostupanjske presude, ali je jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju sedam mjeseci za kaznena djela iz čl. 217. st. 1. toč. 1. u svezi čl. 216. st. 1. KZ/97 i čl. 222. st. 2. KZ/97 protivno odredbi čl. 54. st. 1. KZ/97 zamijenio radom za opće dobro, i bez obrazloženja primijenio odredbu iz novog zakona, točnije čl. 55. st. 1. i 2. KZ/11, a što je, opet pogrešno, obrazložio svrhom kažnjavanja iz drugog zakona točnije odredbom čl. 6. i 50. KZ/97.

Premda je J. Č. izrečena kazna zatvora na temelju odredbi iz KZ/97, primijenjena je odredba iz drugog zakona, a to je čl. 55. st. 1. i 2. KZ/11 te mu je izrečena kazna zatvora u trajanju sedam mjeseci zamijenjena radom za opće dobro, a što se za kaznu u ovom trajanju nije moglo učiniti prema odredbama zakona na temelju kojeg mu je izrečena kazna (KZ/97).

(Broj: Kzz 49/16-3)

Odlučujući o žalbi optuženika, drugostupanjski sud je presudom, na temelju čl. 353. toč. 6. ZKP/97, protiv optuženika odbio optužbu, zbog nastupa zastare kaznenog progona, pogrešno tumačeći odredbe KZ/11.

Naime, kazneno djelo iz čl. 224. st. 1. KZ/97 za koje je propisana kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine je počinjeno početkom travnja 2007. godine, pa je prema čl. 19. st. 1. al. 5. KZ/97 zastara kaznenog progona tri godine, a apsolutna zastara šest godina (čl. 20. st. 6. KZ/97).

Prema KZ/11 zastara kaznenog progona za kazneno djelo za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od jedne godine, nastupa protekom 10 godina.

Kako do stupanja na snagu KZ/11 nije nastupila zastara kaznenog progona, prema čl. 86. KZ/11 primjenjuju se zastarni rokovi novog kaznenog zakona.

Slijedom navedenog, pogrešnim donošenjem odbijajuće presude zbog navodne zastare kaznenog progona, povrijeđen je kazneni zakon u korist optuženika.

(Broj: Kzz 52/16-3)

Presudom drugostupanjskog suda, po službenoj dužnosti, preinačena je prvostupanjska presuda na način da je opt. D. D. na temelju čl. 354 t. 1 ZKP/97 oslobođen od optužbe za kazneno djelo iz čl. 190 st. 6 KZ/11.

Činjenični opis izreke prvostupanjske presude je sadržavao sva bitna obilježja kaznenog djela, jer se navodilo da je D. D. držao kod sebe 50 tableta Efedrina 30 koji se u kategoriji 1 prekursora nalazi na Popisu droga, psihotropnih tvari i biljaka iz kojih se može dobiti droga, dakle na popisu tvari koje se mogu uporabiti za izradu tvari koje su propisom proglašene drogom.

Odredba čl. 190 st. 6 KZ/11 predviđa da će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina kazniti između ostalog, onaj tko posjeduje tvari koje se mogu uporabiti za izradu tvari koje su propisom proglašene drogom.

Prema tome, postoji pravni kontinuitet između zakonske odredbe KZ/11 i odredbe čl. 173 st. 4 KZ/97.

(Broj: Kzz 2/14-3)

Drugostupanjskom presudom je utvrđeno postojanje i pravni kontinuitet između kaznenog djela protupravne naplate iz članka 330. stavak 2. i 3. KZ/97 i kaznenog djela protupravne naplate iz članka 323. stavak 1. KZ/11.

S obzirom na postojanje pravnog kontinuiteta, zaključeno je kako odredbom članka 323. stavak 1. KZ/11 više nije propisana kažnjivost pokušaja za razliku od odredbi članka KZ/97 kojima je propisano kažnjavanje za pokušaj kaznenog djela iz članka 330. stavak 2. i 3. KZ/97.

Stoga je utvrđeno da djelo za koje je optuženik osuđen više nije kazneno djelo, pa je na temelju članka 353. točka 6. ZKP/97 odbijena optužba protiv njega.

Drugostupanjski sud je pogrešno postupio kada je, odbio optužbu zbog kaznenog djela protupravne naplate iz članka 330. stavak 2. i 3. KZ/97.

Odredbom članka 34. stavak 1. KZ/11 propisana je kažnjivost i za pokušaj kaznenog djela za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža, te u tom dijelu nema suštinske razlike između spomenute zakonske odredbe i članka 330. stavak 3. KZ/97.

S obzirom da se za kazneno djelo iz članka 323. stavak 1. KZ/11 može izreći kazna zatvora do pet godina, to proizlazi da je pokušaj tog kaznenog djela i dalje kažnjiv po odredbama KZ/11.

Drugostupanjski sud je pogrešno ocijenio kako u odnosu na kazneno djelo iz članka 323. stavak 1. KZ/11 nije propisana kažnjivost pokušaja, to je preinačenjem prvostupanjske presude i odbijanjem optužbe za opisano kazneno djelo povrijeđen kazneni zakon u korist osuđenika, u pitanju je li djelo za koje se optuženik progoni kazneno djelo u smislu članka 469. točka 1. ZKP/08.

(Broj: Kzz 2/16-3)

Drugostupanjski sud je, povodom žalbe državnog odvjetnika, a po službenoj dužnosti, preinačio pobijanu presudu i na temelju čl. 452. toč. 5. ZKP/08 odbio optužbu protiv optuženika zbog kaznenog djela prijetnje iz čl. 139. st. 3. u vezi st. 1. KZ/11, smatrajući da postoje okolnosti koje isključuju kazneni progon, jer je stvar pravomoćno presuđena.

Uvidom u pravomoćnu presudu Prekršajnog suda je utvrđeno da je okrivljenik, između ostalog, osuđen zbog prekršaja iz čl. 17. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira tako što je narušavao javni red i mir time što je vrijeđao i psovao policijskog službenika.

Predmet inkriminacije u kaznenom postupku se odnosio na postupanje okrivljenika s ciljem da iste prilike ustraši policijskog službenika, tj. da je policijskom djelatniku ozbiljno prijetio nekim zlom kako bi ga ustrašio i uznemirio, a djelo je počinjeno u vezi s radom službene osobe, čime bi počinio kazneno djelo prijetnje iz čl. 139. st. 3. u vezi st. 1. KZ/11.

Analizom i usporedbom činjeničnih opisa prekršaja i kaznenog djela vidljivo je da, osim što se radi o istom događaju među istim sudionicima, sve druge okolnosti koje čine obilježja kažnjivih radnji su različite u mjeri da se osudom okrivljenika u prekršajnom postupku ne iscrpljuje nepravo za koje je terećen u kaznenom postupku.

Radi se o posve drugačijim činjeničnim supstratima s različitim zaštitnim objektima.

Stoga se nije radilo o tome da bi okrivljenik, suprotno čl. 12. ZKP/08, bio ponovno progongjen za djelo za koje je prethodno već donesena pravomoćna sudska presuda, pa je donošenjem odbijajuće presude od strane drugostupanjskog suda povrijeđen zakon u čl. 469. toč. 3. ZKP/08 u korist optuženika.

(Broj: Kzz 13/13-3)

Presudom prvostupanjskog suda, u postupku tzv. nepravne obnove kaznenog postupka, preinačene su na temelju čl. 498. st. 1. ZKP/08 u odluci o kazni više presuda kojima je osuđenik osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju deset mjeseci, zatim na novčanu kaznu od trideset prosječnih dnevnih dohodaka (a koja je zamijenjena kaznom zatvora u trajanju trideset dana) i kojom je osuđen na novčanu kaznu u visini od dvadeset pet prosječnih dnevnih dohodaka (koja je zamijenjena kaznom zatvora u trajanju dvadeset pet dana), pa je osuđenik osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju jedanaest mjeseci.

Osuđeniku je samo jednom presudom izrečena jedinstvena kazna zatvora u trajanju od deset mjeseci, dok je drugim dvjema presudama bio osuđen na novčane kazne.

Novčane kazne su naknadno, budući nisu mogle biti naplaćene, bile zamijenjene kaznama zatvora u smislu čl. 53. KZ/97. Takve kazne predstavljaju mjeru koja se provodi u slučaju neizvršenja pravomoćne presude kojom je izrečena novčana kazna, pa se radi o tzv. supletornom zatvoru.

Osuđenik, dakle, presudama koje su bile preinačene u odluci o kazni, nije bio osuđen na istovrsne kazne koje bi omogućavale izricanje jedne jedinstvene kazne.

Osim toga, podatak da su izrečene novčane kazne zamijenjene u kazne zatvora rješenjima, a ne presudama, upozorava da nisu bili ispunjeni uvjeti za nepravu obnovu iz čl. 498. st. 1. toč. 1. ZKP/08.

Presudom, kojom su u postupku nepravne obnove preinačene presude, povrijeđene su odredbe čl. 498. st. 1. toč. 1. i čl. 469. toč. 5. ZKP/08, jer je odlukom o kazni prekoračena ovlast koju sud ima po zakonu. Time je

ostvarena povreda u korist okrivljenika, jer je okrivljeniku odmjerenom kraća jedinstvena kazna zatvora od tri kazne koje bi on, da nisu nezakonito objedinjene, trebao izdržati.

(Broj: Kzz 13/16-3)

Kazneni postupak se vodio protiv jednog okrivljenika zbog kaznenog djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz članka 292. stavka 2. u vezi stavka 1. alineja 6. KZ/97, a protiv drugog zbog pomaganja u kaznenom djelu zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz članka 292. stavka 2. u vezi stavka 1. alineja 6. u vezi članka 38. KZ/97.

Presudom Općinskog suda, na temelju članka 452. stavka 1. ZKP/08, odbijena je optužba protiv dvojice okrivljenika da bi počinili kazneno djelo iz članka 246. stavka 2. u vezi stavka 1. KZ/11, koja presuda je potvrđena i presudom Županijskog suda.

Prvostupanjski sud je, naime, u smislu odredbe članka 19.c stavka 1. podtočke d) ZKP/08, utvrdio da je za suđenje za kazneno djelo iz članka 246. stavka 2. KZ/11 stvarno nadležan u prvom stupnju Županijski sud, pa je primjenom odredbe članka 452. točke 1. ZKP/08 odbio optužbu protiv okrivljenika zbog svoje stvarne nenadležnosti, a što je u drugom stupnju potvrdio Županijski sud, smatrajući da se u ovom slučaju ne primjenjuje odredba članka 257. stavka 6. V Novele ZKP/08.

Prijelazna odredba članka 257. stavka 6. V Novele ZKP/08, daje ovlast i obvezu općinskim sudovima meritorno odlučiti u kaznenim predmetima i za kaznena djela koja se zbog primjene blažeg zakona sada trebaju pravno označiti kao neko od kaznenih djela iz članka 19.c stavka 1. podtočke d), pa tako i za kazneno djelo iz članka 246. stavka 2. KZ/11.

Ova se odredba odnosi na iznimku od stvarne nadležnosti županijskog suda u predmetima iz kataloga kaznenih djela navedenih u članku 19.c stavku 1. podtočki d) ZKP/08, a koja su tom odredbom, unatoč zapriječenoj kazni zatvora ispod 12 godina i za koja bi inače bio nadležan općinski sud, stavljena u nadležnost županijskog suda.

Za ta djela, koja su počinjena prije 1. siječnja 2013., i dalje ostaju nadležni oni sudovi pred kojima je podignuta optužnica.

Odlučno je pitanje pravne oznake djela i s tim u svezi i određivanja stvarne nadležnosti suda u vrijeme podizanja optužnice.

Ukoliko je podignuta optužnica za kazneno djelo za koje je bio nadležan općinski sud, taj će sud nastaviti postupak, te u slučaju dokazanosti djela, može okrivljenika proglasiti krivim, neovisno o tome što to djelo sada treba pravno označiti kao neko od kaznenih djela iz članka 19.c stavka 1. podtočke d) ZKP/08, za koje bi bio nadležan županijski sud.

Na taj je način, propisana stvarna nadležnost općinskog suda koji, na temelju istog činjeničnog opisa kaznenog djela iz optužnice, može donijeti oslobađajuću presudu za kazneno djelo iz članka 292. stavka 2. KZ/97, ali i osuđujuću presudu za blaže kazneno djelo iz članka 246. stavka 2. KZ/11, što bez primjene citirane prijelazne odredbe iz članka 257. stavka 6. V Novele ZKP/08, ne bi bilo moguće.

Kada županijski sud, u tijeku postupka, utvrdi da se radi o kaznenom djelu iz nadležnosti nižeg suda, on je obavezan provesti postupak i donijeti odluku, pozivom na odredbu članka 29. stavka 2. ZKP/08, dok upravo odredba članka 257. stavka 6. V Novele ZKP/08 omogućava nižem sudu provesti postupak za kazneno djelo iz nadležnosti višeg suda, i to samo za kaznena djela navedena u odredbi članka 19.c stavka 1. podtočke d) ZKP/08.

Evidentno je u konkretnom slučaju povrijeđen kazneni zakon u korist okrivljenika, odnosno počinjena je bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 1. točke 6. ZKP/08 jer je sud nepravilno odbio optužbu zbog stvarne nenadležnosti.

(Broj: Kzz 28/12-3)

Pravomoćnom presudom okrivljenici su oslobođeni od optužbe da bi počinili kazneno djelo iz čl. 215.a KZ/97, jer je sud drugog stupnja, ocjenjujući opstojnost tog kaznenog djela, našao da ono ne sadrži elemente bića kaznenog djela iz čl. 215.a KZ/97, jer bivši bračni drugovi, zaključenjem novog braka jednog od njih, više ne uživaju ovu kaznenopravnu zaštitu.

Pogrešno je pravno stajalište drugostupanjskog suda da se doseg kaznenopravne zaštite od nasilništva u obitelji, u odnosu na bivšeg bračnog druga, može protezati samo do zasnivanja nove obitelji bivšeg bračnog druga (vremensko ograničenje).

Nasuprot tome, istovremeno počinitelji i žrtve ovog kaznenog djela mogu biti i bivši bračni drugovi, neovisno o tome da li je koji od njih u međuvremenu zaključio novi brak.

Slijedom svega izloženog, donošenjem oslobađajuće pravomoćne presude povrijeđen je kazneni zakon u odredbi čl. 89. st. 30. KZ/97, a jer je ta povreda počinjena u korist okrivljenika.

(Broj: Kzz 30/15-3)

Pravomoćnom presudom, na temelju članka 353. stavka 1. točke 5. Zakona o kaznenom postupku ZKP/97., odbijena je optužba protiv optuženika da bi počinili kazneno djelo povrede prava na rad i drugih prava iz rada iz članka 114. KZ/97.

Optužba je odbijena jer je „... za predmetni činjenični opis već donijeta presuda tako da je optužba odbijena ...“ te da pravomoćna presuda Prekršajnog suda „... predstavlja pravnu zapreku za vođenje kaznenog postupka i meritorno odlučivanje ... sukladno načelu *ne bis in idem* ...“.

Prvostupanjski sud se pozvao na članak 31. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske i članak 4. Protokola 7 uz Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljenih sloboda. Argumentaciju prvostupanjskog suda prihvatio je i drugostupanjski sud, odbijajući žalbu državnog odvjetnika zbog povrede kaznenog zakona iz članka 368. točka 3. ZKP/97. i potvrđujući prvostupanjsku presudu.

Prvostupanjski i drugostupanjski sud su pogrešno protumačili pravni opseg i domašaj tzv. odbijajuće presude zbog nastupa apsolutne zastare.

Da li odbijajuća presuda, zbog nastupa zastare u prekršajnom postupku, predstavlja razlog za odbijanje optužbe u kaznenom postupku.

Obustava prekršajnog ili kaznenog postupka zbog nastupa zastare, kao i presuda kojom se optužba odbija iz tih razloga, predstavlja tzv. formalno okončanje postupka pred sudom. Takva odluka nema značaj odluke kojom se odlučuje o biti stvari, odnosno o tome je li okrivljenik počinio prekršajno ili kazneno djelo.

Radi se o odluci koja ne ulazi u srž stvari jer se odnosi na formalne pretpostavke vođenja nekog postupka. Zato obustava prekršajnog ili kaznenog postupka zbog nastupa zastare, kao i odbijajuća presuda iz istog razloga, nema značaj niti težinu oslobađajuće ili osuđujuće odluke jer ne rješava predmet u njegovom meritumu već samo formalno.

U tom smislu, obustava prekršajnog, ali i kaznenog postupka te odbijajuća presuda, ni pravno niti suštinski, nisu odluke kojom je neka osoba pravomoćno oslobođena ili osuđena.

Zato je takvom pravomoćnom presudom povrijeđen zakon u korist optuženika.

(Broj: Kzz 31/16-3)

Usprkos izričitoj odredbi čl. 7. st. 3. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, koja propisuje da će se pravna osoba u stečaju kazniti za kaznena djela počinjena prije pokretanja ili tijekom pokretanja stečaja, drugostupanjski sud je, kao okolnost koja isključuje kazneni progon, cijenio činjenicu što je, u međuvremenu, nad navedenim pravnim osobama otvoren stečajni postupak.

Dakle, kada nije sporno da su pravne osobe kaznena djela počinila prije pokretanja stečaja, slijedi da navedene tvrtke u stečaju odgovaraju za kaznena djela koja su počinile dok još nad njima nije bio otvoren stečajni postupak.

Kraj takvog stanja stvari, potpuno su irelevantni navodi obrazloženja iz drugostupanjske odluke kojima se nastoji argumentirati stav suda o nepostojanju sukcesije između trgovačkog društva i društva u stečaju i o nemogućnosti naplate novčanih kazni iz stečajne mase, te o nepravедnosti kažnjavanja pravne osobe koja je i sama oštećena kaznenim djelom.

Radi se o povredi zakona u korist optuženika.

(Broj: Kzz 44/15-3)

Drugostupanjski sud je, prilikom odlučivanja o žalbi optuženika, pogrešno ocijenio da se radi o pravomoćno presuđenoj stvari, s obzirom da je optuženik pravomoćnom presudom Prekršajnog suda bio proglašen krivim zbog prekršaja iz članka 199. stavak 2. Zakona o sigurnosti prometa na cestama, jer je upravljao osobnim automobilom pod utjecajem alkohola pri koncentraciji od 1,43 g/kg.

U prekršajnom je postupku optuženik proglašen krivim što je zbog alkoholiziranosti bio apstraktna opasnost u prometu na cestama, dok je u kaznenom postupku (prvostupanjskom presudom), bio proglašen

krivim što je, uslijed alkoholiziranosti, poduzeo vožnju nedopuštenom brzinom, čime je postupio protivno odredbi članka 53. stavak 1. Zakona o sigurnost na cestama, a potom je izgubio kontrolu nad upravljačem i prouzročio prometnu nezgodu u kojoj su tri osobe zadobile teške tjelesne ozljede.

Unatoč tome što je predmet oba postupka isti događaj, količina krimena koja se stavlja na teret optuženiku u kaznenom postupku, a koja je vezana uz alkoholizirano stanje i preveliku brzinu kao uzrok teškog tjelesnog ozljeđivanja tri osobe, daleko premašuje količinu protupravnog postupanja za koju je osuđen u prekršajnom postupku.

Stoga je, presudom drugostupanjskog suda bio povrijeđen kazneni zakon u korist optuženika.

(Broj: Kzz 59/15-3)

Presudom drugostupanjskog suda, kojom je preinačena u pravnoj oznaci djela prvostupanjska presuda, H. V. je proglašen krivim za jedno produljeno kazneno djelo razbojništva iz članka 230. stavak 1. u vezi članka 52. stavak 1. KZ/11 i na temelju istog zakonskog propisa, osuđen na kaznu zatvora u trajanju jedne godine i četiri mjeseca.

Kazneno djelo razbojništva je složeno kazneno djelo koje ima dva zaštitna objekta, život odnosno tijelo osobe i imovinu.

Zato kazneno djelo razbojništva, u smislu odredbe članka 52. stavak 2. KZ/11, ne može biti označeno kao produljeno kazneno djelo.

Drugostupanjski sud je povrijedio odredbu kaznenog zakona, u korist optuženika, jer je glede kaznenog djela, koje je predmet optužbe, primijenio zakon koji se ne može primijeniti.

(Broj: Kzz 5/14-3)

Presudom Općinskog suda koja je potvrđena presudom Županijskog suda D. K. je proglašen krivim zbog kaznenog djela prijevare iz čl. 224. st. 1. KZ/97 i na temelju iste odredbe osuđen je na kaznu zatvora u trajanju dvije godine.

Povodom osuđenikova zahtjeva za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude Vrhovni sud Republike Hrvatske je presudom ukinuo drugostupanjsku presudu i predmet vratio sudu drugog stupnja na ponovno odlučivanje. Potom je presudom Županijskog suda preinačena prvostupanjska presuda u odluci o kazni na način da je osuđeniku za predmetno kazneno djelo izrečena kazna zatvora u trajanju šest mjeseci, koja je primjenom čl. 55. st. 2. KZ/11 zamijenjena radom za opće dobro.

Kod odlučivanja u žalbenom postupku, drugostupanjski sud je propustio utvrditi povredu kaznenog zakona na štetu osuđenika, zbog nastupa apsolutne zastare kaznenog progona.

Naime, iz izreke prvostupanjske presude razvidno je da je D. K. proglašen krivim zbog kaznenog djela prijevare iz čl. 224. st. 1. KZ/97 počinjenog na štetu D. M. u lipnju 2006. Kako je za navedeno kazneno djelo propisana kazna zatvora do tri godine, to shodno čl. 19. st. 1. toč. 5. i čl. 20. st. 6. KZ/97 apsolutna zastara kaznenog progona nastupa protekom šest godina od počinjenja kaznenog djela.

Apsolutna zastara kaznenog progona nastupila je prije odlučivanja drugostupanjskog suda o okrivljenikovo žalbi koju je podnio na presudu suda prvog stupnja stupanja, ali i prije stupanja na snagu novog Kaznenog zakona, zbog čega nije moguća primjena odredbi o zastari iz tog zakona (čl. 86. KZ/11).

(Broj: Kzz 7/12-3)

Presudom Općinskog suda koja je postala pravomoćna 9. travnja 2009 godine, izdan je kazneni nalog kojim je okr. P. Z. proglašen krivim zbog kaznenog djela iz čl. 308 st. 2. KZ/97 te mu je izrečena novčana kazna u iznosu od dvadeset dnevnih dohodaka i primijenjena sigurnosna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom iz čl. 78. KZ/97.

Na temelju čl. 78 st. 1 KZ/97 sigurnosna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom može se primijeniti prema počinitelju kaznenog djela protiv sigurnosti prometa.

Osuđenik je, međutim, proglašen krivim zbog kaznenog djela izigravanja zabrane iz sigurnosnih mjera i pravnih posljedica osude, što je kazneno djelo protiv pravosuđa, zbog čega mu nije mogla biti izrečena ova sigurnosna mjera, pa je na taj način povrijeđen kazneni zakon na njegovu štetu.

Također je povrijeđen kazneni zakon kada je sud prvog stupnja u kaznenom nalogu, osuđenika osudio na novčanu kaznu zbog kaznenog djela iz čl. 308 st. 2. KZ/97 na temelju st. 1. iste zakonske odredbe. Naime,

za ovo kazneno djelo se može izreći samo kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine, dok se novčana kazna ne može izreći niti uz primjenu odredbi o ublažavanju kazne, pa je na taj način povrijeđen Kazneni zakon u korist osuđenika.

(Broj: Kzz 8/13-3)

Pravomoćnom presudom je došlo do povrede zakona iz čl. 469. toč. 1. ZKP/08 u vezi čl. 3. st. 2. KZ/11, jer djelo za koje je okrivljenik pravomoćno proglašen krivim, prema KZ/11, koji je bio na snazi kada je drugostupanjski sud odlučivao o žalbi okrivljenika, više nije postojalo, odnosno više nije bilo kazneno djelo.

Prema činjeničnom opisu iz pravomoćne presude proizlazi da je osuđenik proglašen krivim za kazneno djelo iz čl. 308. st. 2. KZ/97, koje je počinio 13. studenog 2010., kada je upravljao motornim vozilom, iako mu je u to vrijeme temeljem presude Prekršajnog suda bila izrečena zaštitna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom "B" kategorije od jedne godine, pri čemu je obavijest o izvršenju zaštitne mjere zaprimio 16. srpnja 2010.

Prema čl. 24. Izmjena i dopuna KZ/97, od 24. prosinca 2008., ("Narodne novine" br. 152/08) u čl. 308. dodani su novi stavci, pa je tako u st. 2. spomenute Izmjene i dopune KZ/97 propisano da će se "Kaznom iz st. 1. ovog članka kaznit tko upravlja motornim vozilom iako je prema njemu primijenjena sigurnosna mjera ili zaštitna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom", što znači da je postupanje okrivljenika u trenutku donošenja prvostupajnske presude bilo kažnjivo prema citiranim Izmjenama i dopunama KZ/97, jer je tim izmjenama u kazneno pravnom smislu zapravo došlo do izjednačenja pravne prirode sigurnosne mjere i zaštitne mjere.

Okrivljenik je podnio žalbu protiv presude suda prvog stupnja, a drugostupanjski je sud, povodom te žalbe, odlučivao 10. siječnja 2013. kada je već bio na snazi "novi" Kazneni zakon (KZ/11) koji se primjenjuje od 1. 1. 2013., pa je povodom žalbe okrivljenika bio dužan raspraviti i pitanje pravnog kontinuiteta za kazneno djelo iz čl. 308. st. 2. KZ/97, za koje je okrivljenik, tada bio nepravomoćno osuđen, odnosno bio je dužan raspraviti i načelo izraženo u čl. 3. st. 2. KZ/11.

S obzirom na izloženu pravnu situaciju iz pravomoćne presude, te uspoređujući činjenični i pravni opis presuđenog kaznenog djela iz čl. 308. st. 2. KZ/97, proizlazi da opisano kazneno djelo, nema pravnog kontinuiteta u kaznenom djelu neizvršavanja sudske odluke iz čl. 311. st. 2. KZ/11, koji, sada pokriva samo jedan dio zakonskog opisa bivše odredbe iz čl. 308. st. 2. KZ/97, budući više ne predviđa kršenje zaštitne mjere kao kažnjivo ponašanje, već se to kršenje zakona, prema odredbama KZ/11 isključivo odnosi na sigurnosne mjere, radi čega je na štetu osuđenika ostvarena istaknuta povreda zakona iz čl. 469. toč. 1. ZKP/08, u vezi čl. 3. st. 2. KZ/11.

(Broj: Kzz 9/16-3)

U konkretnom slučaju nije bilo zakonskih uvjeta za donošenje rješenja o suđenju u odsutnosti optuženika, budući je to izrijeком isključeno u odredbi čl. 64. st. 3. Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima.

Uvidom u spis utvrđeno je da je kazneni postupak protiv optuženika preuzet od sudbenih tijela Republike Slovenije, kako to proizlazi iz zamolnice Okružnog suda u Mariboru, te podignute optužnice Općinskog državnog odvjetništva u Velikoj Gorici.

Kako se radi o preuzetom kaznenom postupku protiv državljanina Republike Hrvatske koji je kazneno djelo počinio na teritoriju druge države, to se, temeljem izričite odredbe čl. 64. st. 3. Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima, suđenje ne može provesti u optuženikovo odsutnosti, što je i sukladno svrsi ustupanja kaznenog progona od strane Republike Slovenije, upravo s ciljem osiguranja optuženikove nazočnosti tijekom postupka.

Budući citirana odredba međunarodne kaznenopravne pomoći, kao specijalni propis, isključuje primjenu čl. 402. st. 3. ZKP/08, to je donošenjem pobijanog rješenja povrijeđen zakon na štetu optuženika.

(Broj: Kzz 11/12-3)

Pravomoćnom presudom izdan je kazneni nalog kojim je okrivljenik proglašen krivim za kazneno djelo izbjegavanja zabrana iz sigurnosnih mjera i pravnih posljedica osude, iz čl. 308. st. 2. KZ/97, za koje mu je izrečena novčana kazna.

Na temelju čl. 78. st. 1., 2. i 3. KZ/97, prema okrivljeniku je primijenjena sigurnosna mjera zabrane upravljanja motornim vozilima "B" kategorije u trajanju jedne godine.

Na temelju Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona ("Narodne novine", br. 152/08), koji je stupio na snagu 1. siječnja 2009., za kazneno djelo iz čl. 308. st. 2. KZ, (koje je u ovom slučaju počinjeno 3. travnja 2009.), propisana je kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca do tri godine, te je izricanjem novčane kazne, u korist okrivljenika povrijeđen kazneni zakon u odredbi čl. 368. toč. 5. ZKP797, u vezi čl. 308. st. 2. KZ/97, jer je sud prekoračio ovlasti koje ima po zakonu, budući se novčana kazna u ovom slučaju nije mogla primijeniti niti uz odredbe o ublažavanju kazne.

Istovremeno je povrijeđen zakon i na štetu okrivljenika, jer mu je izrečena sigurnosna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom, iz čl. 78. KZ, iako je proglašen krivim za kazneno djelo izbjegavanja zabrana iz sigurnosnih mjera i pravnih posljedica osude, iz čl. 308. st. 2., koje spada u kaznena djela protiv pravosuđa, a navedena sigurnosna mjera može se izreći samo počinitelju kaznenog djela protiv sigurnosti javnog prometa kad postoji opasnost da će upravljajući motornim vozilom ponovno počinuti takvo kazneno djelo.

(Broj: Kzz 11/16-3)

Unatoč tome što je prvostupanjski postupak vođen kada je na snazi bio KZ/97 po kojem se na temelju čl. 69. st. 7. KZ/97 uvjetna osuda mogla opozvati unutar roka od jedne godine od isteka vremena provjeravanja, neovisno o roku za ispunjenje obveze predviđene u čl. 68. KZ/97, u vrijeme kada je presuda za opoziv uvjetne osude postala pravomoćna, na snazi je bio KZ/11, koji, na temelju odredbe čl. 58. st. 5. i 8. KZ/11 propisuje da se uvjetna osuda ne može opozvati nakon što je proteklo šest mjeseci od isteka roka određenog za izvršavanje obveze predviđene u st. 5. čl. 58. KZ/11.

Osuđenik je po pravomoćnoj presudi bio obavezan platiti dugovani iznos uzdržavanja u roku dvije godine, tj. do 23. rujna 2011. godine, pa bi rok za opoziv uvjetne osude po odredbi čl. 69. st. 7. KZ/97 istekao 23. rujna 2012. godine. Međutim, presuda Županijskog suda, kojom se potvrđuje presuda o opozivu uvjetne osude, donesena je 28. studenog 2013. godine, dakle u vrijeme važenja KZ/11, kojim je po odredbi čl. 58. st. 5. i 8. KZ/11 rok za opoziv uvjetne osude istekao dana 23. ožujka 2012. godine.

Na taj način je uvjetna osuda opozvana nakon proteka zakonskog roka, čime je povrijeđen kazneni zakon u smislu odredbe čl. 469. t. 4. ZKP/08, jer je primijenjen zakon koji se ne može primijeniti.

(Broj: Kzz 14/14-4)

Presudom Županijskog suda, preinačena je presuda Općinskog suda u pravnoj oznaci djela i odluci o kazni, na način da je okrivljenik počinio jedno kazneno djelo iz čl. 293. st. 1. i 2. u vezi čl. 61. KZ/97 za koje je osuđen na kaznu zatvora u trajanju dvije godine, s time da mu je oduzeta imovinska korist.

Ostvarena je povreda kaznenog zakona iz čl. 469. toč. 5. ZKP/08, jer su sudovi prekoračili svoju ovlast koju imaju po zakonu kada su od okrivljenika oduzeli imovinsku korist.

Naime, činjeničnim i pravnim opisom kaznenog djela okrivljeniku nije bilo stavljeno na teret niti je proglašen krivim da bi inkriminiranom djelatnošću pribavio sebi bilo koju, makar i točno neutvrđenu imovinsku korist, zbog čega u smislu čl. 82. st. 1. KZ/97, nije bilo zakonskih uvjeta za oduzimanje novčanih sredstava od njega.

Time je, u dijelu odluke o oduzimanju imovinske koristi, povrijeđen kazneni zakon na štetu okrivljenika.

(Broj: Kzz 31/15-3)

Pravomoćnom presudom, I. K., D. R. i I. K. proglašeni su krivima zbog kaznenog djela iz čl. 331. st. 2. KZ/97, te im je izrečena kazna zatvora u trajanju sedam mjeseci svakom, a na temelju čl. 67. KZ/97 primijenjena je uvjetna osuda, na način da se izrečena kazna zatvora neće izvršiti ukoliko u roku dvije godine ne počine novo kazneno djelo.

Drugostupanjski sud je zanemario kako je, u međuvremenu, stupio na snagu novi Kazneni zakon koji više nije propisivao kazneno djelo nasilničkog ponašanja, a niti je to kazneno djelo imalo pravni kontinuitet u nekom drugom kaznenom djelu predviđenom tim Kaznenim zakonom.

S obzirom da u vrijeme donošenja drugostupanjske presude, djelo za koje su osuđenici proglašeni krivima više nije bilo zakonom predviđeno kao kazneno djelo, drugostupanjski sud je propustio primijeniti zakon koji je najblaži za počinitelja, te donijeti oslobađajuću presudu. (Nasilničko ponašanje je ponovo

propisano kao kazneno djelo tek posljednjim izmjenama Kaznenog zakona, koje su stupile na snagu 30. svibnja 2015.).

(Broj: Kzz 78/12-3)

Presudom Općinskog suda, na temelju čl. 448. st. 1. i 2. ZKP/97, izdan je kazneni nalog kojim je okrivljenica proglašena krivom, zbog kaznenog djela prijevare iz čl. 224. st. 1. KZ/97, te joj je primijenjena uvjetna osuda i izrečena kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca koja se neće izvršiti ako u roku jedne godine ne počini novo kazneno djelo, te uz obavezu da temeljem čl. 68. KZ/97 oštećeniku naknadi štetu.

Sud je prekoračio svoja ovlaštenja, glede odluke o kaznenoj sankciji, kada je u okviru primijenjene uvjetne osude obavezao okrivljenicu naknaditi štetu.

Uvidom u spis je bilo utvrđeno kako oštećenik imovinskopravni zahtjev uopće nije postavio, zbog čega prijedlog državnog odvjetnika za izdavanje kaznenog naloga, koji uključuje i obvezu naknade štete, sud prvog stupnja nije mogao prihvatiti.

Prema tome, kako imovinskopravni zahtjev nije postavljen niti je sukladno tome dosuđen pravomoćnom presudom, to sud nije bio ovlašten uvjetovati odgodu izvršenja izrečene kazne postavljenom obvezom naknade štete.

Zoran Sršen, mag.iur.*

RAZGRANIČENJE APSOLUTNO BITNE POVREDE ODREDABA KAZNENOG POSTUPKA I ŽALBENE OSNOVE POGREŠNO I NEPOPOTPUNO UTVRĐENOG ČINJENIČNOG STANJA

1. UVOD

Kazneni postupak u RH načelno je podijeljen u dva dijela od kojih drugostupanjski postupak nije obavezan nego fakultativni dio postupka i zavisí od inicijative stranaka. Drugostupanjski, žalbeni postupak pokreće se pravodobno podnesenim pravnim lijekom od strane ovlaštene osobe protiv prvostupanjske presude. Drugostupanjski postupak ima kontrolnu funkciju ispitivanja pravilnosti i zakonitosti prvostupanjske presude. Kontrolna funkcija je u postupku pred drugostupanjskim sudom ograničena povredama na koje pazi po službenoj dužnosti, a pored toga i okvirom žalbe.

Ako prvostupanjska presuda ne trpi neku od postupovnih povreda koja redovito rezultira ukidanjem presude, kontrolna funkcija drugostupanjskog suda prerasta u funkciju suđenja. Odlučivanje u postupku pred drugostupanjskim sudom je bitno drugačije od odlučivanja u prvom stupnju. Dok u prvom stupnju sud donosi odluku temeljem neposrednog izvođenja i ocjene dokaza na raspravi, drugostupanjski sud donosi odluku na sjednici vijeća posredno, čitanjem dokaznog materijala koji je na raspravi izveo prvostupanjski sud. Drugostupanjski sud na sjednici vijeća ne izvodi dokaze, pa stoga ne može utvrditi drugačije činjenično stanje od onog kako ga je utvrdio prvostupanjski sud, a ako smatra da je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno, drugostupanjski sud može samo ukinuti presudu i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje.

Prema ranijim zakonskim rješenjima drugostupanjski sud je mogao odlučivati na temelju provedene rasprave pred tim sudom i utvrditi činjenično stanje različito od činjeničnog stanja utvrđenog u prvostupanjskoj presudi. U praksi drugostupanjskih sudova se taj institut koristio iznimno rijetko ili nikako. Dok na neke postupovne povrede, među kojima je i ona iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP, drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti, žalbeni osnov pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja može biti samo predmetom žalbenog pobijanja presude. Bitne povrede odredaba kaznenog postupka i pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje su po svom sadržaju potpuno različite žalbene osnove, ali kada je u pitanju bitna povreda iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP doseg ove postupovne povrede i njegovo razgraničenje od pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja predstavlja jedan od uvjeta pravilnog i zakonitog postupanja drugostupanjskog suda.

* Zoran Sršen, mag.iur., sudac i predsjednik Kaznenog odjela Županijskog suda u Rijeci

2. BITNE POVREDE ODREDAVA KAZNENOG POSTUPKA I POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE

Bitne povrede odredaba kaznenog postupka proizlaze iz formalnih nedostataka u provedenom postupku ili iz formalnih nedostataka sudske odluke. Razvrstane su u 11 točaka od kojih neke imaju više oblika počinjenja. Bitne povrede se odnose na stadij pripreme rasprave, same rasprave i donošenja presude. Presuda se ne može pobijati zbog bitne povrede počinjene u prethodnom postupku. Ako presuda trpi bitnu povredu odredaba kaznenog postupka, osim onih navedenih u čl. 486. st. 1. ZKP¹, postupak se smatra nezakonitim, formalno ništavim i mora se ponoviti. Smatra se da je apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka samim svojim postojanjem imala utjecaja na pravilnost i zakonitost presude i taj utjecaj nije potrebno utvrđivati u svakom konkretnom slučaju, a postupak se mora ponoviti. U takvom slučaju, kada drugostupanjski sud utvrdi da pobijana presuda trpi apsolutno bitnu povredu, isključeno je odlučivanje o drugim žalbenim osnovama. U sudskoj praksi međutim ima primjera da se unatoč utvrđenom postojanju apsolutno bitne povrede, drugostupanjski sud, redovito opravdano, osvrne i na druge žalbene osnove, najčešće na žalbeni osnov pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Takvo postupanje se čini racionalnim i opravdanim.

Bitne povrede odredaba kaznenog postupka su na prvom mjestu među žalbenim osnovama koje su propisane u čl. 467. ZKP zbog kojih se presuda može pobijati. Time je određen i redoslijed odlučivanja o pojedinim žalbenim osnovama. Razlozi tome su što žalbeni sud na neke apsolutne bitne povrede pazi po službenoj dužnosti, a drugi je razlog u tome što postojanje bitne povrede odredaba kaznenog postupka isključuje ispitivanje presude po drugim žalbenim osnovama.

Drugi žalbeni osnov kojeg ispituje drugostupanjski sud u okviru žalbenog pobijanja presude je pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje. Takav redoslijed ispitivanja žalbenih osnova nameće logika stvari jer, iako je povreda KZ u čl. 467. ZKP navedena kao drugi žalbeni osnov, o povredi KZ se može raditi samo kod primjene odredaba KZ na potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje. Ako je činjenično stanje pogrešno ili manjkavo utvrđeno, povreda KZ više nije i ne može biti predmetom ispitivanja prvostupanjske presude od strane drugostupanjskog suda. Problem nastaje ako drugostupanjski sud ocjeni činjenično stanje iz pobijane presude manjkavo utvrđenim, a žalbom se presuda pobija samo zbog povrede KZ.

Kada se smatra da je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno propisano je u čl. 470. ZKP. Prema stavku 2. tog članka o pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju se radi kada je sud neku odlučnu činjenicu pogrešno utvrdio, odnosno kada pojedini dokazi ozbiljno dovode u sumnju pravilnost ili pouzdanost utvrđenja odlučne činjenice. Iako sama odredba donekle zbunjuje jer nije sasvim jasno što se podrazumijeva pod ozbiljnom sumnjom u „pouzdanost“ utvrđenja odlučne činjenice obzirom da se taj pojam ipak više odnosi na vjerodostojnost dokaznog sredstva, a ujedno se pravi razlika između pogrešnog utvrđenja i sumnje u pravilno utvrđenje, suštinski se u svakom slučaju radi o sumnji u pravilnost utvrđenja odlučne činjenice. Prema stavku 3. o nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju se radi kada je sud propustio utvrditi neku odlučnu činjenicu. U oba slučaja radi se o odlučnim činjenicama, odnosno onim činjenicama koje se odnose na obilježje kaznenog djela i onim na koje se primjenjuju pravni propisi, bilo materijalni, bilo procesni.

Žalbenu osnovu pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja viši sud ne ispituje po službenoj dužnosti, već samo u okviru žalbenog pobijanja presude. Iz tog razloga žalbom mora biti jasno određeno što je predmet pobijanja presude jer se, unatoč različitim stajalištima, čini upitnim da li je žalbeni sud ovlašten ispitivati i one činjenice koje se žalbom ne osporavaju. Suprotno tome, neki autori² zastupaju stajalište da povodom žalbe zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja drugostupanjski sud stječe mogućnost da u okviru žalbenog pobijanja naloži ispitivanje činjenica na koje žalba ne ukazuje kao i da se izvedu dokazi na koje žalba ne ukazuje, uz jedina ograničenja koja se odnose na zabranu reformatio in peius iz čl. 13. ZKP i uvjet ne ultra petita partium iz čl. 449. st. 2. ZKP. Smatram da takvo stajalište nema uporište u zakonu jer ako se žalbom neka činjenica ne osporava, a žalbeni sud nije ovlašten ispitivati pravilnost činjeničnog stanja, onda tu činjenicu može cijeniti samo kako je utvrđeno u pobijanoj presudi. Identična je situacija kada se žalbom presuda ne pobija zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. U takvom slučaju

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 i 152/14) u daljnjem tekstu ZKP

² B.Pavišić, Komentar ZKP sa priložima, 2015.g.

drugostupanjski sud može svoju odluku utemeljiti samo u činjeničnom stanju kako je utvrđeno u pobijanoj presudi, pa makar ono bilo pogrešno ili nepotpuno utvrđeno.

3. BITNA POVREDA IZ ČL. 468. ST. 1. TOČ. 11. ZKP I POGREŠNO ILI NEPOTPUNO UTVRĐENO ČINJENIČNO STANJE - ZAKONSKA RJEŠENJA I SUDSKA PRAKSA

Bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP odnosi se na nedostatke u pisanom sastavu presude, a ne i na propuste suda učinjene tijekom postupka ili prilikom donošenja presude. Isto tako, ova povreda se ne odnosi na propuste suda u primjeni postupovnih pravila niti na propuste koji se odnose na činjenična pitanja u pobijanoj presudi. Radi se o povredi postupka koju žalbeni sud ispituje po službenoj dužnosti i kada nije predmetom žalbenog pobijanja presude. Bitna povreda iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP je jedina postupovna povreda na koju drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti i u odnosu na rješenja koja sud donosi tijekom postupka. Jedno kraće vrijeme tome nije bilo tako i drugostupanjski sud nije imao ovlast ispitivati pobijano rješenje po službenoj dužnosti u odnosu na ovu postupovnu povredu, već samo u okviru žalbenog pobijanja rješenja. Vrlo brzo se međutim odustalo od takvog zakonskog rješenja.

Može se reći da je žalba zbog bitne povrede iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP najčešći razlog pobijanja presude kada je u pitanju žalbeni osnov bitne povrede odredaba kaznenog postupka. Nerijetko se međutim u žalbama stranaka ova povreda izvodi iz pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja i to najčešće tvrdnjom da pobijana presuda nema razloga o odlučnim činjenicama, a dani razlozi da su nejasni i u znatnoj mjeri proturječni. U pravilu se radi o tome da žalitelj ne prihvaća razloge navedene u pobijanoj presudi, a to ne može biti razlogom pobijanja presude zbog postupovne povrede iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP već razlogom pobijanja presude zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.³

Modaliteti ostvarenja bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP su razvrstani u više oblika od kojih se prva dva oblika, nerazumljivost izreke presude i proturječnost same izreke, odnose na sastavnice izreke odbijajuće i oslobađajuće presude iz čl. 454. ZKP, odnosno na sastavnice izreke osuđujuće presude iz čl. 455. ZKP, kada te nedostatke nije moguće otkloniti ispravkom presude.

Ostali oblici ostvarenja bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP se odnose na nedostatke u obrazloženju presude. Ti nedostaci se u pravilu povezuju sa propustima u obrazlaganju presude na način propisan u čl. 459. ZKP. Tako nedostatak u obrazloženju presude postoji ako je izreka presude proturječna njezinim razlozima. Proturječje se mora odnositi na odlučne činjenice, a postoji ako se neka činjenica navedena u izreci presude u razlozima obrazlaže na bitno drugačiji način. Npr. ako je prema izreci presude počinitelj postupao sa izravnom namjerom kao oblikom krivnje, a obrazlaže se neizravna namjera.

Druga grupa razloga ništavosti presude postoji ako presuda nema uopće razloga ili ako u presudi nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama. U sudskoj praksi upravo ovi razlozi najčešće stvaraju dvojbe oko razgraničenja bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP od pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Često se svaki propust u obrazlaganju presude koji je suprotan odredbi čl. 459. st. 5. ZKP podvodi pod ovu bitnu povredu. Navedenom odredbom je propisano da je sud, pored ostalog što obrazloženje presude mora sadržavati, dužan navesti razloge zbog kojih nije prihvatio pojedine prijedloge stranaka. Radi se o vrlo širokoj formulaciji čija bi dosljedna primjena uvijek dovodila do ukidanja presude ako bi sud propustio navesti razloge odbijanja dokaznih prijedloga stranaka. Dokazni prijedlozi međutim mogu biti tako postavljeni da nije jasno na utvrđenje koje činjenice se odnose, a mogu se odnositi na utvrđenje činjenice koja je u postupku već utvrđena drugim dokazima, pored toga mogu biti mnogobrojni, pa i nevažni. Osim toga sud nije dužan provoditi sve predložene dokaze, već samo one za koje ocijeni da su od značaja za pravilno presuđenje. S tim u vezi treba naglasiti da se nepostojanje razloga o odlučnim činjenicama, kao jedan od oblika ostvarenja bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP, odnosi samo na odlučne činjenice od kojih zavisi primjena pravnih propisa, materijalnih ili postupovnih, a ne i na druge važne činjenice kao što su indiciji i pomoćne, kontrolne činjenice. Iz tog razloga se ne radi

³ VSRH I KŽ-338/2014

VSRH I KŽ-176/1993 od 12. listopada 1993.g.

VSRH I KŽ-323/2003 od 09. prosinca 2004.g.

o navedenoj povredi ako sud propusti obrazložiti razloge odbijanja dokaznih prijedloga koji se ne odnose na odlučne činjenice. Izostanak obrazloženja u odnosu na indicije ili pomoćne činjenice koji suštinski imaju funkciju dokaza za utvrđivanje odlučnih činjenica može biti samo razlogom za sumnju u pravilnost utvrđenja odlučne činjenice, a to onda može biti samo predmetom žalbenog pobijanja presude zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Ranija sudska praksa je propust suda da navede razloge zbog kojih nije prihvatio pojedine prijedloge stranaka podvodila pod bitnu povredu iz toč. 11. zbog nepostojanja razloga o odlučnim činjenicama. Tako VSRH u svojoj odluci Kzz -7/68 utvrđuje postojanje ove bitne povrede ako sud u presudi nije naveo razloge zašto nije saslušao ponuđene svjedoke.

I novija sudska praksa propust suda da u obrazloženju presude iznese razloge zbog kojih nije prihvatio dokazne prijedloge stranaka svrstava pod bitnu povredu iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP zbog nepostojanja razloga o odlučnim činjenicama. Tako i Županijski sud u Puli u svojoj odluci br. Kž-369/2002 od 27. listopada 2004. godine. U konkretnom slučaju radilo se o prijedlogu obrane da se ispituju pojedini svjedoci i pribavi određena materijalna dokumentacija. Pri tome drugostupanjski sud naglašava da se ti dokazni prijedlozi odnose na odlučne činjenice, konkretno na postojanje svijesti i znanja okrivljenika da se radi o lažnim novčanicama, dakle subjektivnoj komponenti predmetnog kaznenog djela, pa da iz tog razloga izostanak razloga o odbijanju dokaznih prijedloga obrane predstavlja navedenu postupovnu povredu zbog nepostojanja razloga o odlučnim činjenicama. Naglasak je dakle na tome da su se dokazni prijedlozi odnosili na utvrđivanje odlučne činjenice, svijesti i znanju okrivljenika da se radilo o krivotvorenim novčanicama što predstavlja obilježje kaznenog djela.

I VSRH u svojoj odluci br. Kž-544/89 od 9. svibnja 1990. godine ističe kako je ostvarena apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 364. st. 1. toč. 11. ZKP⁴ time što prvostepeni sud nije dao razloge zbog čega je odbio prijedlog obrane za provođenje psihijatrijskog vještačenja optuženika pa nedostaju razlozi o jednoj odlučnoj činjenici koja se odnosi na uračunljivost optuženika, a od koje zavisi i kaznena odgovornost optuženika. I u ovom slučaju se dakle radilo o odlučnoj činjenici. U ovoj svojoj odluci manjkavo utvrđeno činjenično stanje u odnosu na ubrojivost optuženika VSRH ne sagledava kao nepotpuno utvrđeno činjenično stanje već kao bitnu povredu obzirom da prvostupanjski sud nije naveo razloge odbijanja dokaznog prijedloga obrane za provođenje psihijatrijskog vještačenja optuženika. Spornim se međutim ukazuje da li nepotpuno utvrđeno činjenično stanje može prerasti u bitnu povredu pa i pored činjenice da je prvostupanjski sud propustio navesti razloge zbog kojih je odbio dokazni prijedlog koji se odnosio na utvrđivanje te odlučne činjenice.

I u odluci br. I Kž-595/03-5 od 7. rujna 2005. godine VSRH utvrđuje "... da je činjenično stanje u odnosu na kazneno djelo pod toč. 1. izreke pobijane presude nepotpuno utvrđeno, nisu utvrđene niti činjenice koje su odlučne za ocjenu postoji li kazneno djelo za koje je optuženi J. K. oslobođen od optužbe. ... osnovana je žalba državnog odvjetnika iz razloga navedenog u članku 369. toč. 3. Zakona o kaznenom postupku..., a postoji i bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 367. stavak. 1. točka 11. Zakon o kaznenom postupku (pobijana presuda ni u ovom dijelu nema razloga o odlučnim činjenicama) na koju sud drugog stupnja, u skladu s odredbom članka 379. stavka 1. točke 1. Zakona o kaznenom postupku, pazi po službenoj dužnosti".

U ranije spomenutoj odluci Županijski sud u Puli istovremeno, međutim, zauzima stajalište da se u odnosu na propust suda da utvrdi odlučnu činjenicu koja je od značaja za odmjeravanje kazne radi o nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, a ne o procesnoj povredi u obrazloženju presude, jer ukoliko prvostupanjski sud neku činjenicu nije niti utvrdio, o njoj ne može navesti ni razloge, niti je obrazložiti.

Takvo pravno stajalište polazi od toga da se nepostojanje razloga uopće ili nepostojanje razloga o odlučnim činjenicama kao bitne povrede odredaba kaznenog postupka može odnositi samo na one odlučne činjenice za koje je sud u izreci presude ili u njenom obrazloženju izričito naveo da ih je utvrdio, a ne i na one činjenice koje sud nije uopće utvrdio. Takvo stajalište se čini ispravnim jer zakon ne nameće sudu obvezu da obrazlaže činjenice koje ne postoje u presudi, niti je tu moguće nešto obrazlagati. U takvom slučaju radi se o nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju i eventualno o povredi odredbe čl. 418. st. 1. ZKP koja nalaže sudu utvrđivanje svih činjenica koje su važne za pravilno presuđenje.

⁴ Zakon o kaznenom postupku, „Narodne novine“ br. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 62/03 -pročišćeni tekst i 115/06 (ZKP/97)

Ima međutim i suprotnih stajališta. Tako B. Pavišić, referirajući se upravo na spomenutu odluku Županijskog suda u Puli smatra da se u takvom slučaju, kada presuda nema razloga jer nisu utvrđene odlučne činjenice, konkretno one koje su od značaja za odluku o kazni, primarno radi o bitnoj povredi iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP, jer presuda uopće nema razloga, a ne o tome da bi u takvom primjeru nastala inverzija redosljeda žalbenih osnova u korist nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Takvim stajalištem se nudi jedno praktično, ali pojednostavljeno rješenje pitanja odnosa, pa onda i razgraničenja bitne povrede iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Propust prvostupanjskog suda da utvrdi odlučnu činjenicu za pravilno presuđenje prvenstveno predstavlja manjkavo, odnosno nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, jer prvostupanjski sud nije dužan obrazlagati činjenicu koju, iako pogrešno po ocjeni drugostupanjskog suda, nije smatrao odlučnom činjenicom i propustio ju utvrditi, pa se onda u takvoj situaciji ne može raditi o nepostojanju razloga uopće ili nepostojanju razloga o odlučnim činjenicama u smislu bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP.

Neki autori u odnosu na ovo pitanje imaju potpuno drukčije stajalište. Tako se prema mišljenju M. Grubiše⁵ ne bi radilo o povredi postupka iz čl. 364. st. 1. toč. 11. ZKP kada sud ne sasluša nekog od predloženih svjedoka i u presudi ne navede razloge zašto ih nije saslušao jer se tu, prema stajalištu autora, u stvari prvenstveno radi o pogrešnom postupanju suda i povredi procesnih prava stranaka, dakle o relativnoj povredi postupka iz čl. 364. st. 2. ZKP. Prema navedenom autoru, postupovna povreda iz čl. 364. st. 1. toč. 11. ZKP se odnosi samo na pogreške u sastavu i obrazloženju presude, a ne i na propuste suda prije i prilikom donošenja presude time da svi sastojci obrazloženja presude navedeni u toč. 7. čl. 357. ZKP nemaju istu težinu da bi izostanak nekih od njih povlačio samim tim ništavost presude po čl. 364. st. 1. toč. 11. ZKP.

Što se tiče nepostojanja uopće razloga u presudi, kao jednog od oblika ostvarenja bitne povrede iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP, takav propust obrazlaganja presude ne postoji ako se radi o nedostatnim razlozima ili ako su razlozi iz pobijane presude pogrešni. Tako i VSRH u svojoj odluci br. I Kž-31/00 od 9. travnja 2002. godine ističe da je sud u konkretnom slučaju dao razloge za taj dio odluke, a iako su po odluci drugostupanjskog suda razlozi neuvjerljivi i nelogični, ne radi se o u žalbi istaknutoj ništavosti presude jer razlozi presude postoje.

Suprotno tome, Županijski sud u Varaždinu u odluci br. Kž-266/16 od 17. siječnja 2017. godine nalazi bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP zbog nepostojanja razloga o odlučnim činjenicama obrazlažući to time da sud prvog stupnja nije dao jasne i uvjerljive razloge o odlučnim činjenicama na temelju kojih bi se mogao izvesti zaključak o pitanju postojanja prijevarne namjere okrivljenika.

U takvoj situaciji se ipak ne bi radilo o navedenoj postupovnoj povredi jer presuda sadrži razloge bez obzira što su oni nejasni ili pogrešni. Ako drugostupanjski sud u takvom slučaju nalazi da je presuda pravilna, može ju potvrditi i pogrešne razloge zamijeniti svojim, pravilnim razlozima. Osim u slučaju ako su razlozi pobijane presude potpuno nejasni ili u znatnoj mjeri proturječni što predstavlja daljnji oblik ostvarenja bitne povrede iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP, koja presudu čini ništavnom. Tako VSRH u svojoj odluci I Kž-93/97 od 16. rujna 1998. godine nalazi da su razlozi presude o odlučnim činjenicama potpuno nejasni i u znatnoj mjeri proturječni jer iz obrazloženja prvostupanjske presude "proizlazi da prvostupanjski sud nije načisto je li utvrdio da je do spolnog odnosa došlo ili nije došlo, a ako je ipak došlo, onda sud zaključuje da taj odnos nije bio protiv volje oštećenice, pa su razlozi o toj odlučnoj činjenici u tolikoj mjeri proturječni da se presuda u tom dijelu ne može ispitati".

4. RAZGRANIČENJE BITNE POVREDE IZ ČL. 468. ST. 1. TOČ. 11. I POGREŠNO I NEPOTPUNO UTVRĐENOG ČINJENIČNOG STANJA

Bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP i pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje su dva potpuno različita žalbena osnova po svom sadržaju. Bitna povreda se odnosi na pogreške u sastavu i obrazloženju presude. Pogrešno utvrđeno činjenično stanje predstavlja sumnju u pravilnost činjeničnih utvrđenja iz pobijane presude. Pored toga ova dva žalbena osnova se razlikuju i u odnosu na ovlasti drugostupanjskog suda. U odnosu na navedenu bitnu povredu drugostupanjski sud pazi po

⁵ dr.M.Grubiša, Krivični postupak – Postupak o pravnim lijekovima

službenoj dužnosti i ako utvrdi nedostatke u sastavu ili obrazloženju presude koji ju čine ništavom, presudu će ukinuti. Međutim, ako su u presudi navedeni razlozi o odlučnim činjenicama koji nisu proturječni i sukladni su provedenim dokazima, dakle kada nema formalnih nedostataka u obrazloženju presude ali su razlozi pogrešni, a žalbom se presuda ne pobija zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, drugostupanjski sud u takvoj situaciji može svoju odluku utemeljiti samo na činjeničnom stanju koje je utvrdio prvostupanjski sud bez obzira što ga ocjenjuje pogrešnim. Drugostupanjski sud nije ovlašten utvrđivati činjenično stanje različito nego što je utvrđeno u pobijanoj presudi jer drugostupanjski sud ne provodi dokaze, već temeljem dokaza koje je proveo prvostupanjski sud ocjenjuje pravilnost i zakonitost presude, i to samo u okviru žalbenog pobijanja presude. Tako sužene ovlasti drugostupanjskog suda u odnosu na utvrđene činjenice iz pobijane presude rezultiraju time da drugostupanjski sud nerijetko pribjegava bitnoj povredi iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP ocjenom da pobijana presuda nema razloga o odlučnim činjenicama ili da su razlozi izneseni u presudi potpuno nejasni ili u znatnoj mjeri proturječni.

U odnosu na nepotpuno utvrđeno činjenično stanje problem je još složeniji. U čl. 9. st. 3. ZKP je sadržano jedno od temeljnih načela kaznenog postupka, načelo slobodne ocjene dokaza prema kojem načelu prilikom ocjene dokaza sud nije ograničen posebnim formalnim dokaznim pravilima. Subjektivnom ocjenom sud ocjenjuje koje činjenice smatra odlučnim, koje će dokaze provesti i nije dužan provoditi sve dokaze koje predlažu stranke. U tom pravcu sud ne ograničavaju bilo kakva formalna dokazna pravila, pa ako neku činjenicu sud nije utvrdio jer je nije smatrao odlučnom, tu činjenicu sud nije niti dužan obrazlagati niti bi u tom smislu imao što obrazlagati. U obrazloženju presude sud je dužan dati ocjenu onih činjenica koje je, cijeneći ih odlučnim, utvrdio temeljem dokaza provedenih na raspravi. Iz tih razloga se ne radi o bitnoj povredi iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP zbog nepostojanja razloga uopće ili zbog nepostojanja razloga o odlučnim činjenicama ako presuda ne sadrži razloge o činjenicama koje sud nije utvrđivao u postupku. Ako je sud propustio utvrditi neku odlučnu činjenicu od koje po ocjeni drugostupanjskog suda ovisi pravilna primjena zakona, radi se o nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Iz tih razloga, ako se žalbom presuda ne pobija zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, problem je znatno složeniji nego u odnosu na pogrešno utvrđeno činjenično stanje.

Kao primjer možemo uzeti počinitelja koji je proglašen krivim zbog kaznenog djela tjelesne ozljede počinjenog prema osobi posebno ranjivoj zbog njezine dobi. Činjenica da se radi o posebno ranjivoj osobi je odlučna činjenica koja predstavlja obilježje kvalificiranog oblika kaznenog djela tjelesne ozljede. Ovu činjenicu je prvostupanjski sud u postupku propustio utvrditi iako se radi o odlučnoj činjenici, pa tako niti obrazloženje presude ne sadrži nikakvih razloga o toj činjenici. Iz osobnih podataka oštećenika proizlazi da se radi o osobi u dobi od 17 godina. Iako se prema zakonskoj definiciji radi o djetetu, kvalifikacija djela je ipak upitna, a u ovom slučaju i pitanje ovlaštenog tužitelja jer je za osnovni oblik kaznenog djela tjelesne ozljede ovlašteni tužitelj privatni tužitelj, a za kvalificirani oblik djela je ovlašteni tužitelj državni odvjetnik. Žalbom se presuda međutim ne pobija zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Ako pođemo od toga da drugostupanjski sud svoju odluku može utemeljiti samo na činjeničnom stanju utvrđenom u pobijanoj presudi kada se žalbom presuda ne pobija zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, te da propust suda da utvrdi i obrazloži činjenicu koju u postupku nije utvrdio, iako se radi o odlučnoj činjenici po ocjeni drugostupanjskog suda, ne predstavlja bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP, što se čini ispravnim stajalištem, a ne postoje neki drugi nedostaci koji bi presudu činili ništavom, tada bi u ovom primjeru drugostupanjski sud mogao samo potvrditi presudu bez obzira na opravdanu sumnju u njezinu zakonitost. Pri tome ne bi bilo nikakvog osnova prigovarati zakonitosti drugostupanjske presude obzirom na postojeća zakonska rješenja.

Drugo rješenje je, kao i u slučaju pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, ukidanje presude zbog nepostojanja razloga o odlučnim činjenicama u smislu postupovne povrede iz čl. 468. st. 1. toč. 11. ZKP i nalaganje sudu prvog stupnja da u ponovljenom postupku, i pored toga što se presuda ne pobija zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, utvrdi činjenice koje je propustio utvrditi, a koje su po ocjeni drugostupanjskog suda nužne za donošenje pravilne i zakonite odluke. Obzirom na postojeću sudsku praksu koja je svojim manjim dijelom prethodno izložena, može se zaključiti da su drugostupanjski sudovi skloniji ovom drugom rješenju.

Čini se da probleme koji proizlaze iz ovlasti drugostupanjskog suda u odnosu na žalbeni osnov nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja već duže vrijeme uočava i pravna teorija i sudska praksa, svi osim zakonodavca.

5. ZAKLJUČAK

Postojeća zakonska regulativa ne omogućava drugostupanjskom sudu intervencije u činjenično stanje ako se presuda ne pobija zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Iz tog razloga sudska praksa često poseže za bitnom povredom odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st 1. toč. 11. ZKP kao izlazom iz problema kad drugostupanjski sud nalazi da je činjenično stanje nepotpuno utvrđeno, a to nije predmet žalbenog pobijanja presude. Moguće rješenje ovog problema je u izmjeni zakonske regulative koja bi omogućila drugostupanjskom sudu da po službenoj dužnosti ispituje da li je činjenično stanje potpuno utvrđeno. Možda po austrijskom rješenju koje pod bitnu povredu podvodi i situaciju kada je odluka o odlučnim činjenicama nepotpuna, što se tumači na način da u razlozima presude nisu navedene one činjenice koje nisu utvrđene. U vrijeme pisanja ovog referata u tijeku je saborska rasprava oko donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, ali u prijedlogu zakona nije predviđena izmjena odredaba koje se odnose na bitne povrede, niti se nude neka druga rješenja koja bi razriješila ovaj problem.

POPIS LITERATURE

- 1) B. Pavišić, Komentar zakona o kaznenom postupku sa priložima, 2015. g.
- 2) M. Grubiša, Krivični postupak – postupak o pravnim lijekovima
- 3) Z. Đurđević, Bitne povrede odredaba kaznenog postupka, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 1/1995.
- 4) M. Jeremić, Zakon o krivičnom postupku, 1981. g.
- 5) A. Garačić, Zakon o kaznenom postupku - pravni lijekovi, 2010. g.
- 6) Pravni lijekovi u kaznenom postupku i sudskoj praksi, 2006. g.

Damir Kos, mag.iur.*

NEZAKONITI DOKAZI – ČL. 10. ZKP/08

1. UVOD

Načelo pravičnog postupka sadržano u čl. 1. st. 1. Zakona o kaznenom postupku koji propisuje da nitko nedužan ne može biti osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela pred nadležnim sudom treba izreći kazna ili druga mjera na temelju zakonito provedenog postupka, uz uvjete koje predviđa zakon, uključuje u sebi i zahtjev da za postupak utvrđivanja krivnje okrivljenika moraju postojati odgovarajući i valjani/zakoniti dokazi. Pitanje radi li se o valjanom ili nevaljanom dokazu često sudovima koji vode kaznene postupke postavlja značajan problem te da li dokazi istaknuti po ovlaštenom tužitelju da je određena osoba počinila kazneno djelo predstavljaju zakonitu osnovu za utvrđenje njegove krivnje. Jezični izričaj pojma nevaljanog dokaza rezultat je procesne sankcije, tj. okolnosti da se na određenom dokazu ne može utemeljiti sudska odluka. Time on postaje nevaljanim dokazom, a koji pojam u legislativnim okvirima označavamo izričajem nezakoniti dokaz.

Takovu odrednicu nalazimo u Ustavu Republike Hrvatske koji u čl. 29. izrijekom propisuje da "dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se upotrijebiti u sudskom postupku".

2. DA SE PODSJETIMO

Pitanje zakonitosti ili nezakonitosti dokaza nije novo u doktrini kaznenog prava. Razmotrimo li razvoj pravne misli u svezi s pojmom nezakonitih dokaza u kaznenom pravu koje se primjenjivalo na teritoriju Republike Hrvatske možemo vidjeti da je pojam dokaza na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka poznat dugi niz godina.

2.1. ZAKON O PREUZIMANJU ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU

Pođemo li od uvjetno rečeno novije povijesti zakonodavstva kaznenog postupnog prava, tj. od vremena koje ima izravan odraz na zakonodavstvo Republike Hrvatske kao samostalne i suverene države, vidimo da već u Zakonu o krivičnom postupku preuzetom od strane Republike Hrvatske¹, pročišćeni tekst toga iz 1993. godine², sadržavao je odrednice u pojedinim člancima da se na određenim dokazima ne može utemeljiti sudska odluka. Govoreći o sankciji uporabe takvih dokaza on u odredbama o bitnim povredama odredaba kaznenog postupka u čl. 354. st. 1. toč. 8. pročišćenog teksta ZKP/93 izrijekom propisuje postojanje bitne povrede "ako se presuda temelji na dokazu na kojem se prema odredbama ovog zakona ne može temeljiti presuda, osim ako je s obzirom na druge dokaze očito da bi i bez toga dokaza bila donesena ista presuda."

* Damir Kos, mag.iur., sudac Vrhovnog suda RH

¹ Narodne novine broj 53/91 - Zakon o preuzimanju Zakona o krivičnom postupku

² NN 34/93

Ovakav izričaj zakonske norme kazuje da pitanje nezakonitih dokaza, dakle dokaza na kojima se ne može temeljiti presuda, iako pozicionira sankcioniranje korištenja tih dokaza u kategoriju bitnih povreda odredaba kaznenog postupka, ipak u značajnoj mjeri revitalizira. Ovo revitaliziranje ogleđa se u činjenici da čak i u situaciji kada se stranka u kaznenom postupku pozove na prigovor korištenja nezakonitih dokaza koji su izvedeni tijekom kaznenog postupka, ova okolnost ne bi bila od apsolutnog značaja u mjeri da bi presuda morala biti ukinuta. Sankcija ukidanja takve presude zbog korištenja dokaza za koje nije sporno da su nezakoniti bi rezultirala takovim učinkom samo u slučaju ako bi drugostupanjski sud utvrdio da obzirom na druge okolnosti je očito da bez toga dokaza ne bi mogla biti donesena ista presuda. Dakle, ako bi utvrđenje suda bilo isto i na temelju drugih zakonitih dokaza, takva presuda bi opstajala. U to vrijeme zakonodavac nije imao sankcionirano kao nezakoniti dokaz one dokaze koji su proizašli iz izvorno nezakonitog dokaza /doktrina plodova otrovane voćke/. Stoga u situacijama kada bi ostali dokazi, pa makar oni proizašli i iz izvorno nezakonitog dokaza, opravdavali donošenje iste odluke, ne bi postojala procesna sankcija uporabe nezakonitog dokaza.

2.2. ZAKON O KAZNENOM POSTUPKU IZ 1997. GODINE

Bitnu promjenu u tome dijelu nalazimo donošenjem novog teksta ZKP/97. Naime, tada zakonodavac prvi puta i to u čl. 9. ZKP/97 izriječno spominje i kategorizira koji se dokazi imaju smatrati nezakonitim. Istovremeno mijenja i dio norme o procesnim sankcijama uporabe nezakonitih dokaza pa u čl. 367. st. 2. ZKP/97 sada propisuje da se bitnom povredom odredaba kaznenog postupka, i to onom na koju drugostupanjski sud pazi i po službenoj dužnosti, ima smatrati i utvrđenje da se presuda temelji na dokazu iz čl. 9. st. 2. ZKP/97.

U odnosu na pitanje "presuda temelji na dokazu iz čl. 9. st. 2. ovoga zakona" sudska praksa vrlo bogato razvila je sudska stajališta da se takovim dokazom smatra svaki dokaz za koji bi se utvrdilo da spada u kategoriju nezakonitih dokaza, ako je izveden tijekom rasprave, neovisno o tome da li je njegov značaj bio takav da dovodi do donošenja osuđujuće presude te neovisno o tome da li bi ista presuda bila donesena i bez toga dokaza.³

2.3. ZAKON O KAZNENOM POSTUPKU IZ 2008. GODINE

Na tragu ovakve pravne misli uslijedile su izmjene pri donošenju novog Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine. U tome zakonu osim što je u čl. 10. temeljitije razrađen sustav utvrđenja nezakonitih dokaza te njihove eventualno moguće konvalidacije, u odredbama o bitnim povredama odredaba kaznenog postupka u prvo vrijeme prihvaćena je identična jezična formulacija kakvu smo nalazili i u čl. 367. st. 2. ZKP/97, da bi izmjenama iz prosinca 2013. godine u zakonski tekst bila uvrštena i odrednica da se bitnom povredom smatra i postupak kojim je došlo do teškog povređivanja prava na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁴.

Samo ukratko radi podsjećanja: koji dokazi se imaju smatrati nezakonitim, tj. na kakovim dokazima se sudska odluka ne bi mogla utemeljiti definirano je u čl. 10. st. 2. toč. 1. do 4. Dok prva točka govori o dokazima pribavljenim kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja, u toč. 2. istog članka navedene su odrednice da se nezakonitim ima smatrati i onaj dokaz koji je pribavljen povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. U odnosu na ove dvije kategorije kao što je to dobro poznato sudovima je ostavljeno da utvrđuju da li se radi o dokazu koji je pribavljen zabranom mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja odnosno zajamčenih prava obrane, pravo na dostojanstvo, ugled i čast te pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, a koje kategorije su zaštićene Ustavom ili zakonom ili međunarodnim pravom. Sudovi

³ Odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj III Kr-14/11; I Kž-655/11; I Kž-874/12

⁴ Sudska praksa za sada se nije bavila pitanjem kvantificiranja pojma "teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje", te kada se i pozivalo na ovu odrednicu svaka povreda prava na pravično suđenje smatra se teškom povredom ako se radilo o povredi prava zajamčenih Ustavom i Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava.

dakle utvrđuju hoće li pojedini dokaz od ovisno od načina njegovog pribavljanja biti smatran nezakonitim dokazom ili ne.

U čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08 zakonodavac propisuje da se nezakonitim dokazom imaju smatrati i oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito propisani ovim zakonom kao nezakoniti dokazi, tj. kao dokazi na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka.

U ovom dijelu naizgled je jednostavnija situacija i pitanje ocjene zakonitosti ili nezakonitosti dokaza prepušteno je primarno zakonodavcu, a sudbenoj vlasti i njenom tumačenju tek u dijelu kada postoji nejasnoća okolnosti pribavljanja dokaza u svjetlu kogentnih zakonskih normi. Kao što je uočljivo iz izričaja ove zakonske norme, ne rezultira svako postupanje protivno odredbama Zakona o kaznenom postupku automatski nezakonitim dokazom. Da bi se radilo o nezakonitom dokazu potrebno je osim utvrđenja da je njegovo pribavljanje bilo protivno odredbama kako su one propisane u Zakonu o kaznenom postupku, zakonodavac sam takav propust mora izraziti svojom voljom da se na tako pribavljenom dokazu protivno odredbama Zakona o kaznenom postupku ne može utemeljiti sudska odluka.

Katalog ovih propusta sankcioniranih kao nezakoniti dokaz ne postoji na jednom mjestu. No, čitanjem teksta ZKP/08 uočljivo je da su to sljedeće situacije:

1. Osobni podaci koji služe za utvrđivanje istovjetnosti okrivljenika, prikupljeni od strane sigurnosno-obavještajnih službi (uz ograničenje) - čl. 187. ZKP/08
2. Snimka telefonske konferencije učinjena protivno uvjetima propisanim u zakonu - čl. 196. st. 2. toč. 1.- 3. ZKP/08
3. Zapisnici o nezakonito obavljenim pretragama - čl. 250. ZKP/08
4. Isprave i snimke koje ne podliježu privremenom oduzimanju - čl. 262. st. 6. ZKP/08
5. Zapisnik suočenja koje nije audio-video snimljeno - čl. 278. st. 4. i čl. 289. st. 5. ZKP/08
6. Zapisnici o iskazima okrivljenika ispitanog na zabranjeni način - čl. 6. i 10. te čl. 281. u svezi s čl. 273. i čl. 275. stavak 1. do 4. i stavka 6. ZKP/08
7. Zapisnici o iskazima svjedoka ispitanih na zabranjeni način - čl. 6. i čl. 300. ZKP/08 te čl. 34. toč. 2. ZUSKOK
8. Zapisnici o ispitivanju kao vještaka osobe koja nije mogla biti vještak - čl. 311. st. 1. ZKP/08
9. Dokazi pribavljeni posebnim dokaznim radnjama provedenim na zabranjeni način - čl. 335. st. 8. ZKP i čl. 42. st. 8. ZUSKOK/08
10. Dokazi pribavljeni bez naloga suca istrage ili u odnosu na kazneno djelo za koje to nije moguće - čl. 339. a st. 9. ZKP/08
11. Dokazi pribavljeni privremenim oduzimanjem poštanskih pošiljaka provedenim na zabranjeni način - čl. 339. st. 8. ZKP
12. Dokazi sadržani u prijedlogu sporazuma stranaka o izricanju kazne od kojeg su stranke odustale - čl. 362. st. 2. ZKP
13. Dokazi o činjenicama koje se odnose na ranije spolno ponašanje žrtve i njene seksualne sklonosti - čl. 442. st. 1. ZKP

Osim ovakvog kataloga zakonodavac u pojedinim procesnim situacijama i na drugačiji način propisuje obavezan način prikupljanja dokaza, čije kršenje bi rezultiralo nezakonitošću dokaza (ne potvrđivanje radnji naloženih od državnog odvjetnika kada mu je to bilo dopušteno, ali ih sudac istrage nije konvalidirao – pretraga, posebne dokazne radnje i čl. 339. a ZKP/08, odnosno ograničenja kod potrebe provođenja hitnih dokaznih radnji prema službenoj osobi koja je ovlaštena i dužna otkrivati i prijavljivati kaznena djela za koja se progoni po službenoj dužnosti).

U toč. 4. st. 2. čl. 10. ZKP/08 ugrađena je interpretativna norma da se nezakonitim dokazom smatraju i svi dokazi za koje se saznalo iz po sudu utvrđenog nezakonitog dokaza. Ovakva interpretativna norma u sebi sadrži klauzulu doktrine plodova otrovane voćke. Naime ukoliko je neki dokaz bio izvorno nezakonit, tada se ne mogu smatrati zakonitim niti drugi dokazi koji su proizašli iz takovog dokaza. U dosadašnjoj sudskoj praksi primjenom do sada važećih odredaba Zakona o kaznenom postupku, ova doktrina izuzetno rijetko je bila primjenjivana u slučaju ako bi kao nezakoniti dokaz bila utvrđena obrana optuženika, opravdavajući takav stav procesnim upozorenjima koja su okrivljeniku bila davana i njegovim pravom u svakoj procesnoj situaciji da odluka o tome želi li iznositi svoju obranu ili ne ovisila je isključivo o njemu. Odstupanje od ovako izraženog stava primijenjeno je u predmetu Mađer, koji je *sub judice*, u kome se nakon utvrđenja nezakonitom

obrane optuženika pred redarstvenim vlastima zbog nečovječnog postupka, postavilo pitanje zakonitosti i dokaza za koje se saznalo upravo iz tako pribavljene obrane⁵.

Upravo ova norma u svezi s drugačije definiranim bitnim povredama kao procesnim sankcijama korištenja nezakonitih dokaza, što je već ranije istaknuto, predstavlja značajno odstupanje od teksta Zakona o krivičnom postupku, koji zakon je dopuštao korištenje i dokaza za koje bi i sud utvrdio da su nezakoniti, ukoliko bi ista odluka bila donesena neovisno o tome da li je takav nezakoniti dokaz bio izveden ili ne. Ovo tim više što u to vrijeme nije bio razrađen sustav utvrđenja pojma nezakonitih dokaza te su se nezakonitim dokazima smatrali samo oni dokazi za koje zakonodavac izriječno propisao da se na njima ne može utemeljiti sudska odluka, ukoliko je iz takovog dokaza proizašao neki drugi dokaz /doktrina plodova otrovane voćke/ za koji nije bilo osnove da ga se utvrdi nezakonitim prema normama tada važećeg Zakona o krivičnom postupku, odluka bi mogla opstati uz utvrđenje da odluka o krivnji nije utemeljena isključivo na dokazu za koji zakonodavac propisuje da se na njemu ne može utemeljiti sudska odluka.

3. NADLEŽNOST EUROPSKOG SUDA ZA OCJENU RADI LI SE O NEZAKONITOM DOKAZU

U pogledu ocjene pitanja je li korištenje nekog dokaza za koji predlagatelj tvrdi da je nezakoniti dokaz pitanje - radi li se o pravičnom postupku, judikature Europskog suda za ljudska prava u brojnim svojim odlukama nedvojbeno izražava stav da pitanje konkretne ocjene je li neki dokaz zakoniti dokaz ili nije spada u isključivu nadležnost domicilnih sudova.

Pitanje utvrđenja radi li se o dokazu koji je nezakonit Europski sud za ljudska prava ne smatra pitanjem za koje bi *a limine* bio nadležan u svjetlu utvrđenja radi li se o povredi prava na pravičan postupak. U više svojih odluka Europski sud za ljudska prava nedvojbeno je izrazio svoj stav da je pitanje utvrđenja da li je određeni dokaz zakonit ili je nezakonit predstavlja pitanje koje je u isključivoj nadležnosti domicilnog prava. Međutim, istovremeno to samo po sebi ne znači da se Europski sud za ljudska prava ne bavi pitanjem da li se presuda temelji na dokazu za koji stranka tvrdi da je nezakonit, ali u posve drugom kontekstu. Europski sud za ljudska prava pitanjem eventualno nezakonitih dokaza se bavi u kontekstu utvrđenja prava na pravično suđenje. To pravo u sebi uključuje pravo stranaka da problematizira pitanje utemeljenja odluke na nezakonitim dokazu, a bez da joj je domicilnim pravom bilo omogućeno da tu svoju tvrdnju problematizira „suđenjem“ o zakonitosti dokaza pred domaćim sudovima u tzv. incidentalnim postupcima. Ukoliko je takvo „incidentalno“ suđenje o zakonitosti dokaza bilo stranci omogućeno, ali ona u tom postupku nije uspjela s tvrdnjom da je dokaz nezakonit, tj. ako je u tom postupku „suđenja o zakonitosti dokaza“ utvrđeno nacionalnim pravom i odlukom nacionalnih sudova da bi se dokaz imao smatrati zakonitim, nakon čega bi bila izvršena i provjera vjerodostojnosti i istinitosti, tj. vrijednosna ocjena takovog dokaza od strane domaćeg suda, Europski sud za ljudska prava takove postupke suda u odnosu na glavnu stvar označavao bi postupcima u kojima je poštovano pravo na pravično suđenje, ponavljajući da njihova zadaća nije nadomještanje nacionalnog prava u pogledu pravnih normi koje govore o tome kada se dokaz ima smatrati zakonitim, a kada ne.

4. AKTUALNA PITANJA OCJENE ZAKONITOSTI DOKAZA

Dosadašnji dio ovoga rada bio je posvećen kratkom prikazu zakonskih rješenja problematike nezakonitih dokaza kroz zakone u različitim vremenskim odsječcima, o čemu zasigurno svaki od primjenjivača Zakona o kaznenom postupku ima dovoljno znanja i ne ostavlja mu nekakve posebne dvojbe. U nastavku ovoga rada više bih pažnje posvetio pojedinim pravnim pitanjima u vezi utvrđenja radi li se o dokazu koji je nezakonit ili se radi o zakonitom dokazu, a u kojima je sudbena vlast u posljednje vrijeme svojim recentnim odlukama dala odgovore.

⁵ Ovo pitanje u značajnoj mjeri biti će naglašeno stupa li na snagu predložena izmjena ZKP sa sadržajem sedme novele, koji između ostaloga predviđa da prvo više ne bi postojalo neformalni informativni razgovor sa osumnjičenikom, već bi odmah to bio formalizirano ispitivanje kako se provodi prema okrivljeniku sa svim procesnim upozorenjima. Greška policijskog djelatnika u tome dijelu mogla bi rezultirati nastavkom razgovora bez valjanih procesnih upozorenja, čime će taj razgovor imati biti smatran nezakonitim dokazom, a zatim i svi dokazi za koje je policija saznala upravo iz takvog razgovora.

4.1. NEČOVJEČNO POSTUPANJE PRI PRIKUPLJANJU DOKAZA

Pokušamo li ova pitanja strukturirati prema kategorijama utvrđenja nezakonitog dokaza u čl. 10. st. 2. ZKP/08, onda uvodno valja reći da je u posljednje vrijeme samo u jednom predmetu bilo problematizirano pitanje zakonitosti dokaza (obrane optuženika) zbog tvrdnje da je dokaz pribavljen nečovječnim postupanjem tijekom boravka okrivljenika u Policijskoj upravi zagrebačkoj.

Radi se o predmetu koji je proistekao po dopuštenoj obnovi postupka nakon presude Europskog suda za ljudska prava Mađer protiv Hrvatske, kojom presudom je u odnosu na ranije provedeni kazneni postupak u kome je optuženi Mađer bio proglašen krivim, utvrđeno da je u odnosu na optuženog Mađera došlo do povrede čl. 6. (pravo na pošteno suđenje) i čl. 3. (zabrana mučenja) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu Konvencije).

U ponovljenom postupku prvostupanjski sud, polazeći od utvrđenja kako su ona istaknuta u presudi Europskog suda za ljudska prava, utvrdio je da je obrana okrivljenika, koja je korištena kao dokaz u ranijoj presudi, rezultat postupanja tijela koje je u tom trenutku vodilo postupak (policija) za koje postupanje je Europski sud za ljudska prava utvrdio da se radi o postupanju koje predstavlja nečovječno postupanje, a koje je kao takvo zabranjeno čl. 3. Konvencije. Sud je utvrdio da je zabrana nečovječnog postupanja pri pribavljanju dokaza – obrane optuženika sankcionirana nezakonitošću dokaza i odredbama Ustava Republike Hrvatske kao i odredbom čl. 6. ZKP/08, što kao posljedicu ima utvrđenje nezakonitim dokaza u smislu čl. 10. st. 2. toč. 1. ZKP/08.

U ovom predmetu nije bilo sporno pitanje nezakonitosti dokaza i posljedično izdvajanja kao nezakonitog dokaza obrane optuženika iznesene pred redarstvenim vlastima u nazočnosti branitelja. Međutim, u odnosu na ovu odluku postavilo se pitanje doktrine plodova otrovane vočke i postojanja razloga za izdvajanja ostale dokazne građe na kojoj bi po prijedlogu državnog odvjetnika bila temeljena sudska odluka o krivnji optuženika, tj. jesu li ostali dokazi do kojih je tužitelj došao rezultat doktrine plodova otrovane vočke, da li je okrivljenik tijekom ispitivanja za koje je utvrđeno da je tom prilikom bio podvrgnut nečovječkom postupku ukazao na to gdje se nalaze drugi mogući dokazi, a koji će po prijedlogu tužitelja nakon što su pribavljeni biti izvedeni i poslužiti kao temelj za odluku o krivnji optuženika.

U tome dijelu predmet se nalazi *sub judice*, tj. prvostupanjski sud još uvijek provodi postupke provjeravajući navod tvrdnje obrane koji su predložili izdvajanje ostale dokazne građe uz argumentaciju da je cjelokupna dokazna građa, odnosno njen značajan dio pribavljen na temelju obrane okrivljenika iznesene pred policajcima, a koju obranu je okrivljenik iznosio tijekom postupka prema njemu za koji je pravomoćno utvrđeno da predstavlja nečovječno postupanje.

Širu elaboraciju zbog čega se postupanje policije prema optuženiku od trenutka njegovog uhićenja pa do trenutka kada je iznosio svoju obranu imalo smatrati nečovječnim može se naći u presudi Europskog suda za zaštitu ljudskih prava Mađer protiv Hrvatske, ali jednako tako i u prvostupanjskoj odluci Županijskog suda u Velikoj Gorici od 13. siječnja 2015. godine broj K-10/14, koja odluka je potvrđena rješenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-110/15 od 10. ožujka 2015. godine.

4.2. POVREDA PRAVA OBRANE

Puno češći slučaj problematiziranja zakonitosti dokaza odnosi se na pitanje utvrđenja radi li se o dokazu koji je pribavljen povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života.

U odnosu na tvrdnju o dokazima koji bi bili pribavljeni povredom Ustavom, zakonom i međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, u posljednje vrijeme brojni su zahtjevi da se utvrde nezakonitim dokazi koji se odnose na zapisnike o ispitivanju svjedoka ili suoptuženika od strane državnog odvjetnika tijekom istrage, a o kojem ispitivanju nisu obaviješteni odnosno nisu pozvani sami okrivljenici ili njihovi branitelji.

4.2.1. OBAVJEŠTAVANJE OBRANE O PROVOĐENJU DOKAZNIH RADNJI

U tim predmetnima okrivljenici osobno i putem svojih branitelja problematiziraju zakonitost tako pribavljenog dokaza od državnog odvjetnika tvrdeći da je on pribavljen povredom Ustava Republike Hrvatske, pri

čemu se pozivaju na ustavnu normu iz čl. 29. st. 2. al. 6. Ustava Republike Hrvatske, a koja norma ima svoje oživotvorenje i u Zakonu o kaznenom postupku, koja propisuje da je pravo "osumnjčenika, okrivljenika ili optuženika", dakle izdvajajući osobu osumnjčenika i osobe protiv koje se još ne vodi istraga ili je istraga u tijeku, ali još nije potvrđena optužnica kada bi stekao svojstvo optuženika, "da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe".

Zahtjevi za utvrđenje ovih dokaza nezakonitim utemeljeni su na zaključku da u toj fazi postupka oni kao osumnjčenici odnosno okrivljenici imaju pravo zajamčeno Ustavom Republike Hrvatske ispitati i dati ispitati svjedoke optužbe (pri čemu se misli i na ispitivanje suoptuženika koji terete suoptuženike), a koje pravo im je neobavještavanjem o provođenju ovakvih radnji uskraćeno, time da ih državni odvjetnik ne obavještava o provođenju ove dokazne radnje čak i u situacijama kada se to posebno zahtijeva ne udovoljavajući takovom njihovom traženju.

U odnosu na ovu problematiku Vrhovni sud Republike Hrvatske u brojnim svojim odlukama izrazio je jasan, nedvosmislen i nepodijeljen stav da se takovi dokazi zbog ovako obrazloženih razloga povrede prava na obranu ne mogu smatrati nezakonitim dokazima.

Argumentacija za ovakav stav Vrhovni sud Republike Hrvatske iznio je u svojim odlukama kada navodi da pitanje prava osobe protiv koje se vodi postupak da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe ustvari se odnosi na pitanje pravičnog suđenja i na oživotvorenje tzv. konfrontacijske klauzule. Pritom se misli da je nedopustivo presudu temeljiti na dokazima za koje nije omogućeno osobi koja je takovom presudom proglašena krivom da ispita i daje ispitati svjedoke koji su ga teretili, u kojem slučaju bi se svakako radilo o povredi prava iz čl. 6. Konvencije na pravično suđenje.

Međutim pitanje pravičnog postupka valja sagledavati u kontekstu ocjene pravičnosti postupka u cjelini. Pri tom zakonodavac sastavljaajući norme Zakona o kaznenom postupku posebno je vodio računa o potrebi pravičnog postupka, osobito u kontekstu novoinaugurirane u ZKP/08 tzv. državnoodvjetničke istrage, tj. u situaciji kada jedna stranka iz kaznenog postupka sama provodi istragu i prikuplja dokaze.

Svrha državnoodvjetničke istrage je prikupljanje dokaza da bi državni odvjetnik kao jedna od stranaka u kaznenom postupku - ovlašteni tužitelj, mogao ocijeniti da li postoji dovoljno dokaza koji bi opravdali zaključivanje o postojanju osnovane sumnje da je određena osoba počinila određeno kazneno djelo pokušavajući svoje tvrdnje argumentirati izvedenim dokazima u sastavljanju optuženice, odnosno u postupku potvrđivanja optužnica.

Postavilo se pitanje da li se može ocjenjivati pravičnost postupka kao cjeline ocjenjujući pitanje pravičnosti u pojedinim fazama kaznenog postupka koje moguće prerastaju iz jedne faze postupka u drugu višu fazu, tj. iz faze istrage u fazu rasprave.

O tom pitanju odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kako je ranije istaknuto, nepodijeljeno polaze od toga da pravičnost kaznenog postupka valja promatrati kao cjelinu. Sudski postupak se smatra pokrenutim pravomoćnošću rješenja o provođenju istrage i tada postupak vodi državni odvjetnik, tj. sama stranka u kaznenom postupku i eventualni propusti u njegovom postupanju ne mogu predstavljati povredu prava na pravični postupak, jer kada govorimo o postupku tada to treba biti postupak koji se vodi pred sudom, a ne jednostrani stranački postupak. Upravo stoga se pravičnost postupka i ima sagledavati samo kada postupak bude okončan, tj. kada će ga se moći sagledati u cjelini. Upravo u tom svjetlu, promatrajući pravičnost u odnosu na postupak u cjelini, valja sagledavati i odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Pri tome Vrhovni sud Republike Hrvatske polazi od norme teksta Zakona o kaznenom postupku koji državnom odvjetniku ne nameće obavezu na obavještavanje ili pozivanje okrivljenika i branitelja tijekom provođenja pojedinih dokaznih radnji, a koja provodi on sam (izuzev slučaja iz čl. 213.a i čl. 234. ZKP/08). Upravo stoga, kako takove obaveze nisu izrijekom propisane u ZKP-u, to ovo nepozivanje i neobavještavanje, pa čak i kada je posebno zatraženo, samo po sebi ne rezultira utvrđenjem da bi takvi dokazi bili nezakoniti zbog neobavještavanja tj. uskrate prava na branitelja. Vrhovni sud u svojim odlukama otklanja prigovore povrede prava na pravično suđenje u opisanim situacijama utvrđujući da je postupak državnog odvjetnika stranački postupak i tek rasprava predstavlja kontradiktornu formu u kojoj je moguće sagledati povredu tzv. konfrontacijskog prava što bi rezultiralo utvrđenjem postupka koji nije pravičan. Postupanjem državnog odvjetnika tijekom istrage kako je to opisano nije isključeno niti onemogućeno pravo okrivljenika da ispituje i daje ispitati svjedoke optužbe i to u punoj mjeri, međutim to pravo, sagledavajući postupak u cjelini, okrivljenik i njegov branitelj ostvaruju u kontradiktornom postupku na raspravi pred sudom.

Nerijetko se dešava da kazneni postupak niti ne dođe u raspravnu fazu pred sud pa da prema tome već na temelju tako prikupljenih dokaza državni odvjetnik zaključi kako nema dokaza o postojanju osnovane sumnje da bi bilo počinjeno kazneno djelo. U situaciji ukoliko optužnica bude potvrđena, tada iskazi koji su svjedoci ispitani u nekontradiktornoj formi iznijeli pred državnim odvjetnikom nikada i ni u kojem slučaju ne mogu biti jedini temelj za donošenje osuđujuće presude protiv okrivljenika. O tome izrijeком govori norma propisana u čl. 431. st. 2. ZKP/08⁶. Prema tome kako se radi o situaciji da pitanje pravičnosti postupka valja sagledavati u cjelini postupka te kako iskazi svjedoka za koje okrivljenik ili osumnjičenik nije imao prilike da ih ispita ne mogu biti jedina osnova za donošenje osuđujuće presude, to njihovo nepozivanje na ispitivanje svjedoka u fazi istrage ne predstavlja povredu prava na pravično suđenje, već bi takova povreda postojala tek ako bi presuda bila utemeljena na takovim dokazima pa da na raspravi svjedoci nisu ponovili ono što su istakli tijekom istrage.

4.2.2. NAZOČNOST BRANITELJA RADNJI PREPOZNAVANJA

Pitanje povrede zajamčenih prava obrane odnosno povrede prava na branitelja moguće je sagledati i u okviru problematiziranja zakonitosti radnje prepoznavanja kada je okrivljenik osoba koju se prepoznaje, a provođenjem takove radnje nije nazočan njegov branitelj.

Iako Direktiva 2013/48/EU o pravu na pristup branitelja u kaznenom postupku (u daljem tekstu Direktiva) u čl. 3. koji govori o pravu na pristup odvjetnika u kaznenom postupku izrijeком nalaže da se radi osiguranja minimalnih prava osumnjičenika traži da njegov odvjetnik prisustvuje, između ostalog, i radnji prepoznavanja, tekst ove Direktive dolazi u obzir za primjenu izravno tek nakon 27. studenog 2016. godine koji je bio krajnji rok za obaveznu implementaciju teksta Direktive u unutarnje zakonodavstvo Republike Hrvatske. Do tog datuma državama članicama Europske unije bilo je dato pravo za izmjenu legislativnih okvira, ali istovremeno i obveza izmjene domaćeg zakonodavstva radi usklađenja sa odredbama navedene Direktive. Republika Hrvatska to usklađenje u zadanim rokovima nije provela pa je *de lege lata* u tekstu Zakona o kaznenom postupku u normama 301 toč. 6. ZKP/08 bilo propisano u odnosu na radnju prepoznavanja da je prije prepoznavanja koje obavlja svjedok, tijelo koje obavlja radnju prepoznavanja tog svjedoka dužno upozoriti na odredbu čl. 288. st. 2. i 3. ZKP/08, a ako takovu radnju obavlja okrivljenik, dati mu upozorenja iz čl. 273. ZKP/08. Kako je vidljivo, naše zakonodavstvo u ovom trenutku uopće ne spominje bilo kakva prava osoba koje stoje u liniji prepoznavanja i objekt su prepoznavanja i *de lege lata* još uvijek ne određuje bilo kakve obaveze tijela koje provodi radnju prepoznavanja prema osobama koje se prepoznaje, a osobito ne obavezu obavješćavanja i nazočnosti branitelja osumnjičeniku koji se nalazi u liniji prepoznavanja i u odnosu na kojega se provodi ta radnja, iako tako nešto Direktiva nalaže. Prema tome za radnje prepoznavanja koje bi bile provedene prije proteka roka unutar kojega je Hrvatska bila obavezna implementirati Direktivu o pitanju nezakonitosti radnje prepoznavanja zbog nenazočnosti branitelja u smislu čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08 moglo bi se govoriti samo u situacijama da je osumnjičenik koji se nalazi u liniji prepoznavanja izričito zahtijevao da toj radnji bude prisutan njegov odvjetnik. Ako takovog njegovo izričitog zahtjeva nije bilo, tada je radnja obavljena zakonito, sukladno odredbama postojećeg zakonodavstva.

Međutim potpuno je drugačija situacija nakon proteka roka za obaveznu implementaciju teksta Direktive. Nakon proteka roka, tj. nakon proteka 27. studenog 2016. godine, tijela koja primjenjuju odredbe Zakona o kaznenom postupku dužna su voditi računa o tekstu ove Direktive, koji tekst je nacionalnim zakonodavstvom moralo biti ugrađeno u nacionalne zakone. Takva implementacija teksta Direktive u Republici Hrvatskoj nije učinjena, već se izmjene zakonodavstva u tome smislu tek sada nalaze u fazi donošenja ZID Zakona o kaznenom postupku u koji tekst su ugrađene i odrednice Direktive, ali koji tekst je prošao tek prvo čitanje u Hrvatskom saboru. U takvoj zakonodavnoj situaciji obaveza je tijela koja primjenjuju odredbe Zakona o kaznenom postupku tekst Direktive primjenjivati kao dio unutarnjeg zakonodavstva/prava i to stoga što Republika Hrvatska protekom određenog roka za njenu implementaciju zadanu obavezu implementacije teksta Direktive u nacionalno zakonodavstvo nije učinila. Pa prema tome obveza postupanja propisana u

⁶ „Ako dokazna radnja ispitivanja svjedoka ili vještaka nije provedena na način propisan člankom 234. i 235. ovog Zakona, ti se zapisnici mogu pročitati, ali se samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda.“

ovoj Direktivi predstavlja sada dio unutarnjeg zakonodavstva i ima se primjenjivati neovisno o tome da li se osoba na koju se Direktiva odnosi na nju pozvala ili nije. U protivnom, možemo govoriti o povredi prava na obranu zajamčenu međunarodnim pravom, zbog čega bi ovaj dokaz mogao potencijalno postati nezakonit u smislu čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08.

4.3. DOKAZ PRIBAVLJEN PROVOĐENJEM POSEBNIH DOKAZNIH RADNJI

Poseban problem u ocjeni zakonitosti dokaza pojavio se u odnosu na dokaze pribavljene provođenjem posebnih dokaznih radnji. Samo radi podsjećanja ponovit ću da je u čl. 332. ZKP/08 propisano da posebne dokazne radnje nalaže sudac istrage nalogom i to na traženje državnog odvjetnika, ali samo ako su ispunjene dvije temeljne pretpostavke, tj. ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili to bilo povezano s nerazmjernim teškoćama te ako postoji osnova sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo iz kataloga. Uvjet koji je istaknut u odredbi čl. 332. da se posebne dokazne radnje određuju protiv određene osobe sudska praksa je istumačila da pojam određene osobe može biti i NN osoba u situacijama kad se provodi nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu u odnosu na određeni telefonski broj koji u prvo vrijeme koristi NN osoba⁷. Stav je sudske prakse da se takav nalog izdaje uz utvrđenje postojanja osnova sumnje da upravo ta NN osoba, čiji je identitet još uvijek nepoznat počinila kazneno djelo iz kataloga te da se dokazi na drugi način ne bi mogli prikupiti ili bi to bilo povezano sa nerazmjernim teškoćama. No, kako je zakonodavac vremenski ograničio trajanje ovih posebnih dokaznih radnji, prema uvriježenoj praksi onog trenutka kada se sazna o kojoj osobi se radi, na traženje državnog odvjetnika izdaje se novi nalog koji je usmjeren upravo protiv te određene osobe, a duljina trajanja naloga protiv te osobe čiji identitet se utvrdio kasnije, povezuje se za prvo izdavanje naloga kada je ta osoba još bila označena kao NN osoba, a sve kako bi ove posebne dokazne radnje bilo provođenje protiv određene osobe samo u rokovima kako ih je odredio zakonodavac.

U članku 335. u st. 1. ZKP/08 propisan je sadržaj naloga koga izdaje sudac istrage, a u istom članku u st. 3. propisana je dopuštena duljina trajanja ovih mjera sa mogućnosti njihovog produljenja. Zakonodavac u odredbi čl. 335. st. 8. ZKP/08 propisuje *ex lege* da se ima smatrati nezakonitim dokaz, tj. da se presuda ne može utemeljiti na dokazu koji je rezultat posebnih dokaznih radnji koje su poduzete protivno odredbi čl. 332. ZKP/08. Već je ranije istaknuto da odredba čl. 332. u st. 1. ZKP/08 propisuje uvjete kada je moguće izdati nalog za posebne dokazne radnje, koje su to dokazne radnje, iznimku kada pojedine od njih može odrediti sam državni odvjetnik uz potrebu kasnije konvalidacije, te sadrži odredbu da izvršenje posebnih dokaznih radnji iz toč. 5. i 6., tj. uporaba prikrivenog istražitelja i pouzdanika i simulirana prodaja ili otkup ne smiju predstavljati poticanje na počinjenje kaznenog djela.

Unatoč ovako jasno datoj odrednici, kada se određeni dokazi *ex lege* imaju smatrati nezakonitim, vrlo često to nije tako jednostavno odrediti. Često u kaznenom postupku problematizira se pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih u odnosu na drugu osobu, a ne na onu prema kojoj je nalog izdan odnosno u odnosu na neko drugo kazneno djelo, a ne u odnosu na ono za koje je nalog izdan.

Radi se o tzv. slučajnom nalazu i dok je ZKP/97 u čl. 182. propisivao da će se tako zabilježeni podaci i obavijesti prepisati i dostaviti državnom odvjetniku, bez naznake mogućnosti njihovog korištenja kao zakonitog dokaza, odredbe ZKP/08 u odnosu na tzv. slučajni nalaz daju drugačiju odrednicu. Odredba u čl. 335. st. 6. ZKP/08 izrijekom propisuje da se tako zabilježeni dokazi "mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku za to kazneno djelo". Naravno i u ovom slučaju postoji ograničenje u korištenju takovih dokaza. Oni ne mogu biti upotrijebljeni kao zakonit dokaz u odnosu na kaznena djela koja su izvan kataloga, već samo za kaznena djela za koje bi i inače bilo moguće zatražiti i izdati nalog za provođenje posebnih dokaznih radnji, a koji katalog kaznenih djela se nalazi u čl. 334. ZKP/08.

Također, često se postavlja kao pitanje, pa time i dvojbe u odnosu na rezultate provođenja posebnih dokaznih radnji i zakonitosti prikupljenih dokaza na taj način, a tiču se „drug osobe“ koja nije obuhvaćena nalogom o provođenju posebnih dokaznih radnji. I u odnosu na te osobe, ako se radi o kaznenom djelu za

⁷ čl. 332. st. 9. ZKP/08 – „U slučaju kad se ne raspolaže saznanjima o identitetu sudionika kaznenog djela, radnja iz stavka 1. točke 8. ovog članka može se odrediti prema predmetu kaznenog djela.“

koje bi inače bilo moguće izdati nalog o provođenju posebnih dokaznih radnji, uvijek i u svakom slučaju tako prikupljeni dokazi primjenom odredbe čl. 335. st. 6. mogu biti upotrijebljeni kao dokaz u kaznenom postupku i protiv druge osobe.

4.3.1. KVALITETA OBRAZLOŽENJA NALOGA

Poseban problem pojavio se u prigovorima kada obrana osporava zakonitost prikupljenih dokaza provođenjem posebnih dokaznih radnji na temelju naloga suca istrage, tvrdeći da bi se radilo o dokazima koji su ex lege nezakoniti, a kao razlog nezakonitosti izdvajaju postupanje suca istrage suprotno zakonu, tj. u tvrdnji da nije udovoljeno zahtjevu ZKP-a da obrazloženje naloga u sebi kvalitetno dade razloge za izdavanje takovog naloga, tj. kvalitetno navede utvrđenja suda da se na drugi način dokazi nisu mogli prikupiti ili da bi to bilo povezano sa nerazmjernom teškoćom odnosno da postoji osnova sumnje u odnosu na određenu osobu da je počinila kazneno djelo iz kataloga.

U odnosu na ovo pitanje sudska praksa i brojne odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske bile su nepodijeljenog stava da se ne može raditi o dokazu koji bi ex lege bio nezakonit, obrazlažući to utvrđenjem da zakonodavac ovaj eventualni propust u poštivanju odredbi Zakona o kaznenom postupku nije sankcionirao utvrđenjem da bi takav dokaz bio ex lege nezakonit. Ovu procesnu sankciju zakonodavac predviđa samo za postupanje suprotno traženju iz čl. 332. ZKP/08, a o tome što mora sadržavati obrazloženje takovog naloga sadržano je u odredbi čl. 335. st. 1. ZKP/08 da zakonodavac ne sankcionira kao nezakoniti dokaz.

Kako je u uvodnom dijelu ovoga rada istaknuto, da bi neki dokaz bio smatran ex lege nezakonitim potrebno je da se utvrdi postupanje koje bi bilo protivno zakonu te nakon toga da je u samom zakonu navedena izričita volja zakonopisca da takovo postupanje koje je protivno zakonu sankcionirano utvrđenjem da se radi o nezakonitom dokazu.

4.3.2. POVREDA ČLANKA 8. KONVENCIJE⁸ ISTOVREMENO I POVREDA PRAVA NA PRIVATNOST ZAJAMČENE USTAVOM REPUBLIKE HRVATSKE

Međutim kroz posljednje odluke Europskog suda i to odluke Dragojević protiv Hrvatske odnosno Bašić protiv Hrvatske ova problematika postavila se na posve drugačiju razinu i sa toga aspekta u posljednje vrijeme ističu se i drugačiji zahtjevi i za utvrđenje dokaza nezakonitim prikupljenim, ako je on rezultat provođenja posebnih dokaznih radnji u situaciji kada je izostalo kvalitetno/dostatno obrazloženje naloga od strane suca istrage.

U čitavom nizu predmeta, a što je bio slučaj i u predmetu Dragojević kao i u predmetu Bašić, obrana je problematizirala zakonitost prikupljenih dokaza provođenjem posebnih dokaznih radnji, a koje radnje su se ticale nadzora i tehničkog snimanja i telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, obrazlažući to time da je došlo do povrede prava na privatnost, a time i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života koje se također navodi kao jedan od razloga za utvrđenje dokaza nezakonitim u čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP.

4.3.2.1. Dosadašnja praksa sudova u Republici Hrvatskoj

Na tako istaknute prigovore Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojim odlukama propitivao je opravdanost izdavanja naloga, ali u kasnijoj fazi postupka, tj. onda kada je takav prigovor istaknut. Naime tek kasnije, tijekom postupka koji je započeo⁹, stranka je saznala da su u odnosu na nju bile odobrene posebne dokazne radnje, te da je njen telefonski broj bio nadziran. Stranka je tek sada u prilici, a što i čini, isticati da su dokazi koji su prikupljeni nezakoniti dokazi. Svoju tvrdnju argumentira obrazloženjem da je nalog suca istrage kojim je naloženo provođenje određene posebne dokazne radnje manjkavo/loše obrazložen. U dosadašnjoj praksi Vrhovni sud Republike Hrvatske na ovakve prigovore odgovarao je na način da se u takvoj procesnoj situaciji

⁸ pravo na privatni i obiteljski život, dom i dopisivanje

⁹ pravomoćnošću rješenja o provođenju istrage

drugostupanjski sud povodom ovako istaknutog prigovora na zakonitost pojedinog dokaza, pri ocjeni radi li se o nezakonitom dokazu dužan "vratiti u fazu odlučivanja suca istrage", tj. u fazu u kojoj je bio sudac istrage kad je donosio odluku o izdavanju ovog naloga. Sukladno takvom stavu sud pri ocjeni zakonitosti dokaza dužan je razmotriti zahtjev kojim je državni odvjetnik zatražio izdavanje posebnih dokaznih radnji te njegovu argumentaciju i ne upuštajući se u vrednovanje dokaza koji su pribavljeni kasnije provođenjem ovoga naloga, sud bi bio dužan ocijeniti da li su bili ostvareni uvjeti za izdavanje takovog naloga od suca istrage, te ukoliko je smatrao opravdanim izdavanje toga naloga, neovisno o tome što je obrazloženje naloga suca istrage bilo manjkavo/loše, sud bi u pomaknutoj fazi postupka utvrđivao da su postojali uvjeti za izdavanje takovog naloga pa samim time i nije povrijeđeno pravo na privatnost osobe čiji telefonski broj je bio nadziran. U protivnom, loše obrazloženi nalog suca istrage za provođenje posebnih dokaznih radnji, kako se radi o odluci protiv koje nije dopušten pravni lijek, vodio bi tužitelja u prikupljanje dokaza za koje bi mu unaprijed postojala svijest da će oni biti utvrđeni nezakonitima.

Takovu praksu prihvatio je i Ustavni sud Republike Hrvatske izraženo u odluci U-III-2781/2010 od 9. siječnja 2014. godine.

4.3.2.2. Stav Europskog suda za ljudska prava

Međutim Europski sud za ljudska prava, čiji stavovi, pa izraženi i u obrazloženju odluka su izvor prava, istakao je da pitanje zaštite prava na privatnost nije samo pitanje zaštitne kategorije zaštićene Ustavom Republike Hrvatske, već se radi o potencijalno mogućoj povredi odredbe čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Naime Europski sud za ljudska prava utvrđuje da nije sporno da prisluškivanjem telefona i tajnim nadzorom komunikacija dolazi do miješanja u pravo na poštivanje privatnog života zajamčenog čl. 8. Konvencije, pa da prema tome obzirom na opasnost da sustavom tajnog nadzora bude ugrožena ili uništena demokracija, a sve pod krinkom branjenja iste, Europski sud za ljudska prava utvrdio je da pri ocjeni radi li se o povredi odredbe čl. 8. Konvencije on mora biti uvjeren da postoje jamstva protiv zlouporabe takovih prava. Iz ovakvog stava Europskog suda za ljudska prava jasnim se iščitava i stav koji je kasnije eksplicite izražen u presudi Dragojević protiv Hrvatske da retroaktivna ocjena opravdanosti postojanja potrebe za izdavanjem takovog naloga nije dopuštena. Europski sud za ljudska prava navodi da u "zaobilaženje tog zahtjeva retroaktivnim opravdanjem koje su uveli sudovi ne može se osigurati odgovarajuća i dostatna zaštita od potencijalne zlouporabe, jer otvara vrata proizvoljnosti time što dozvoljava provođenje tajnog nadzora suprotno postupku koji je predviđen u mjerodavnom pravu".

Sud dalje ističe da kako se nesporno radi o povredi konvencijskih prava (čl. 8. Konvencije) te kako osobi kojoj su ta prava povrijeđena zakonodavstvom nije pružena odgovarajuća zaštita, naznačava kako mjerodavno domaće pravo nije bilo jasno u pogledu opsega ili načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene sudovima te posebice u praksi da nije osiguravalo odgovarajuće mjere za zaštitu od raznih mogućih zlouporaba. Sud zaključuje da u situacijama kada obrazloženje naloga suca istrage za provođenje posebnih dokaznih radnji u svome obrazloženju ne sadrži nužno – obrazloženje postojanja osnovane sumnje i obrazloženje da se dokazi na drugi način nisu mogli prikupiti - postupak nalaganja i nadziranja provođenja mjere, konkretno prisluškivanja telefona, nije bio u potpunosti u skladu sa pretpostavkama zakonitosti niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo prisluškivane osobe na poštivanje njegova privatnog života, a što je nužno u demokratskom društvu, zbog čega Europski sud za ljudska prava utvrđuje da je došlo do povrede čl. 8. Konvencije.

Identičan stav ovoj odluci izražen je i u odluci Bašić protiv Hrvatske.

Ovakva praksa Europskog suda za ljudska prava nužno bi morala dovesti i do drugačijeg sagledavanja mogućih odgovora na istaknuti problem pitanja nekvalitete obrazloženja naloga sudaca istrage za provođenje posebnih dokaznih radnji.

Pregledom odluka donesenih u posljednjih godinu dana u odnosu na problematiziranje pitanja zakonitosti dokaza pribavljenih posebnim dokaznim radnjama, a zbog navodnih manjkavosti u obrazloženju naloga suca istrage, Vrhovni sud Republike Hrvatske odgovarajući na ove navode u pretežitom broju slučajeva zauzeo je stav da količina obrazloženja kakva postoji u nalogu je dostatna da opravda nužne uvjete za izdavanje ovoga naloga, tj. sud je utvrdio da se dostatno obrazlaže postojanje osnova sumnje da je određena

osoba počinila kazneno djelo kao i utvrđenje da bi prikupljanjem dokaza na drugi način bilo nemoguće ili u znatnoj mjeri otežano, zbog čega tvrdnja stranaka da su rezultat ovako provedenih dokaznih radnji nezakoniti dokazi zbog povrede prava na privatnost zaštićene Ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim pravom (čl. 8. Konvencije) su otklanjane kao netočne. Točno je da su suci istrage u tim obrazloženjima prihvaćali argumentaciju istaknutu po državnom odvjetniku u obrazloženju prijedloga za izdavanje naloga. Kako Zakon o kaznenom postupku ne predviđa drugi oblik i mogućnost provjere i prikupljanja dokaza radi izdavanja ovih naloga sudu osim prihvaćanja ili neprihvaćanja, bez posebne provjere, obrazloženih navoda istaknutih u samom prijedlogu za izdavanje posebnih dokaznih radnji, to nije preostalo drugo nego da podastrete obrazložene dokaze državnog odvjetnika navedene u prijedlogu za izdavanje ovog naloga vrednuje i nakon toga, ukoliko smatra da su ti dokazi opravdani, pretoči u obrazloženje svoga naloga utvrđujući da se radi o dostatnoj količini dokaza za osnove sumnje te utvrđujući da bi prikupljanje dokaza na drugi način bilo u značajnoj mjeri otežano.

Međutim bilo je i odluka u kojih Vrhovni sud Republike Hrvatske pozivajući se na svoje ranije zauzeto stajalište upućuje prvostupanjski sud, ukidajući odluku u odnosu na pitanje zakonitosti dokaza da u ponovljenom postupku sukladno ranijoj praksi propita da li su dokazi koje je podastro državni odvjetnik u prijedlogu za izdavanje naloga dostatni da opravdaju zaključke kako je ranije izloženo, kako bi nakon toga sud mogao stvoriti svoj stav o tome da li se radi o povredi prava na privatnost ili ne.

4.3.2.3. Što sutra?

U takovoj situaciji kada sud zaključi da doista u nalogu kako ga je izdao sudac istrage nije da stav suda odnosno dostatno obrazloženje o postojanju dvaju nužnih elemenata koji moraju biti utvrđeni (i obrazloženi) za izdavanje ovog naloga, mišljenja sam da obzirom na jasno izražene stavove Europskog suda za ljudska prava o pitanju povrede čl. 8. Konvencije zbog nedostatnog obrazloženja naloga suca istrage, sudovi više ne bi mogli *a priori* upuštati se u retroaktivnu ocjenu takvog zahtjeva te u toj situaciji upravo radi izbjegavanja mogućih zlouporaba, kako to sugerira Europski sud za ljudska prava, morali bi poći od pretpostavke da su prikupljeni dokazi provođenjem mjera tajnog nadzora kao rezultat posebnih dokaznih radnji, a za koje u nalogu suca istrage nije izneseno dostatno obrazloženje, neovisno o tome što u trenutku provođenja tih mjera osoba nad kojom su provođenje nije imala spoznaju o sadržaju obrazloženja, mora biti podvrgnuto puno strožoj kontroli negoli bilo to do sada. Sugeriram da u promijenjenom stavu sudovi, utvrde li da nalog doista ne sadrži dostatno obrazloženje za postojanje osnova sumnje odnosno utvrđenje da se dokazi ne bi mogli pribaviti na drugi način ili bi to bilo povezano sa nerazmjernim teškoćama, utvrde da se radi o povredi iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP zbog čega bi takav dokaz moguće bio nezakonit.

Naime, u tome dijelu valja voditi računa da je sam zakonodavac u odnosu na utvrđenu nezakonitost dokaza zbog razloga naznačenih u čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08 predvidio mogućnost „osnaživanja“ takvih dokaza na način kako je to propisano u čl. 10. st. 3. ZKP/08.

Zakonodavac je u čl. 10. st. 3. ZKP/08 propisao da dokazi za koje bi se utvrdilo da su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života ipak mogu biti zakoniti dokazi, ali pod uvjetom da budu ostvarene određene pretpostavke. Pri tome potrebno je utvrditi (1) da se radi o dokazu pribavljenim zbog potreba dokazivanja kaznenog djela za koje se postupak vodi pred županijskim sudom, (2) da se radi o posebno teškom obliku tog kaznenog djela, te nakon toga (3) da sud ocijeni da li pretežu interesi kaznenog progona i kažnjavanja takovog počinitelja nad potrebom zaštite prava na privatnost takve osobe.

Ovaj instrumentarij pravomoćno je primijenjen u vrlo ograničenom broju slučajeva do sada, tj. samo u dva navrata Vrhovni sud Republike Hrvatske dopustio je da se primjenom odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08 dokazi za koje je utvrđeno da su pribavljeni povredom zajamčenih prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života zaštićenog Ustavom, zakonom i međunarodnim pravom ipak smatraju zakonitim dokazom. Već je poznata odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-Us 6/14 donesena 21. siječnja 2014. godine. Ta odluka odnosila se na kazneno djelo iz čl. 339. st. 2. Kaznenog zakona, a u samoj odluci elaborirani je stav Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji je ocijenio da se u konkretnom slučaju stječu svi elementi koji omogućavaju „konvalidaciju“ tako pribavljenog dokaza (snimanje nejavnog razgovora bez da je osoba koja je

snimana znala za činjenicu snimanja) te istovremeno utvrdilo da interes kaznenog progona u značajnoj mjeri preteže nad interesom zaštite privatnosti snimane osobe.

Druga takova odluka znatno je novijeg datuma. Radi se o odluci broj I Kž-Us 72/16 od 2. ožujka 2017. godine kojom odlukom je Vrhovnog suda Republike Hrvatske potvrdio stav prvostupanjskog suda, a time i njihovu odluku o zakonitosti dokaza, a radilo se o tajno snimanoj video snimci. I u tom slučaju radilo se o kaznenom djelu iz nadležnosti županijskog suda (čl. 333. st. 1. i 2. KZ/97) i to njegovom posebno teškom obliku, a Vrhovni sud Republike Hrvatske prihvatio je argumentaciju prvostupanjskog suda da interesi kaznenog progona za ovo kazneno djelo u značajnoj mjeri nadilaze i potrebu zaštite privatnosti osobe koja je snimana povredom načela zabrane povrede prava privatnosti.

Ovakvim restriktivnim i ograničenim pristupom u primjeni odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08 mogao bi se tražiti odgovor i na pitanje utvrđenih povreda prava na zaštitu privatnosti osoba snimanih na temelju sudskih naloga koji nisu kvalitetno obrazloženi.

Naravno tako nešto ne bi moglo biti primjenjivano automatizmom i uvijek, u kojem slučaju bi to značilo izbjegavanje kogentnih zakonskih normi odnosno izričito izraženog stava u presudama Europskog suda za ljudska prava. Primjena ove odredbe nikada ne bi mogla doći u kaznenim postupcima koji se vode pred općinskim sudom. Dakle ova norma bi mogla doći u primjenu samo za kaznene postupke koji se vode pred županijskim sudom i to ako se radi o naročito teškim kaznenim djelima, a zadaća bi suda u svakom konkretnom i pojedinom predmetu bila da ocjenjuje da li u pojedinom slučaju preteže interes kaznenog progona određene osobe ili interes zaštite njegovog prava na privatnost i prava na kvalitetno obrazložen nalog suca istrage o provođenju posebnih dokaznih radnji.

Naravno sve ove dvojbe što se tiče kvalitete obrazloženja naloga suca istrage potpuno bi bile izlišne u situaciji kada bi ti nalozi bili kvalitetnije pisani¹⁰. Točno je da zakonodavac ne sankcionira nezakonitošću dokaza dokaz pribavljen na temelju nekvalitetno obrazloženog naloga suca istrage za provođenjem posebnih dokaznih radnji, međutim sankcija za takvo postupanje ukoliko bi sudbena vlast i tolerirala takove naloge kao što je to činila do sada, dolazi u odnosu na Republiku Hrvatsku na temelju presuda Europskog suda za zaštitu ljudskih prava. U tim presudama nakon što je utvrđeno da nije nastupila povreda čl. 6. Konvencije (pravo na pravičan postupak), ali je utvrđeno postojanje povrede čl. 8. Konvencije (pravo na zaštitu privatnosti), Sud obavezuje Republiku Hrvatsku na plaćanje naknade štete. Nije mi teško u ovom trenutku zamisliti situaciju koja bi se mogla desiti već sutra da u situacijama kada je Republika Hrvatska obavezana platiti štetu određenoj osobi zbog postupanja sudaca istrage koji se nisu držali obaveze pri izradi obrazloženja naloga kako im je ona navedena u Zakonu o kaznenom postupku, a to je potreba da obrazlože svoje naloge pri određivanju posebnih dokaznih radnji kvalitetno u pogledu utvrđenja postojanja osnova sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo odnosno utvrđenja da se dokazi na drugi način ne bi mogli prikupiti ili bi to bilo povezano s nerazmjernim teškoćama, već sutra da Republika Hrvatska u odnosu na takve suce, zbog grubog propusta u radu /postupanje suprotno kogentnoj zakonskoj normi/ u odnosu na njih ustane civilnim tužbom za regresnu odgovornost u odnosu na iznos štete koju je Republika Hrvatska morala platiti osobi kojoj je Europski sud za zaštitu ljudska prava takovu štetu i dosudio.

4.4. DOKAZNA RADNJA PROVJERE USPOSTAVLJANJA TELEKOMUNIKACIJSKOG KONTAKTA

Posebno pitanje u pogledu ocjene zakonitosti dokaza u posljednje vrijeme pojavilo se u odnosu na mogućnost primjene odredbe čl. 339.a ZKP/08 tj. dokazne radnje provjere uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta.

Ova dokazna radnja uvrštena je u tekst ZKP/08 tek V. novelom Zakona iz 2013. Godine, a izmijenjena je VI. novelom ZKP/08 objavljenom u Narodnim novinama broj 152 iz 2014. godine.

U odnosu na ovu dokaznu radnju, nakon što je ona uvrštena u tekst zakona, sa posebnim uvjetima zakonitosti za korištenje dokaza prikupljenih njenim provođenjem, u praksi su se pojavile određene dvojbe, prvenstveno zbog neprecizne interpretacije samog teksta zakona.

¹⁰ o manjkavosti kvalitete obrazloženja naloga govore presude Europskog suda za ljudska prava i odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji se sudovima sugerirao i sam provodio naknadnu kontrolu ispunjenosti uvjeta za izdavanje naloga

Uvodno valja istaći da je zakonodavac propisujući ovu posebnu dokaznu radnju kao *ratio legis* imao mogućnost odobravanja nadziranja telefonskih kontakata (bez ulaženja u sadržaj tog kontakta) u odnosu na registrirane vlasnike telekomunikacijskog sredstva, ali jednako tako i u odnosu na neregistrirane korisnike telekomunikacijskog sredstva. Ono što je važno ovdje uočiti, a što je u praksi prepoznato kao problem, da se ne radi o izjednačavanju (a) registriranog vlasnika ili (b) korisnika, nego da je u čl. 339 a st. 1. ZKP/08 ova mjera moguća u odnosu na osobu (a) koja je prijavljena kao korisnik kao i u odnosu na (b) tzv. *prepaid* pretplatnike u kojem slučaju su oni anonimni, ali su svakako korisnici telekomunikacijskog sredstva.

Prvotnim tekstom ove zakonske norme provođenje ove dokazne radnje bilo je dopušteno za sva kaznena djela za koja se kazneni postupak pokreću po službenoj dužnosti. Dakle, u svim situacijama kada je ovlašteni tužitelj državni odvjetnik on je mogao od suca istrage zatražiti davanje naloga za provjeru uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta. Međutim izmjenom iz 2014. godine od široko postavljenog prava državnom odvjetniku da traži provođenje ove dokazne radnje u odnosu na sva kaznena djela, zakonodavac je suzio opseg kaznenih dijela za koja je ova dokazna radnja koja ipak narušava pravo na privatnost pojedine osobe moguća, ograničivši to u st. 1. sada samo na kaznena djela koja se nalaze navedena u katalogu čl. 334. ZKP/08 (kaznena djela zbog kojih je moguće odrediti posebne dokazne radnje), te u odnosu na ostala kaznena djela, ali samo pod uvjetom ako se radi o kaznenim djelima za koja je propisana kazna zatvora teža od pet godina.

U odnosu na ova kaznena djela državni odvjetnik može zatražiti od suca istrage nalog za provjeru uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta samo pod uvjetom ako postoji sumnja da je određena osoba (registrirani vlasnik ili *prepaid* korisnik telekomunikacijskog sredstva) počinio kazneno djelo.

Iz ovakvog izričaja vidljivo je da je ovu mjeru moguće tražiti nakon što je kazneno djelo počinjeno, ali zakonodavac razinu sumnje za traženje ove dokazne radnje spušta ispod osnova sumnje na samo postojanje sumnje. Zakonodavac ni na jednom mjestu ne definira na koji način će biti utvrđivano da li se radi o sumnji, osnovama sumnje ili osnovanoj sumnji da je počinjeno kazneno djelo i ova kvantifikacija razine sumnje prepuštena je sudbenoj vlasti.

U odnosu na ovu dokaznu radnju jedna od novijih odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-US 150/15 od 19. siječnja 2017. godine izrijekom propisuje da se nezakonitim dokazom smatraju podaci prikupljeni od redarstvenih vlasti koji su pribavljeni protivno kogentnoj zakonskoj normi iz čl. 339.a ZKP/08 i to u vrijeme kada je ta norma već bila na snazi, pa je prema tome svako takovo prikupljanje ako bi se radilo u odnosu na kaznena djela gdje je propisana kazna zatvora blaža od pet godina bilo *a priori* nedopušteno, s iznimkom odredbe čl. 339.a st. 8. ZKP/08 gdje je propisano da će se smatrati zakonitom takova radnja ako se podaci pribavljaju u situacijama kada registrirani vlasnik ili korisnik komunikacijskog sredstva dade pisani pristanak za takovim pribavljanjem. Ovo pribavljanje pisanog pristanka u praksi najčešće će se odnositi na kazneno djelo prijetnje u kojim je za očekivati da osoba kojoj su prijetnje bile upućivane putem telefona da takav pisani pristanak redarstvenim vlastima kako bi oni mogli pribaviti podatke sa kojih brojeva je bio pozivan njen broj. Međutim ako takovog pisanog pristanka nema, a radi se o kaznenim djelima gdje je propisana kazna zatvora do pet godina, prikupljeni podaci od strane redarstvenih vlasti smatrat će se nezakonitim dokazom i mogu poslužiti jedino kao rezultat izvida za spoznajnu vrijednost, ali ne i kao dokaz.

Jednako tako nezakonitim dokazom smatrat će se prikupljeni podaci i u odnosu na kaznena djela navedena u katalogu čl. 334. ZKP/08, odnosno djela za koja je propisana kazna zatvora teža od pet godina, ako je takovo prikupljanje obavila policija isključivo na temelju ovlasti proizašlih iz Zakona o policiji bez naloga suca istrage. Naime takovo prikupljanje njima je moguće, ali ponovo samo u cilju izvida kaznenih djela. Ukoliko se takva dokazna građa namjerava koristiti u kaznenom postupku u dokazne svrhe, tada ona može biti pribavljena isključivo na temelju naloga suca istrage, uz utvrđenje/obrazloženje postojanja sumnje da je počinjeno određeno kazneno djelo za koje je ova dokazna radnja dopuštena, u protivnom tako nešto neće biti moguće.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Ovo je samo kratki prikaz spornih situacija koje se mogu pojaviti u vezi ocjene zakonitosti pojedinog dokaza i ponovno valja istaći da je najmanji broj utvrđenih dokaza nezakonitim rezultat primjene odredbe čl. 10. st. 2. toč. 1. ZKP/08, nešto više ih je rezultat primjene zakonske odredbe iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08, s time da je u tom dijelu u ograničenom, vrlo ograničenom opsegu moguća i konvalidacija dokazne snage

prikupljenog dokaza u smislu čl. 10. st. 3. ZKP/08 sa ograničenjem da se na samo takvom dokazu ne može utemeljiti presuda, najčešći broj predmeta je utvrđenje dokazne radnje nezakonitim odnosno dokaza nezakonitim u situacijama kada je dokaz pribavljen kršenjem odredaba Zakona o kaznenom postupku, a sam zakonodavac je tako nešto sankcionirao posljedicom nezakonitosti odnosno nedopuštenosti korištenja takvog dokaza u kaznenom postupku. U tom dijelu zakonodavac je vrlo široko postavio katalog u kojim slučajevima sve dokaz pribavljen povredom odredaba Zakona o kaznenom postupku ne može biti upotrijebljen kao zakoniti dokaz. Sva navedena ograničenja zlonamjerno mogu biti tumačena kao ograničenja u procesu dokazivanja određenog kaznenog djela radi pogodovanja okrivljeniku. Međutim ne smije se zanemariti da pravni poredak u Republici Hrvatskoj, a osobito kazneno zakonodavstvo, polazi od pretpostavke nedužnosti optuženika. Dakle polazište u svakoj ocjeni da li je netko sumnjiv za kazneno djelo je okolnost da ga se ima smatrati nedužnim i tek u slučaju da se utvrdi postojanje određenih okolnosti koje dozvoljavaju ograničenje ustavnih prava imanentnih nedužnom čovjeku može biti osnova da se prema nekoj osobi primjene neke od represivnih mjera kojima se ograničavaju njegova ustavna prava i slobode bilo da je to ograničenje rezultat normi zakona ili međunarodnih ugovora ili Ustava Republike Hrvatske.

Ana-Marija Gospočić, mag.iur.*
dr.sc. Laura Valković, mag.iur.**

POSEBNE DOKAZNE RADNJE PREMA ZKP/08 U SVJETLU PRESUDA ESLJP DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE, BAŠIĆ PROTIV HRVATSKE I MATANOVIĆ PROTIV HRVATSKE

.....sud smatra da u situaciji u kojoj je zakonodavna vlast predvidjela prethodnu detaljnu sudsku kontrolu proporcionalnosti uporabe mjera tajnog nadzora, zaobilaženje tog zahtjeva retroaktivnim opravdanjem koje su uveli sudovi ne može se osigurati odgovarajuća i dostatna zaštita od potencijalne zlouporabe jer otvara vrata proizvoljnosti time što dozvoljava provođenje tajnog nadzora suprotno postupku koji je predviđen u mjerodavnom pravu.....

ESLJP, Dragojević protiv Hrvatske (br. 68955/11, 15. siječnja 2015.)

U ovom se radu analizira radnja tajnog nadzora i tehničkog snimanja razgovora i drugih komunikacija na daljinu koju tijela kaznenog postupka na temelju relevantnih postupovnih odredaba zakona, poduzimanju kao posebnu dokaznu radnju u kaznenom postupku. U radu se analiziraju pravni standardi Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP, Europski sud ili Sud) izraženi u njegovim presudama vezno uz pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija ili Konvencija)¹, i to samo pojedinim elementima tog prava, onako kako proizlaze iz prakse ESLJP, posebno u slučajevima Dragojević, Bašić i Matanović u kojima je tužena strana bila Republika Hrvatska. U spomenutim predmetima Sud je razmatrao postojanje povrede u kojemu je Republika Hrvatska osuđena zbog povrede prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. Europske konvencije. Posebno se analiziraju dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora kao miješanje države u privatni život pojedinca, obrazloženje naloga sudaca istrage kroz sudsku praksu i zakonski okvir te pitanje uporabe dokaza pribavljenih kršenjem prava na poštivanje privatnog života i dopisivanja u kaznenom postupku. Kroz analizu prakse hrvatskih sudova i pravnih standarda ESLJP izraženih u presudama Dragojević, Bašić i Matanović protiv Republike Hrvatske i njihovu usporedbu s hrvatskim zakonodavstvom, prije svega odredbama Zakona o kaznenom postupku, cilj je pokazati u kojoj mjeri hrvatski kaznenoprocetni sustav i praksa njegove primjene odgovaraju zahtjevima Suda za osiguranjem učinkovite i stvarne zaštite prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života kao jednog od temeljnog prava.

* Ana-Marija Gospočić, mag.iur., odvjetnica

** dr.sc. Laura Valković, mag.iur., odvjetnica

¹ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, MU br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

1. UVOD

Za snažan i sveobuhvatan razvoj domaćeg kaznenog procesnog prava posebno je značajna regulativna aktivnost regionalne organizacije, kojoj Republika Hrvatska pripada od 1996. godine, Vijeća Europe². Najveći doseg ove organizacije svakako je donošenje Europske konvencije³. Radi se o osnovnom dokumentu Vijeća Europe, koji jamči i proklamira temeljna ljudska prava, ali i iznimke od tih prava (u kontekstu kaznenog postupka). Uvažavajući članak 140. Ustava Republike Hrvatske⁴ (dalje u tekstu: Ustav RH) međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom RH i objavljeni, a koju su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj snazi su iznad zakona.⁵

Načela i standardi koje je u svojim presudama, tumačeći Konvenciju, ustanovio ESLJP isprva su imali mali ili neznatni utjecaj na praksu sudova u Republici Hrvatskoj. Razlog tome mogao se naći u nedorečenosti procesnog zakona s jedne strane i donekle nespремnosti prihvaćanja drugačijeg poimanja okrivljenikovih prava u kaznenom procesnom pravu odnosno prakse ESLJP, s druge strane. No, budući da su spomenuta načela i standardi postajali sve dostupniji, važniji i brojniji, tako su nalazili sve veći broj načina proboja u hrvatski kaznenopravni sustav. Dijelom je do tog proboja došlo kroz odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: USRH)⁶ a dijelom i kroz sve brojniju domaću stručnu literaturu na spomenutom pravnom području⁷. Zamjetan je i sve veći prodor spomenutih standarda u praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: VSRH). Stalni interes društva za učinkovitim otkrivanjem, sprečavanjem, procesuiranjem i kažnjavanjem svih počinitelja kaznenih djela u demokratskoj pravnoj državi može se zadovoljiti samo kroz pravični postupak u kojem se poštuju sva procesna prava i temeljne slobode osobe protiv koje se vodi kazneni postupak. U tom smislu uloga ESLJP nameće se kao snažan doprinos zakonitom funkcioniranju pravnog sustava.

Svrha i namjera ovog rada je pokazati, kako je već ranije naznačeno, kroz analizu presuda ESLJP Dragojević protiv Hrvatske⁸, Bašić protiv Hrvatske⁹ i Matanović protiv Hrvatske¹⁰, s jedne strane praksu hrvatskih sudova, posebice sudaca istrage, prilikom donošenja i obrazlaganja naloga za provođenje posebnih dokaznih radnji, i s druge strane, usporediti tu praksu sa pravnim standardima koji su izraženi u spomenutim odlukama ESLJP. Stalna analiza odluka ESLJP, osobito onih najnovijih jest iznimno značajna i zbog načina na koji taj Sud tumači Konvenciju. Poznato je da jedno od najprepoznatljivijih obilježja sustava zaštite ljudskih prava i sloboda postavljenog Konvencijom jest tzv. "dinamička" ili "evolutivna" interpretacija Konvencije od strane ESLJP-a, u kojoj se Konvencija uzima kao "living instrument"¹¹. Cilj ovakve interpretativne tehnike jest namjera

² Vijeće Europe je međunarodna organizacija 47 zemalja šire europske regije, čiji je cilj jačanje demokracije, pravne države i ljudskih prava na europskom kontinentu. Nastaje prema ideji Winstona Churchilla, Londonskim Ugovorom od 5. svibnja 1949. godine. Republika Hrvatska je članica Vijeća Europe od 6. studenog 1996. godine. Vijeće čine dva glavna tijela: Odbor ministara i Parlamentarna skupština te tri institucije od kojih je najznačajniji Europski sud za ljudska prava (tu su još i Povjerenik za ljudska prava i Kongres lokalnih i regionalnih vlasti Europe).

³ Republika Hrvatska stranka je Europske konvencije (i dopunskih Protokola) od donošenja Zakona o ratifikaciji 22. X. 1997. (NN MU 18/97). Detaljnije v. Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, 2010, str. 61.

⁴ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.

⁵ Nadležnost Suda odnosno mogućnost pokretanja postupka pred Europskim sudom ne proizlazi iz činjenice članstva pojedine države u Vijeću Europe. Da li će Sud odlučivati u konkretnom predmetu ovisi isključivo o tome prihvaćaju li države u sporu njegovu nadležnost, a svoju volju u tome iskazuju ratifikacijom Konvencije i njezinih Protokola

⁶ http://www.usud.hr/default.aspx?Show=c_praksa_ustavnog_suda

⁷ Krapac, D., *Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i hrvatski kazneni postupak*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, br. 1/1995., str. 3-40.

Krapac, D., *Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb, 2003

⁸ *Dragojević protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 68955/11) od 15. siječnja 2015

⁹ *Bašić protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 22251/13) od 15. listopada 2016

¹⁰ *Matanović protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 2742/12) od 04. travnja 2017.

¹¹ Krapac, D., *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (3) (2010), str. 1211, usp. i izvore na koje se upućuje u bilj. 10. tog rada. Usp. i Mowbray, A., *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, *Human Rights Law Review* 9:2(2009), str. 179-201., Bjorge, E., *National supreme courts and the development of ECHR rights*, *I·CON* (2011), Vol. 9 No. 1, str. 5. Radačić u okviru izlaganja o glavnim interpretativnim načelima ESLJP pojašnjava načelo supsidijarnosti i doktrine polja slobodne procjene, zatim načelo učinkovitosti, evolutivnog pristupa, teorije autonomnih koncepata i integrativnog pristupa te balansiranja i načelo razmjernosti. V.

da se Konvenciju drži ukorak sa "sadašnjim uvjetima"¹² te tako, unatoč neizmijenjenom tekstu Konvencije, omogućiti takvo jamstvo temeljnih prava koje odgovara suvremenom dobu i stupnju zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda.¹³

2. POSEBNE DOKAZNE RADNJE NADZORA I TEHNIČKOG SNIMANJA TELEFONSKIH RAZGOVORA I DRUGIH KOMUNIKACIJA NA DALJINU

2.1. OPĆENITO

Do stupanja na snagu ZKP/08¹⁴ posebne dokazne radnje nazivane su posebni izvodi kaznenih djela. Prema mjerodavnim odredbama ZKP/97¹⁵, nalozi suda kojima su posebne dokazne radnje određivane, tada posebni izvodi kaznenih djela, morali su sadržavati (a) valjanu ocjenu »osnova sumnje da je (podnositelj) sam počinio ili zajedno s drugim osobama sudjelovao« u nekom od kataloških kaznenih djela iz članka 181. ZKP/97, te (b) ocjenu da se izvodi kaznenih djela »ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama«.

Donošenjem ZKP/08¹⁶ u općem smislu, nisu se mijenjala načela na kojima je i prije bio utemeljen ustroj posebnih dokaznih radnji prema ZKP/97, a to su: 1. supsidijarnost i neophodnost, 2. odluka suda, 3. postojanje određene vjerojatnosti u svezi s kaznenim djelom, 4. zakonski katalog radnji, 5. zakonski katalog kaznenih djela, 6. određenost osobe ili predmeta i vrste mjere i 7. vremenska ograničenost.¹⁷

Stupanjem na snagu "novog" Zakona o kaznenom postupku, u odnosu na ZKP/97, izmijenjena je odredba koja je regulirala pitanje *ex lege* nezakonitosti naloga (prijašnji članak 182. stavak 6. ZKP/97 koji nije izriječno sankcionirao izostanak obrazlaganja naloga time da se prikupljeni podatci i obavijesti ne mogu upotrijebiti u kaznenom postupku), na način da je "novom" odredbom sada člankom 335. stavak 8. ZKP/08 propisano da

Radačić, I., Interpretativna načela Europskog suda za ljudska prava, u: *Radačić, I.* (ur.), Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Centar za mirovne studije, Zagreb 2011., str. 32-44.

¹² V. umjesto mnogih, *Tyrer v. Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 5856/72, odluka od 25. travnja 1978. Opširnije v. *Letsas, G.*, Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer, 21 *European Journal of International Law*. (2010), str. 509.

¹³ Istovremeno, vrlo raširena predodžba koja vlada o načinu odlučivanja sudaca ESLJP, te opsegu njihove slobode pri odlučivanju i interpretaciji Konvencije, jest da oni uživaju ogromnu mjeru diskrecije u tumačenju i možda stvaraju novo pravo. Neki autori čak navode da "klima neprijateljstva prema sudačkoj kreativnosti okružuje ulogu ESLJP u tumačenju i primjeni Konvencije" (*Letsas*, str. 279.). Takvo mišljenje je podosta rašireno i među znanstvenicima. Mahoney, npr., primjećuje da "*open textured language and the structure of the Convention leave the Court significant opportunities for choice in interpretation: and in exercising that choice, particularly when faced with changed circumstances and attitudes in society, the Court makes new law.*" (Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural relativism*, 19 *Human Rights Law Journal* (1998), str. 2.). Dok neki drugi autori navode da "temeljne odredbe Konvencije ostavljaju mnogo prostora za različita tumačenja. Stoga su one izvor sudačke diskrecije" i da "tribunali riskiraju sudsku nelegitimitet svaki put kada odstupe od interpretacije koja je zasnovana na namjeri pisaca Konvencije". Letsas međutim oštro napada takvo uvriježeno mišljenje o radu ESLJP. Kako bi potkrijepio svoj stav, potanko analizira stanovište ESLJP o "autonomnim konceptima", te nastoji dokazati da je riječ o zabludi te da suci moraju nužno donositi odluke vodeći se precizno poštivanjem onoga što Konvencija jamči. V. *Letsas, G.*, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, *The European Journal of International Law*, Vol. 15., No. 2., 279-305.

¹⁴ Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12. -Odluka i Rješenje USRH, 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14., u tekstu: ZKP/08

¹⁵ Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 62/03. – pročišćeni tekst i 115/06., u tekstu: ZKP/97

¹⁶ Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Odluka Ustavnog suda) odredbe ZKP/08 kojim su se propisivale pretpostavke pod kojima se posebne dokazne radnje mogu produžavati, proglašen je neustavnim i to iz dva razloga. Naime, prema ocjeni Ustavnog suda te su pretpostavke bile određene paušalno pojmovima „važni razlozi“ i "posebno složeni predmeti" te je ovjeto o diskrecionoj ocjeni suca istrage da li će produžiti trajanje posebnih dokaznih radnji. Radi implementacije Odluke Ustavnog suda kategorizirana su kaznena djela obzirom na težinu tako da je sada točno određeno za koja kaznena djela je moguće odrediti posebne dokazne radnje i u kojem trajanju. Nadalje, pretpostavke za produženje posebnih dokaznih radnji su i da one daju rezultate, da postoji razlog da se nastavi s njihovim provođenjem radi otkrivanja kaznenih djela ako je njihovo produženje nužno radi prikupljanja dokaza. Radi navedenog izmijenjen ZKP sada poštuje načela stroge nužnosti zajedno s ukupnom duljinom trajanja posebnih dokaznih radnji kojima se ograničavaju ustavna prava građana na privatnost.

¹⁷ Pavišić, Berislav, Komentar Zakona o kaznenom postupku, 5. izdanje, Rijeka, Žagar, 2005., str. 250.

ako su radnje iz članka 332. ZKP/08 poduzete protivno odredbi tog članka, dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u postupku. Naime, odredba članka 332. stavak 1. ZKP/08 propisuje da ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće, na pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, sudac istrage može protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelu iz članka 334. ZKP/08. pisanim, obrazloženim nalogom, odrediti posebne dokazne radnje kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana. Dakle, sadržaj obrazloženja naloga jasno je propisan odredbom članka 332. stavak 1. ZKP/08, dok članak 335. stavak 8. ZKP/08 sada izrijekom navodi da se ne mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku dokazi za koje se saznalo na temelju radnji iz članka 332. ZKP/08, a koje su poduzete protivno odredbi iz članka 332. ZKP/08.¹⁸

Odredbe ZKP-a o posebnim dokaznim radnjama uređuju značajan "poseg" u Ustavom zajamčeno poštivanje osobnog i obiteljskog života odnosno slobodu i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja te vrijednosti zaštićene međunarodnim pravom. S obzirom na to da takav "poseg" može biti propisan isključivo zakonskom normom, prije navedena načela ujedno su kroz norme razrađeni uvjeti za njihovo poduzimanje, postupak primjene, trajanje i sudbenu nadležnost za njihovo određivanje i nadzor.¹⁹

2.2. ZAKONSKI OKVIR

ZKP/08 u članku 332. stavku 1. propisuje, kao materijalne pretpostavke za poduzimanje posebnih dokaznih radnji protiv određene osobe, postojanje osnove sumnje da je ta osoba počinila ili sudjelovala u počinjenju kaznenog djela navedenog u katalogu članka 334. ZKP/08 te supsidijarnost ove mjere. Prethodno postojanje pisanog i obrazloženog naloga suca istrage, temeljna je formalna pretpostavka poduzimanja radnje, a kojeg sudac izdaje također na pisani i obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika (članak 332. stavak 1. ZKP/08). Samo iznimno, u hitnim situacijama uslijed opasnosti od odgode, nalog može izdati državni odvjetnik, uz obvezatnu naknadnu konvalidaciju od strane suda (članak 332. stavak 2. ZKP). ZKP/08 detaljno propisuje i sadržaj naloga, koji tako između ostalog mora sadržavati „činjenice iz kojih proizlazi potreba poduzimanja“ konkretne posebne dokazne radnje (članak 335. stavak 1. ZKP).

Postojanje navedenih materijalnih pretpostavki, te poduzimanje posebnih dokaznih radnji na temelju pisanog i obrazloženog sudbenog naloga, predstavljaju uvjete upotrebljivosti prikupljenih dokaza u kaznenom postupku. Ako su posebne dokazne radnje bile poduzete protivno odredbi članka 332. ZKP, „dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u postupku“, sukladno članku 335. stavku 8. ZKP. Riječ je o nezakonitim dokazima *ex lege*, koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i kao takvi su izrijekom predviđeni ZKP/08 (članak 10. stavak 2. točka 3. u vezi članka 335. stavak 8. ZKP). Ujedno su nezakoniti dokazi i svi oni dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza *ex lege*, sukladno doktrini plodova otrovne voćke iz članka 10. stavka 2. točke 4. ZKP.

Iz prikazanih zakonskih odredbi potpuno je jasno da se sudski nalog kojim se ograničavaju temeljna ljudska prava i slobode koja uživaju najveću zaštitu domaće i međunarodne legislative mora pomno obrazložiti i da sud mora dati jasne i dostatne razloge zbog kojih se unatoč takvoj zaštiti ipak odlučuje na zadiranje u ta prava i slobode. Imajući u vidu supsidijarni karakter provođenja posebnih dokaznih radnji, jasno je da je obveza suda (a to opet cijeneći jačinu kojom se jednim takvim nalogom zadire u temeljna ljudska prava i slobode) jasno i nedvosmisleno izložiti zašto sud smatra da se izvidi kaznenih djela u tom konkretnom slučaju ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće. Ovakva odredba u zakonu se ne nalazi slučajno. Upravo takva odredba anticipira najveću važnost zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda i štiti svakog pojedinca od arbitrarnih i nezakonitih zadiranja u prava i slobode koje mu zakonodavac jamči kroz akte i propise koje donosi.

¹⁸ Turudić, I., Pavelin Borzić, T., Bujas, I. „Dokazi pribavljeni nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu u svjetlu članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 38, br. 1, 595-630 (2017), str. 616-617.

¹⁹ Krapac, Davor, Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskog postupovnog prava, 4. izdanje, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 194.

3. PRIKAZ PRESUDA ESLJP U PREDMETIMA DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE, BAŠIĆ PROTIV HRVATSKE I MATANOVIĆ PROTIV HRVATSKE

Problemi koji se u praksi hrvatskih sudova pojavljuju vezano za ocjenu zakonitosti rezultata provedenih posebnih dokaznih radnji proizlaze, kako je ranije u radu detaljno prikazano, prvenstveno iz sadržaja obrazloženja naloga sudaca istrage županijskih sudova kojima se te radnje određuju odnosno produljuju. Ovo stoga što predmetni nalozi u pojedinim predmetima ne sadrže valjanu ocjenu osnova sumnje da je osoba na koju se nalog odnosi sama ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u nekom od kataloških kaznenih djela iz članka 334. ZKP/08 i/ili ne sadrže valjanu ocjenu zašto se u konkretnom slučaju izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama.

Do današnjeg je dana Europski sud u tri slučaja osudio Republiku Hrvatsku zbog povrede članka 8. Konvencije uslijed nedostatno obrazloženih naloga sudaca istrage kojima su određivane i kasnije produljivane posebne dokazne radnje. Riječ je o presudama *Dragojević protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 68955/11) od 15. siječnja 2015., *Bašić protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 22251/13) od 15. listopada 2016. i najnovijoj presudi koja još uvijek nije konačna – *Matanović protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 2742/12) od 04. travnja 2017.²⁰

Nastavno se iznosi prikaz ovih presuda u dijelu u kojem se one odnose na povrede prava na poštivanje privatnog života i dopisivanja iz članka 8. Konvencije, a koja je povreda proizašla iz postupka nalaganja i nadziranja provođenja posebnih dokaznih radnji koje su se odnosile na prisluškivanje telefona podnositelja te u dijelu u kojem je Sud iznio razloge o tome je li uporaba takvih dokaza u sudskim postupcima pred domaćim sudovima bila od utjecaja na poštenost postupka u cjelini, odnosno da li je u konkretnim slučajevima došlo i do povrede članka 6.1. Konvencije.

Detaljno će biti prikazana presuda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*, a to stoga što se presude u predmetima *Bašić* i *Matanović* u najvećem dijelu pozivaju upravo ona opća načela i pravne standarde koje je Sud detaljno razradio u presudi iz predmeta *Dragojević*.

3.1. DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE

Europski je sud dana 15. siječnja 2015. donio presudu u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*, a koja je presuda postala konačna 15. travnja iste godine. Ovom je presudom Europski sud utvrdio povredu prava g. *Dragojevića* na poštivanje privatnog života i dopisivanja iz članka 8. Konvencije zbog toga što su djelatnici USKOK-a protuzakonito provodili nadzor i snimanje njegovih telefonskih razgovora, a to stoga što rješenja istražnog suca kojima je dozvolio snimanje i nadziranje telefonskih razgovora nisu bila dovoljno obrazložena jer uopće nisu sadržavala obrazloženje zbog čega se ista svrha (prikupljanje dokaza) ne bi mogla ostvariti niti nekom blažom mjerom.

U konkretnom slučaju istražni sudac Županijskog suda u Zagrebu donio je ukupno četiri naloga kojima je prema podnositelju odredio provođenje posebnih izvida odnosno mjera iz članka 180. stavak 1. ZKP/07.

Nalozi su bili obrazloženi na način da je istražni sudac naveo da je USKOK sudu podnio prijedlog za primjenu mjera tajnog nadzora, da se u tom prijedlogu USKOK pozvao na izvješće policije o dosadašnjoj primjeni i rezultatima mjera koji su u okviru istog predmeta, na temelju ranijeg naloga suda, bili izdani prema drugim osobama, te da USKOK navodi da iz tog izvješća proizlaze osnove sumnje da je i podnositelj uključen u izvršenje kaznenog djela. Nakon ove konstatacije, istražni je sudac naveo da prijedlog USKOK-a smatra osnovanim jer se u konkretnom slučaju izvidi kaznenog djela ne bi mogli provesti na drugi način, a provedba mjera i u odnosu na podnositelja je neophodna za kvalitetno okončanje kriminalističke obrade obzirom da i u odnosu na njega postoji dovoljan stupanj sumnje na počinjenje inkriminiranog djela.

Tijekom kaznenog postupka koji se protiv njega vodio, podnositelj je kako u raspravnoj fazi postupka, tako i u žalbi na prvostupanjsku presudu, prigovarao da nalozi istražnog suca o provođenju mjera tajnog nadzora nisu bili dovoljno obrazloženi i to stoga što nisu sadržavali pravilnu procjenu vjerojatnosti da su kaznena djela počinjena (osnove sumnje – op.a.) odnosno procjenu okolnosti koje bi ukazivale da se izvidi

²⁰ U svim ovim presudama radi se o kaznenim postupcima koji su pred hrvatskim sudovima vođeni po Zakonu o kaznenom postupku iz 1997.

kaznenog djela nisu mogli provesti na drukčiji način pa stoga nisu bili sačinjeni u skladu s odredbama ZKP/97. Iz ovih je razloga podnositelj predlagao izdvajanje iz spisa rezultata pribavljenih provođenjem mjera tajnog nadzora kao nezakonitih dokaza.

Županijski sud u Dubrovniku je prigovore i zahtjev podnositelja za izdvajanje nezakonitih dokaza odbio kao neosnovane s obrazloženjem da su sporni dokazi legalni, pribavljeni na zakonit način, temeljem konkretnih pravovaljanih sudskih odluka, a da su nalozi istražnog suca sasvim dovoljno i utemeljeno obrazloženi, upravo onoliko koliko trebaju i biti, a što je u konačnici i potvrđeno podizanjem optužnice.

Vrhovni sud je, odlučujući po žalbi podnositelja izjavljenoj na prvostupanjsku presudu, u dijelu odluke koji je vezan za ocjenu zakonitosti rezultata tajnog nadzora, također naveo da su nalozi istražnog suca sadržavali dostatno obrazloženje osnova sumnje o učinu kaznenog djela kao i o okolnostima da se izvidi kaznenih djela nisu mogli provesti na drugi način odnosno da bi to bilo skopčano s nerazmjernim teškoćama, a što sve proizlazi iz činjenice da istražni sudac nije izjavio neslaganje sa zahtjevom USKOK-a već ga je prihvatio i naložio provođenje mjera tajnog nadzora u skladu s odredbom članka 182. stavak 2. ZKP/97.

Ustavni je sud odlučujući povodom ustavne tužbe podnositelja u kojoj je on ponovio svoje prigovore vezane uz nezakonitost dokaza proizašlih iz mjera tajnog nadzora tvrdeći da je uporaba takvih dokaza kazneni postupak učinila nepoštenim u cjelini, naveo suštinski isto obrazloženje kakvo je bilo izloženo u odluci Vrhovnog suda u pogledu uporabe mjera tajnog nadzora odnosno uporabe dokaza koji su iz takvog nadzora proizašli te je ustavnu tužbu podnositelja odbio.

Nakon iscrpljenog pravnog puta pred domaćim sudovima podnositelj je temeljem članka 34. Konvencije Europskom sudu podnio zahtjev (broj 68955/11) protiv Republike Hrvatske u kojem je, *inter alia*, prigovarao da je tajni nadzor nad njegovim telefonskim razgovorima kršio jamstava iz članka 8. Konvencije dok je uporaba dokaza dobivenih tajnim nadzorom u kaznenom postupku koji je protiv njega vođen kršila jamstva iz članka 6.1. Konvencije.

U odnosu na povredu članka 8. Konvencije podnositelj je iznio tvrdnje koje je isticao i tijekom postupka pred hrvatskim sudovima, dodajući toj argumentaciji da su nalozi istražnog suca bili izdani ne samo u suprotnosti s domaćim mjerodavnim pravom nego i sa sudskom praksom viših domaćih sudova²¹. Europski sud je utvrdio da je u konkretnom slučaju došlo do povrede članka 8. Konvencije.

Ocjena Suda se sastojala, kao i u svakoj presudi, ponajprije u navođenju niza *općih načela* koja su uspostavljena u brojnim ranijim odlukama Suda, a riječ je, u bitnome, o sljedećim načelima:

- telefonski razgovori obuhvaćeni su pojmovima „privatni život“ i „dopisivanje“ u smislu članka 8. Konvencije, a nadzor nad njima predstavlja miješanje u ostvarivanje prava pojedinca iz članka 8. Konvencije.
- da bi takvo miješanje bilo opravdano u smislu članka 8.2. Konvencije ono mora biti „u skladu sa zakonom“, težiti jednom ili više legitimnih ciljeva koji su navedeni u članku 8.2. Konvencije i mora biti „nužno u demokratskom društvu“ upravo zbog postizanja tih legitimnih ciljeva.
- izraz „u skladu sa zakonom“ na temelju članka 8.2. Konvencije načelno zahtijeva da sporna mjera ima određeni temelj u domaćem propisu ali se istodobno odnosi i na kvalitetu tog propisa koji mora biti u skladu s vladavinom prava i dostupan osobi na koju se odnosi na način da ta osoba može predvidjeti posljedice za sebe. Također, sama mjera mora biti u skladu s vladavinom prava.
- uvjet „pravne predvidivosti“ u kontekstu tajnih mjera nadzora kao što je presretanje komunikacije znači da domaći zakon mora biti dovoljno jasan u svom izričaju kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uvjetima tijela javne vlasti imaju pravo posezanja za tim mjerama.
- naglašena je potreba za zaštitnim mjerama jer provođenje mjera tajnog nadzora komunikacije u praksi nije podložno preispitivanju od strane osoba na koje se odnosi ili od strane šire javnosti pa bi stoga bilo suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sucu očituje u obliku neograničenih ovlasti. Zakonom mora biti dovoljno jasno propisan opseg takve diskrecije dodijeljene nadležnim tijelima kao i način njena ostvarivanja koji pojedincu mora jamčiti odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.

²¹ Podnositelj se pozvao na različitu praksu kako Vrhovnog tako i Ustavnog suda Republike Hrvatske, a riječ je o odlukama Ustavnog suda broj U-III-857/2008 od 01. 10. 2008. i U-III-2781/2010 od 09. 01. 2014., te o odlukama Vrhovnog suda broj I-KŽ-61/09-3 od 03.02. 2009., I-KŽ-437/13-4 od 21. 08. 2013.

- Sud mora biti uvjeren da u nacionalnom pravu postoje jamstva protiv zlouporabe koja moraju biti primjerena i učinkovita, a to obzirom na opasnost da sustav tajnog nadzora za zaštitu državne sigurnosti ugrozi ili čak uništi demokraciju pod krinkom njene obrane. Procjena Suda u tom pravcu ovisi o svim okolnostima predmeta kao što je priroda, opseg i trajanje mogućih mjera, koji je temelj potreban da bi mjere bile naložene, koja su tijela vlasti nadležna za dozvoljavanje, provođenje i nadziranje tih mjera te koje su vrste pravnih lijekova koje nacionalno zakonodavstvo predviđa.
- ovlasti nalaganja tajnog nadzora nad građanima dozvoljene su prema članku 8. Konvencije samo u onoj mjeri u kojoj su strogo nužne za očuvanje demokratskih institucija. Pri procjenjivanju postojanja i opsega takve nužnosti države ugovornice imaju određenu slobodu procjene, no ta sloboda podliježe europskom nadzoru. Stoga Sud mora utvrditi jesu li postupci za nadziranje nalaganja i provođenja restriktivnih mjera takvi da „miješanje“ ograničavaju na ono „nužno u demokratskom društvu“.

Primjenjujući predmetna načela na konkretni predmet Europski sud je utvrdio da nije sporno među strankama da je došlo do miješanja u podnositeljevo pravo na poštovanje „privatnog života“ i „dopisivanja“ zajamčenog člankom 8. Konvencije. Međutim, za odgovor je li navedeno miješanje bilo opravdano Sud je kao središnje pitanje o kojem mora odlučiti odredio utvrđivanje sljedećih okolnosti: *„je li mjerodavno domaće pravo, uključujući način na koji su ga tumačili domaći sudovi, dovoljno jasno navelo opseg i način ostvarivanje diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti, te posebice je li domaći sustav tajnog nadzora, na način na koji ga primjenjuju domaće vlasti, omogućio odgovarajuće mjere zaštite od mogućih različitih načina zlouporabe“*. U tom smislu Sud ispituje i uvjete je li miješanje provedeno „u skladu sa zakonom“ i je li bilo „nužno“.

Ispitujući predmet podnositelja, Sud je utvrdio da domaće mjerodavno pravo, na prvi pogled, jasno popisuje da bilo koju mjeru tajnog nadzora u okviru kaznenog postupka treba naložiti istražni sudac na zahtjev državnog odvjetništva kako bi takva mjera bila zakonita.²²

Sud je utvrdio da domaće pravo jasno propisuje da nalog istražnog suca kojim se odobrava korištenje tajnog nadzora mora biti izdan u pisanom obliku te mora sadržavati obrazloženje u kojem su navedene:

- informacije vezane uz osobu nad kojom se mjere provode,
- relevantne okolnosti koje opravdavaju potrebu za mjerama tajnog nadzora,
- vremenska ograničenja za provođenje mjera – koja moraju biti proporcionalna legitimnom cilju kojem se teži i
- opseg mjera.

Ovakvom zakonskom regulativom, sukladno stavu Suda, omogućeno je prethodno odobravanje uporabe mjera tajnog nadzora koje mora biti dovoljno temeljito i koje ukazuje na to da su ispunjeni zakonski uvjeti za provođenje tajnog nadzora te da je uporaba takvih mjera nužna i proporcionalna u danim okolnostima. Sud je naglasio da svaki pojedinac u nadležnosti hrvatskih vlasti, kad se oslanja na predmetne odredbe mjerodavnog domaćeg zakona, mora biti uvjeren da će ovlasti tajnog nadzora biti podvrgnute prethodnoj sudskoj kontroli i provedene na temelju detaljnog sudskog naloga koji ispravno navodi nužnosti i proporcionalnost bilo koje takve mjere.

U tom je kontekstu Sud istaknuo odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III-857/2008 od 01. 10. 2008. koja također naglašava važnost prethodnog sudskog nadzora i obrazloženja naloga za trajnim nadzorom. Naime, u ovoj je odluci Ustavni sud naveo kako samo detaljno obrazloženje u nalogu istražnog suca *„jamči da će postojanje „osnova sumnje“ na kataloško kazneno djelo prethoditi određivanju nekoj od posebnih izvidnih mjera, da će postojati određeni minimalni stupanj vjerojatnosti takvog konkretnog – a ne pretpostavljanog – kaznenog djela te da će nalog, kao jasno artikulirano raspolaganje sredstvima državne prisile, biti logičan i uvjerljiv te u kasnijem stadiju postupka, provjerljiv pred drugim sudskim tijelima“*. U nedostatku toga, po stavu Ustavnog suda, nalog za provođenje tajnog nadzora krši Zakon o kaznenom postupku.

Europski je sud potom naglasio da provjera od strane tijela ovlaštenih za odobravanje provođenja tajnog nadzora da li je uporaba takvih mjera ograničena na predmete u kojima postoji činjenična osnova sumnje da osoba planira, čini ili je počinila određena teška kaznena mjera i da je mjere moguće naložiti samo ako nema izgleda da se činjenice uspješno ustanove drugim metodama ili bi to bilo izrazito teško – predstavlja jam-

²² Zakonske (materijalnopravne) pretpostavke za izdavanje naloga za tajni nadzor: - postojanje osnova sumnje da je podnositelj sam ili zajedno s drugim osobama počinio jedno od kaznenih djela propisanih zakonom (kataloška kaznena djela iz članka 181. ZKP/97 – op.a.) i da izvidi kaznenog djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama.

stvo odgovarajućeg postupka osmišljenog tako da osigurava da mjere nisu naložene nemarno, neregularno odnosno bez potrebnog razmatranja. Upravo je stoga važno da istražni sudac odredi postoje li opravdani razlozi za odobravanje mjera tajnog nadzora.

S tim u vezi Sud je utvrdio da su protiv podnositelja bila od strane istražnog suca izdana četiri naloga za tajnim nadzorom koja su se temeljila samo na tvrdnji da postoji zahtjev USKOK-a za korištenjem tajnog nadzora te na zakonskom izričaju da se „istraga ne može provesti na drugačiji način ili da bi to bilo izrazito teško“. U nalogima istražnog suca nisu bili navedeni nikakvi stvarni detalji koji se temelje na specifičnim činjenicama predmeta i osobitim okolnostima koje ukazuju na osnove sumnje da su kaznena djela počinjena te da istragu doista nije moguće provesti na neki drugi, manje nametljiv način. Takvo obrazloženje naloga očito je u suprotnosti s pretpostavkama domaćeg mjerodavnog prava i prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske koja proizlazi iz odluke U-III-857/2008, ali je naknadno odobreno kroz praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske koja je kasnije podržana i od strane Ustavnog suda.

Ovdje je riječ o praksi koja je vidljiva iz odluke Vrhovnog suda broj I-Kž-61/09-3 od 03. veljače 2009. u kojoj je Vrhovni sud odredio mjerodavna načela vezana uz uporabu (dopuštenost) dokaza koji su pribavljeni navodno nezakonitim provođenjem mjera tajnog nadzora u okviru kaznenog postupka. U toj je odluci Vrhovni sud naveo kako manjak obrazloženja u nalogima za tajni nadzor može biti nadoknađen retroaktivnim obrazloženjem relevantnih pitanja u nekoj kasnijoj fazi postupka, primjerice tada kada okrivljenik zbog manjkavosti obrazloženja samih naloga istražnog suca u postupku problematizira zakonitost dokaza pribavljenih provođenjem mjera tajnog nadzora i postavi zahtjev za izdvajanjem iz spisa nezakonitih dokaza.²³ Istaknuto je da je sud pred kojim se postavi takav zahtjev za izdvajanjem nezakonitih dokaza dužan, u situaciji kada je obrazloženje naloga suprotno članku 182. stavak 1. ZKP/97 izostalo, dati izričit odgovor na pitanje jesu li u trenutku kada je istražni sudac donosio sporne naloge postojali ili nisu postojali opći uvjeti za njihovo izdavanje.²⁴

Ovu je praksu Vrhovnog suda kasnije prihvatio i Ustavni sud Republike Hrvatske što je vidljivo iz odluke broj U-III-2781/2010 od 09. siječnja 2014. u kojoj je Ustavni sud naveo kako u slučaju da nalozi za tajni nadzor ne sadrže obrazloženje, u određenim je uvjetima to obrazloženje moguće navesti u prvostupanjskoj presudi ili u odluci vezanoj uz zahtjev za izdvajanjem nezakonitih dokaza.

S tim u vezi, Europski je sud zaključio da iako je u Zakonu o kaznenom postupku izričito predviđena prethodna sudska kontrola i detaljno obrazloženje pri izdavanju naloga za tajni nadzor, da su nacionalni sudovi uveli mogućnost retroaktivnog opravdanja za njihovu uporabu i to čak i onda kada zakonska pretpostavka prethodne sudske kontrole i detaljnog obrazloženja nije ispoštovana.

Ovako ustanovljena praksa domaćih sudova za Europski je sud bila teško prihvatljiva stoga što ju je Sud ocijenio samu po sebi nejasnom obzirom na dva suprotstavljena stava koja su usvojili Vrhovni sud i Ustavni sud, a još k tome i u sukobu s jasnim tekstom zakona koji je ograničio ostvarivanje diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti po pitanju provođenja mjera tajnog nadzora. Takva praksa domaćih sudova, po uvjerenju Europskog suda predstavlja zaobilaženje zahtjeva prethodne detaljne sudske kontrole proporcionalnosti uporabe mjera tajnog nadzora – retroaktivnim opravdanjem, što ne može osigurati odgovarajuću i dostatnu zaštitu od potencijalne zlouporabe jer „otvara vrata proizvoljnosti“.

Sud je naglasio da se ovo posebice odnosi na one predmete u kojima je jedina učinkovita mogućnost za pojedinca koji je podvrgnut tajnom nadzoru u okviru kaznenog postupka osporiti zakonitost uporabe takvih mjera pred kaznenim sudom za vrijeme dok se protiv te osobe kazneni postupak vodi.

²³ U odluci broj I-Kž-61/09-3 od 03. 02. 2009. Vrhovni je sud naveo: „Međutim, nesporno uvažavajući pravo građana da problematiziraju postojanje ili ne postojanje ovih općih uvjeta za izdavanje naloga, sud kojem je upućen prijedlog da se dokazi pribavljeni kao rezultat ovakvih spornih naloga o posebnim izvidima izdvoje iz spisa predmeta kao nezakoniti, dužan je, u situaciji kada je obrazloženje naloga suprotno čl. 182. st. 1. Zakona o kaznenom postupku, izostalo, dati izričit odgovor na ova pitanja. Naime, taj je sud (...) dužan s posebnom pažnjom analizirati sadržaj zahtjeva državnog odvjetnika (za izdavanje naloga o posebnim izvidima) kao i ostalu građu dostavljenu uz taj zahtjev i zatim se izrijekom očitovati da li nalazi da u tom trenutku iz obrazloženja zahtjeva proizlaze osnove sumnje da je određena osoba počinila kataloško kazneno djelo te zašto smatraju da bi prikupljanje dokaza bez zadiranja u ustavna prava građanina prema kojem se mjere provode, bilo nužno (...)“

²⁴ Opći uvjeti za izdavanje naloga kojima se određuje primjena mjera iz članka 180. stavak 1. ZKP/97 su postojanje osnova sumnje da je određena osoba počinila kataloško kazneno djelo radi čijeg dokazivanja se nalog izdaje te okolnost da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama (zahtjev supsidijarnosti).

Primjer upravo takvog predmeta bio je predmet podnositelja Dragojevića iz kojeg je bilo vidljivo da su domaći kazneni sudovi ograničili svoju procjenu uporabe tajnog nadzora na pitanje zakonitosti dokaza koji su iz tog nadzora proizašli bez da su pritom zadirali u bit konvencijskih pretpostavki vezanih uz navode o proizvoljnom miješanju u prava podnositelja iz članka 8. Konvencije.

Sve su ovo razlozi zbog kojih je Sud utvrdio da mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili domaći sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu opsega i načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti, a posebno u praksi nije osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zlouporaba. Stoga postupak za naganje i nadziranje provođenja mjera tajnog nadzora nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti, te nije na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njegovog privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo „nužno u demokratskom društvu“. Radi navedenog Sud je utvrdio povredu članka 8. Konvencije.

U odnosu na povredu članka 6.1. Konvencije; Podnositelj je u svom zahtjevu istaknuo i povredu članka 6.1. Konvencije tvrdeći, između ostalog, da nije imao pošteno suđenje stoga što su u kaznenom postupku koji je protiv njega vođen uporabljeni dokazi nezakonito pribavljeni tajnim nadzorom, a na tim su dokazima bile utemeljene odluke domaćih sudova.

Iznoseći *opća načela* koja se u tom pravcu imaju primijeniti Europski je sud istaknuo sljedeće:

- dužnost je Suda osigurati poštivanje obveza koje države ugovornice imaju prema Konvenciji što posebno znači da njegova zadaća nije ispravljati činjenične i zakonske pogreške koje nacionalni sudovi navodno čine, osim i u onoj mjeri u kojoj takve pogreške izazivaju povredu prava i sloboda zaštićenih Konvencijom. Članak 6.1. Konvencije iako jamči pravo na pošteno suđenje, ne određuje nikakva pravila o dopuštenosti dokaza kao takvih već je to prvenstveno stvar koju reguliraju nacionalni sudovi.
- u načelu, uloga Suda nije odrediti jesu li pojedine vrste dokaza kao primjerice nezakoniti dokazi – dopuštene, niti je uloga Suda odrediti je li podnositelj zahtjeva kriv ili ne. Ono pitanje na koje Sud mora odgovoriti je da li je postupak u cjelini, uključujući i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pošten ili ne. Sud jasno navodi da „To uključuje ispitivanje navodne „nezakonitosti“ te, kad je u pitanju povreda nekog drugog konvencijskog prava, prirode utvrđene povrede“²⁵.
- pri utvrđivanju je li postupak u cjelini bio pošten ili ne, treba uzeti u obzir i to jesu li prava obrane poštovana, a posebice je li podnositelju dana prilika da ospori autentičnost dokaza i da se usprotivi njihovoj uporabi u postupku. Uz navedeno, u obzir se uzima i kvaliteta dokaza kao i to da li okolnosti u kojima su dokazi pribavljeni stvaraju sumnju u pouzdanost i točnost dokaza. Unatoč tome što se problemi poštenog postupka ne javljaju nužno u slučaju kad dobivene dokaze ne podržavaju drugi dokazi, valja primijetiti da kada su dokazi čvrsti i ne postoji opasnost da su nepouzdana, potreba za podržavajućim dokazima odgovarajuće slabi.
- Što se tiče ispitivanja prirode utvrđene povrede Konvencije, Sud je primijetio da je u nekoliko predmeta utvrdio da uporaba prikrivenih prislušnih uređaja krši članak 8. Konvencije jer takvo miješanje nije bilo „u skladu sa zakonom“. Međutim, prihvaćanje tako pribavljenih informacija kao dokaza nije u okolnostima pojedinog predmeta bilo u suprotnosti s pretpostavkom pravednosti zajamčenom člankom 6.1. Konvencije.

Primjenjujući prije opisana opća načela na konkretni predmet Sud je istaknuo da podnositelj nije osporio pouzdanost podataka pribavljenih mjerama tajnog nadzora, već da je njegov prigovor bio ograničen isključivo na formalnu uporabu takvih podataka kao dokaza u kaznenom postupku. Podnositelj je imao učinkovitu mogućnost osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njihovoj uporabi, a što je i iskoristio za vrijeme prvostupanjskog postupka, u žalbi i u ustavnoj tužbi. Domaći su pak sudovi ispitali osnovanost njegovih prigovora te su za svoje odluke dali obrazloženje. Okolnost da podnositelj nije bio uspješan s isticanjem prigovora ne mijenja činjenicu da je imao učinkovitu mogućnost osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njihovoj uporabi.

²⁵ Sud povredu članka 6. Konvencije može ustanoviti tako da utvrdi povredu nekog drugog konvencijskog prava, pa tako i prava iz članka 8. Konvencije, a koja je u konkretnom slučaju takvog značaja i važnosti da utječe na poštenost postupka u cjelini. – tako i Martinović, I. i Kos, D.: „Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava“, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 23, broj 2/2016. str. 320.

Nadalje je Sud istaknuo da sporni dokazi nisu bili jedini dokazi na kojima se temeljila presuda protiv podnositelja jer je Županijski sud u Dubrovniku uzeo u obzir obrane podnositelja i njegovih suoptuženika te ih je ispitao zajedno s iskazima svjedoka i dokazima koji su pribavljeni provođenjem niza pretraga.

Na temelju svih prije navedenih utvrđenja, Sud je smatrao da ne postoji ništa što bi potkrijepilo zaključak da prava obrane podnositelja nisu bila odgovarajuće poštovana u pogledu izvedenih dokaza odnosno da je procjena domaćih sudova bila proizvoljna. Stoga je Sud zaključio da uporaba spornih snimki kao dokaza nije podnositelja lišila poštenog suđenja te da nije došlo do povrede članka 6.1. Konvencije.

U svojoj presudi Europski sud nije „naložio“²⁶ ponavljanje kaznenog postupka pred hrvatskim sudovima kao modus ispravljanja utvrđene povrede njegovog prava na poštivanje privatnog života i dopisivanja već je podnositelju dosudio pravednu novčanu naknadu kao i troškove postupka.

3.2. BAŠIĆ PROTIV HRVATSKE

U postupku pred hrvatskim sudovima protiv g. Bašića korišteni su dokazi proizašli iz nekoliko naloga istražnog suca Županijskog suda u Zagrebu kojima je, na zahtjev USKOK-a, određena primjena mjera iz članka 180. stavak 1. ZKP/97 i to mjera nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora g. Bašića i nekolicine drugih osoba.

U obrazloženju ovih naloga je istražni sudac konstatirao da je USKOK podnio sudu zahtjev za određivanje konkretnih mjera iz članka 180. stavak 1. točka 1. ZKP-a protiv podnositelja i drugih poimenočno označenih osoba. Odlučujući o tom prijedlogu, istražni je sudac naveo da je ocjenom priloženog prijedloga koji je sačinila policija utvrđeno postojanje osnova sumnje da su u konkretnom slučaju počinjena kataloška kaznena djela (iz članka 181. stavak 1. točka 2. ZKP/97), a da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način odnosno bili bi skopčani s nerazmjernim teškoćama.

Tijekom kaznenog postupka podnositelj je kako u fazi rasprave, tako i u žalbi protiv prvostupanjske presude prigovarao nezakonitosti dokaza pribavljenih provođenjem mjera tajnog nadzora tvrdeći da su mjere provedene na temelju naloga koji su izdani u suprotnosti s mjerodavnim domaćim pravom i praksom Ustavnog suda Republike Hrvatske zato što nisu sadržavali obrazloženje kojim se opravdava primjena tajnog nadzora.

Županijski sud u Slavonskom Brodu je u presudi kojom je podnositelja oglasio krivim odbio prigovor podnositelja argumentacijom da su nalozi istražnog suca sadržavali obrazloženje o postojanju sumnje da je sudjelovao u počinjenju kaznenog djela te da se izvidi kaznenih djela nisu mogli provesti na drugi način. Vrhovni je sud, odlučujući povodom žalbe podnositelja koju je ocijenio neosnovanom i odbio – naveo da navodno nedostatno obrazloženje kojim se opravdavaju nalozi kojima se određuju posebni izvidi – ne može dovesti do nezakonitosti dokaza pribavljenih provođenjem takvih izvida.

Podnositelj je podnio i ustavnu tužbu, u kojoj je isticao povredu njegovog prava na poštivanje privatnog života i tajnosti dopisivanja iz članka 35. i 36. Ustava uslijed nezakonitog i neopravdanog tajnog nadzora, kao i povredu prava na pošteno suđenje iz članka 29. Ustava do koje je došlo uslijed uporabe takvih dokaza u kaznenom postupku. Ustavni je sud odbio ustavnu tužbu podnositelja potvrdivši prije opisanu argumentaciju Vrhovnog suda uz napomenu da kazneni postupak protiv podnositelja u cjelini nije bio nepošten.

U zahtjevu koji je podnositelj podnio Europskom sudu i nadalje ustrajno tvrdeći da je tajni nadzor koji se nad njim provodio bio nezakonit jer nije bio utemeljen na nalogima istražnog suca koji bi bili obrazloženi na način kako to zahtijeva domaće pravo i praksa Ustavnog suda, podnositelj je istaknuo, pozivajući se na praksu Suda u predmetu *Dragojević*, da domaće vlasti nisu pokazale da je miješanje u njegovo pravo na poštivanje privatnog života i dopisivanja bilo opravdano nužno, a kako je to propisano člankom 8. Konvencije. Također, podnositelj je tvrdio da je uslijed uporabe dokaza prikupljenih tajnim nadzorom u kaznenom postupku koji se vodio protiv njega došlo i do povrede prava na pravično suđenje iz članka 6.1. Konvencije.

²⁶ Europski sud u svojim presudama kojima utvrđuje povredu nekog konvencijskog prava nikada formalno ne nalaže tuženim odnosno osuđenim državama da omoguće ponavljanje kaznenog postupka protiv podnositelja već, kada smatra da ponavljanje postupka predstavlja izvršenje pojedinačnih mjera u odnosu na podnositelja zahtjeva radi otklanjanja (okončanja) utvrđene konvencijske povrede, to čini na neizravan način, primjerice tako što u presudi navede da „primjećuje“ postojanje odredbe domaćeg procesnog kaznenog prava koja dopušta mogućnost obnove postupka, pa upravo iz tog razloga odbije zahtjev podnositelja za pravičnu naknadu.

Europski je sud presudio da je u predmetu podnositelja došlo do povrede članka 8. Konvencije, ali da nije došlo do povrede iz članka 6.1. Konvencije, slijedom čega nije naložio ponavljanje kaznenog postupka pred hrvatskim sudovima već je podnositelju dosudio pravednu novčanu naknadu na ime neimovinske štete.

Argumentacija Suda vezana uz povredu iz članka 8. Konvencije bila je, u bitnom, identična kao i u predmetu Dragojević te se u najvećem dijelu i pozivala na predmetnu presudu. Sud je vrlo jasno naveo da ne vidi nikakav razlog zbog čega bi odstupio od prakse ustanovljene u tom predmetu.

U pogledu obrazloženja izostanka povrede iz članka 6.1. Konvencije odnosno iz kojih razloga u konkretnom slučaju uporaba dokaza pribavljenih mjerama tajnog nadzora nije bila u suprotnosti sa zahtjevima poštenog suđenja, Sud je također u bitnome ponovio argumentaciju iznijetu u presudi Dragojević. Jedina razlika od presude Dragojević očituje se u tome da je Sud naveo da važnost spornih dokaza (koji su bili odlučujući za pokretanje kaznenog postupka protiv podnositelja kao i za njegovu osudu) nije odlučujući čimbenik u ocjeni Suda o poštenosti postupka u cjelini.

Međutim, u primjeni pravnih standarda Europskog suda izraženima u ovoj odluci, treba se pristupiti s posebnim opreznom i pravnom analizom. Naime, to što važnost dokaza nije u konkretnom slučaju ocijenjena odlučujućim čimbenikom za procjenu poštenosti provedenog postupka u cjelini, nikako ne znači da nije riječ o značajnom i važnom čimbeniku.

Ovo sve tim više što je u predmetu Dragojević Sud ipak dao važnost činjenici da sporni dokazi nisu bili jedini niti odlučujući za podnositeljevu osudu, a što je u suglasju s ocjenom Suda iznijetom u presudi *Schenk protiv Švicarske*²⁷ koja se smatra ključnom presudom Suda u pogledu procjene pravičnosti postupka vezano za uporabu nezakonitih dokaza. Ta je presuda ustanovila kao kriterije za procjenu pravičnosti postupka – prava obrane u odnosu na nezakoniti dokaz i okolnost je li nezakoniti dokaz jedini temelj za osudu.²⁸ Iako u presudi *Schenk* nije utvrđena povreda članka 6.1. Konvencije (između ostalog i zato što sporni dokazi nisu bili jedini i odlučujući za podnositeljevu presudu), a povredu članka 8. Konvencije Sud nije ispitivao jer je zahtjev podnositelja u tom dijelu ocijenjen nedopuštenim zbog neiscrpljenosti pravnog puta, važno je napomenuti da je prilikom odlučivanja u tom predmetu četvero sudaca izdvojilo svoja mišljenja smatrajući da je u konkretnom slučaju ipak došlo do povrede iz članka 6.1. Konvencije²⁹. Oni su, naime, smatrali da zakonito prikupljanje dokaza nije pitanje apstraktnog ili formalističkog zahtjeva već da je ono od izuzetne važnosti za pravičnost kaznenog postupka, pa se tako niti jedan sud ne može, bez da pritom nanosi štetu pravilnom dijeljenju pravde, osloniti na dokaze koji su bili prikupljeni ne samo nepošteno već prije svega nezakonito. Ako bi sudovi tako postupili, po mišljenju ovih sudaca – suđenje ne bi moglo biti pravično u konvencijskom smislu. Ovo čak i u slučaju da su postojali drugi dokazi, osim spornih, na koje bi se oslanjala optužnica odnosno presuda domaćih sudova.

Posebno se ističe izdvojeno mišljenje suca De Meyera, koje jednostavnošću svog izričaja i snažnom logikom u iznošenju argumentacije, na najbolji mogući način «pogađa» bit problema kojim se ovaj rad bavi, a koje glasi: «*Po mom mišljenju, činjenice utvrđene u objavljenoj presudi, u pogledu izrade osporavane snimke kao i po pitanju njenog korištenja u sudskom postupku, predstavljaju povredu podnositeljevog prava na privatnost njegovih telefonskih komunikacija kao i povredu njegovog prava na pravično suđenje. Istina je da je zahtjev bio proglašen nedopuštenim od strane Komisije, u onom dijelu koji se odnosio na izradu snimke. No «predmet» je bio upućen nama i upravo temeljem te činjenice su nam bila upućena i «sva činjenična i pravna pitanja» koja su iz njega proizašla tijekom razmatranja. Štoviše, izrada i korištenje osporavane snimke bili su «izravno vezani» jedno uz drugo; formirali su cjelinu koja je teško odvojiva kako pravno tako i činjenično. Izrada snimke je bila nužni preduvjet za njenu uporabu, baš kao što je i njena uporaba istovremeno predstavljala svrhu i «nastavak» njene izrade. Obje činjenice (izrada i uporaba -op.prev.) dale su povod prigovorima koji ne samo da su bili očigledno povezani i «blisko spojeni», već su u suštini bili isto. Stoga nije bilo razloga zbog kojeg nismo trebali sagledati predmetni postupak u cjelini. Sve je ukazivalo na činjenicu da je u svakoj od te dvije faze došlo do povrede temeljnih prava o kojima je riječ.»*

²⁷ *Schenk protiv Švicarske* zahtjev br. 10862/84) od 12. srpnja 1988.

²⁸ Bojanić, I. i Đurđević, Z. – „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 977

²⁹ Presuda Europskog suda u predmetu *Schenk protiv Švicarske* (zahtjev br. 10862/84) od 12. srpnja 1988., izdvojena mišljenja sudaca Pettitija, Spielmanna, De Meyera i Carrillo Salceda

3.3. MATANOVIĆ PROTIV HRVATSKE

Jednako kao i u ranije opisanim predmetima *Dragojević* i *Bašić*, i u predmetu podnositelja g. Matanovića su korišteni dokazi proizašli iz mjera tajnog nadzora naloženih od strane istražnog suca Županijskog suda u Zagrebu. Predmetni nalozi istražnog suca ponovno su bili obrazloženi navodom da zahtjevu državnog odvjetništva prileži prijedlog (izvješće) kriminalističke policije i relevantne službene zabilješke, izjave te drugi materijali iz kojih u pogledu podnositelja proizlaze osnove sumnje da je sudjelovao u izvršenju kaznenih djela, da je riječ o kaznenim djelima iz članka 181. ZKP/97 te je korišten zakonski izričaj da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drukčiji način ili bi to bilo skopčano s nerazmjernim teškoćama.

Pravni put i „sudbina“ podnositeljevih prigovora vezanih uz njegove tvrdnje da je tajni nadzor koji je nad njim bio provođen bio nezakonit jer se temeljio na nalogima istražnog suca koji su bili protivni domaćem pravu i praksi Ustavnog suda zato što nisu sadržavali ocjenu o tome jesu li se izvidi mogli provesti na drugi, manje invazivan način – bio je u bitnome identičan onima u predmetima *Dragojević* i *Bašić*.

I u ovom je, dakle, predmetu Sud utvrdio da nalozi suca istrage nisu sadržavali objašnjenje koje su to okolnosti konkretnog slučaja koje su ukazivale na to da se izvidi nisu mogli provesti na drugi, manje nametljiv način, a da su domaći sudovi potom opisani nedostatak obrazloženja u nalogima suca istrage retroaktivno opravdavali, što niti je u skladu s domaćim mjerodavnim pravom niti osigurava zaštitu od mogućih raznih vidova zlorabiranja. Još je jednom naglašeno da mjerodavno domaće pravo na način kako ga tumače nadležni sudovi, nije pružilo razumnu jasnoću doseg i načina provođenja diskrecije dodijeljene javnim vlastima, a osobito nisu u praksi osigurane adekvatne zaštitne mjere od raznih mogućih zlorabiranja. Radi toga je Sud ocijenio da postupak nalaganja i nadzora te izvršavanja mjera tajnog nadzora nad podnositeljem nije potpuno udovoljio zahtjevima zakonitosti niti je bio primjeren tome da zadiranje u njegova prava na privatni život i dopisivanje održi unutar onog što je „nužno u demokratskom društvu“. Sud je stoga zaključio da je u konkretnom slučaju došlo do povrede iz članka 8. Konvencije.

4. ESLJP I ZAKONITOST DOKAZA; UPOTREBLJIVOST DOKAZA PRIBAVLJENOG KRŠENJEM PRAVA NA POŠTIVANJE PRIVATNOG ŽIVOTA U KAZNENOM POSTUPKU

Konvencija ne sadrži pravna pravila o zakonitosti i nezakonitosti dokaza, što i sam ESLJP redovito ističe u svojim odlukama. *Krapac* navodi tri razloga zašto je to prepušteno nacionalnim pravima.³⁰ Ponajprije, ističe da je cilj Konvencije zaštititi temeljna prava, a ne pravilnost primjene nekog kaznenoprocenog modela za koji se odlučio nacionalni zakonodavac. Drugo, ukazuje na brojnost država stranaka Konvencije te na različitost njihovih kaznenopravnih sustava, stoga upozorava da u svojoj judikaturi ESLJP može kao jurisprudencijske razloge svojih presuda koristiti samo one koji su izvedeni kao minimalni zajednički nazivnik u više od 40 kaznenih procesnih prava europskih država. To je u prvom redu posljedica činjenice da kaznena procesna prava država članica Vijeća Europe imaju različita pravna pravila o nezakonitosti dokaza kao i o načinima njihovog određivanja, stoga ESLJP ne može iz njih za sebe izvesti minimalne zajedničke standarde. Kao treći razlog navodi da je notorno da ESLJP ne može nastupati kao superrevizijski sud koji bi osude u nacionalnom kaznenom postupku, utemeljene na nezakonitim dokazima, mogao ukidati i tako im oduzeti pravnu valjanost, već da temeljem članka 41. Konvencije može donositi samo deklaratorne presude kojima se utvrđuje postojanje povrede nekog prava iz Konvencije.³¹

ESLJP je, kako ističe *Krapac*, to prvi put naveo još 1988. godine u presudi u predmetu *Schenk* v. Švicarske gdje je ustvrdio da „dok članak 6. Konvencije jamči pravo na pravičan postupak, ne postavlja nikakva pravila o dopustivosti samih dokaza, što je stoga primarno predmet uređenja nacionalnih prava“ (§ 46). Poslije je to ponovljeno i razrađeno u nizu drugih presuda, a sada važeće stajalište je formulirano u presudama *Khan*

³⁰ Krapac, D., *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (3) (2010), str. 1211-1212.

³¹ Za upućivanje na relevantne izvore o razlikama među europskim državama u normativnoj konstrukciji nezakonitosti dokaza te o mjeri u kojoj stajališta ESLJP-a moraju odražavati pravne standarde država članica v. *ibid.* str. 1211-1212, bilj. 12. i 13.

v. Ujedinjenog Kraljevstva (§ 34),³² *Allan v. Ujedinjenog Kraljevstva* (§ 42)³³ i *Jalloh v. Njemačke* (§ 94-05)³⁴. U presudi u slučaju *Lisica v. Hrvatske*,³⁵ Sud je to ponovno istaknuo: "Članak 6. Konvencije jamči pravo na pošteno suđenje, ali u njemu nisu utvrđena pravila o dopuštenosti dokaza kao takvih, što znači da je to pitanje koje se prvenstveno uređuje nacionalnim pravom. Načelno, uloga Suda nije utvrđivati može li se određena vrsta dokaza – na primjer, nezakonito pribavljeni dokaz – smatrati dopuštenom niti pak je li podnositelj zahtjeva bio kriv ili nije. Pitanje na koje je ovdje potrebno odgovoriti jest je li postupak u cjelini, uključujući i način pribavljanja dokaza, bio pošten. To podrazumijeva ispitivanje "nezakonitosti" o kojoj je riječ i gdje je u pitanju povreda drugog konvencijskog prava, prirode te povrede" (§ 48).

Krapac dalje pojašnjava da iz navedenog proizlazi da ESLJP dvojako ispituje slučaj u kojem se ističe da su nacionalne vlasti u kaznenom postupku dopustile uporabu nezakonitog dokaza. ESLJP može pitanje pravne dopuštenosti uporabe nekog dokaza u kaznenom postupku ili njegove ocjene kod pitanja krivnje optuženika riješiti primjenom kriterija "pravičnog postupka", koji počiva na tzv. holističkom pristupu u primjeni članka 6. Konvencije, tj. može državu osuditi zbog povrede općih ili posebnih elemenata načela "pravičnog postupka", procjenjujući utjecaj te povrede na postupak u cjelini. Drugi način utvrđivanja je li neka radnja pribavljanja dokaza protivna Konvenciji sastoji se u provjeri je li ta radnja, sama po sebi protivna nekom drugom konvencijskom pravu, različitom od članka 6. (najčešće zabrani mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja iz članka 3. ili zabrani povrede tajnosti osobnog i obiteljskog života iz članka 8. EKLJP-a).³⁶ No, činjenica da su nacionalni sudovi svoju odluku zasnovali na dokazima koji su pribavljeni povredom nekog drugog članka Konvencije (npr. članka 8.) ne utječe nužno u negativnom smislu na pravičnost postupanja na način da se nužno mora utvrditi da je nastala povreda članka 6.³⁷

Međutim, ključno je što ESLJP, unatoč tome što utvrđuje povredu konvencijskih prava u cjelini zbog uporabe nekog dokaza, ne izriče da se tako nezakonito pribavljeni dokaz ne smije upotrijebiti kod donošenja presude: ESLJP u takvim situacijama uvijek navodi da pitanje dopustivosti tog dokaza mora riješiti nacionalno pravo. Dakle, u skladu s načelom supsidijarnosti, i doktrinom koju to načelo u sebi sadrži, a koja sprječava Sud da djeluje kao sud četvrtog stupnja, uporaba dokaza pribavljenih povredom nacionalnih materijalno-pravnih ili postupovnih pravila, nije, sama po sebi, suprotna zahtjevu "pravičnosti". Gdje se sudovi oslanjaju na dokaze koji su pribavljeni nezakonito, Sud će provjeriti: a) podudara li se "nezakonitost" u terminima nacionalnog prava s "nepravičnošću" u autonomnom smislu Konvencije; b) je li podnositelj zahtjeva imao prigodu uputiti svoj prigovor u vezi tog pitanja pred domaćim sudovima.³⁸ Naime, u predmetu *Bykov v. Rusije*, Veliko vijeće ESLJP je istaknulo da je, kad se utvrđuje je li postupak u cjelini bio pošten, potrebno uzeti u obzir i jesu li poštivana prava obrane. Osobito se mora ispitati je li podnositelju zahtjeva pružena prilika osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njegovoj uporabi. Osim toga, mora se uzeti u obzir i kvaliteta dokaza, između ostalog i je li, zbog okolnosti u kojima je dokaz pribavljen, dovedena u pitanje njegova pouzdanost ili točnost.³⁹

Kako je već ranije prikazano u radu, ESLJP unatoč tome što utvrđuje povredu konvencijskih prava zbog uporabe nekog dokaza, ne izriče da se tako nezakonito pribavljeni dokaz ne smije upotrijebiti kod donošenja presude. ESLJP u takvim situacijama uvijek navodi da pitanje dopustivosti tog dokaza mora riješiti nacionalno pravo.

Osnovna razlika između „starog“ i „novog“ ZKP-a, u pogledu režima «sankcioniranja» izostanka (dostatnog) obrazloženja naloga kojim se određuju mjere tajnog nadzora, sastoji se u tome što je ZKP/08, za razliku

³² *Khan v. Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 12. svibnja 2000.

³³ *Allan v. Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 5. studenog 2002.

³⁴ *Jalloh v. Njemačke*, presuda od 11. srpnja 2006. Ibid.

³⁵ *Lisica v. Hrvatske*, br. 20100/06, presuda od 25. veljače 2010.

³⁶ *Krapac*, *Nezakoniti dokazi...*, str. 1213-1214.

³⁷ *V. Khan*, §§34-40; *Bykov v. Rusije*, br. 4378/02, 10. ožujka 2009., §§94-105. Istovremeno, uporaba dokaza koji su pribavljeni na način koji predstavlja ozbiljno kršenje čl. 3 (kao što je to tortura) će u većini situacija biti protivna članku 6.

³⁸ *V. npr. Schenk v. Švicarske*, br. 10862/84, presuda od 12. srpnja 1988., §§ 47-51; *Heglas v. Češke*, br. 5935/02, presuda od 1. ožujka 2007., §§ 89-93. *Vitkauskas, D.; Dikov, G.*, Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2012., str. 72.

³⁹ *Bykov v. Rusije*, § 90.

od ZKP/97, dokaze pribavljene provođenjem posebnih dokaznih radnji protivno odredbi članka 332. ZKP/08⁴⁰ podveo pod «ex lege» nezakonite dokaze. Naime, odredbom članka 335. stavak 8. ZKP/08 propisano je da ukoliko su posebne dokazne radnje poduzete protivno odredbi članka 332. ZKP/08 – dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo – ne mogu se upotrijebiti u kaznenom postupku.

Dakle, ako se u konkretnom kaznenom predmetu utvrdi da nalog suca istrage o tajnom nadzoru trpi nedostatke vezane za obrazloženje pretpostavki koje moraju postojati, a da bi nalog bio valjano izdan – dokazi koji su prikupljeni na temelju takvih naloga bit će «ex lege» nezakoniti.

Nadalje, ZKP/08 je kao novinu u odnosu na ZKP/97, člankom 10. stavak 3.⁴¹, u postupcima za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, uveo mogućnost „konvalidacije“ nezakonitih dokaza koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (nezakoniti dokazi *ex judicio* – op.a.) – provođenjem tzv. „vaganja pretežitog interesa“ pri čemu se u korelaciju stavljaju interesi kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenog djela u odnosu na interes zaštite povrijeđenog prava.

Iz ranije opisanih presuda Europskog suda u predmetima Dragojević, Bašić i Matanović jasno proizlazi da nedostatna obrazloženja naloga sudaca istrage kojim se određuju posebne dokazne radnje krše prava iz članka 8. Konvencije te da nisu u skladu s domaćim mjerodavnim pravom, iz čega bi se moglo zaključiti da dokazi proizašli iz takvih naloga potpadaju pod režim „*ex judicio*“ nezakonitih dokaza kod kojih je dozvoljeno vaganje pretežitog interesa.

Međutim, smatramo da u slučaju dokaza koji su pribavljeni na temelju nedostatnih naloga sudaca istrage o određivanju posebnih dokaznih radnji – takvo „vaganje“ ipak ne dolazi u obzir jer tu nije riječ o dokazima koji bi bili primarno *ex judicio* nezakoniti. Ovo stoga što je za takav slučaj ekskluzijsko pravilo propisano samim Zakonom o kaznenom postupku i to odredbom članka 335. stavak 8. ZKP/08, dakle primarno je riječ o *ex lege* nezakonitim dokazima.

Osim toga, i sam je Europski sud u razmatranim presudama naglasio da manjkava obrazloženja naloga nisu u skladu s domaćim mjerodavnim pravom, što znači da nisu u bila u skladu sa zahtjevima članka 180. i 182. stavak 1. ZKP/97 koji u bitnome odgovaraju članku 332. stavak 1. ZKP/08. Budući da Europski sud pitanje zakonitosti dokaza načelno ostavlja nacionalnim pravima i sudovima – jasno je da je mogao samo konstatirati povredu konvencijskog prava iz članka 8. Konvencije, no njegovo utvrđenje da manjkava obrazloženja naloga nisu u skladu s domaćim mjerodavnim pravom – predstavlja jasnu smjernicu za hrvatske sudove u pogledu toga kako odlučiti vezano za ocjenu zakonitosti i dopuštenost uporabe dokaza koji su pribavljeni na temelju takvih naloga sudaca istrage. Ovo tim više što ZKP/08 za razliku od ZKP/97, kako je ranije rečeno, sadrži izrijekom ustanovljeno ekskluzijsko pravilo u odredbi članka 335. stavak 8. ZKP/08.

Moguće je reći da se u pitanju ocjene režima nezakonitosti dokaza, da li je riječ o *ex judicio* ili *ex lege* nezakonitim dokazima, u slučajevima dokaza koji proizlaze iz nedostatno obrazloženih naloga sudaca istrage kojima se određuju posebne dokazne radnje, ova dva režima na određeni način isprepliću jer istodobno dolazi do kršenja prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života kao i do kršenja odredbe članka 332. stavak 1. ZKP/08 za koju je ustanovljeno ekskluzijsko pravilo. Međutim, pri ovakvom preklapanju prednost ima režim *ex lege* nezakonitih dokaza koji od suda zahtijeva izdvajanje takvog dokaza iz spisa čim se ustanovi njegovo postojanje, a ne tek nakon izvršenog vaganja tzv. „pretežitog interesa“.

Drugim riječima, može se zaključiti da odredba članka 335. stavak 8. ZKP/08 u opisanim slučajevima isključuje mogućnost primjene odredbe članka 10. stavak 3. ZKP/08.

Iako pitanje uporabe i (ne)zakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem članka 8. Konvencije odnosno radi li se o „*ex lege*“ ili „*ex judicio*“ nezakonitim dokazima, daleko nadilazi temu ovog rada, valja primijetiti da domaća stručna literatura o ovom pravnom pitanju nije bogata. Međutim, u pravnoj je literaturi moguće pronaći istovjetne stavove istaknute i u ovom radu. Prema njima, dokazi pribavljeni na temelju naloga predstavljaju *ex lege* nezakonite dokaze kod kojih nije moguće „vaganje“. Ovaj stav proizlazi, s jedne strane, iz zakonske

⁴⁰ Članak 332. ZKP/08 između ostalog propisuje obvezu da sudac istrage provođenje posebnih dokaznih radnji kojima se ograničavaju određena ustavna prava građana određuje pisanim, obrazloženim nalogom.

⁴¹ Članak 10. stavak 3. ZKP/08: „Ne smatraju se nezakonitima dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. ovog članka u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava.“

obveze obrazloženja naloga kojim se određuju tajne mjere sudaca istrage iz članka 332. ZKP/08, te s druge strane, s obzirom na to da je Europski sud u odlukama Dragojević protiv Hrvatske i Bašić protiv Hrvatske utvrdio povredu članka 8. Konvencije u slučaju nedostatka obrazloženja naloga suca istrage. Prema tome, utvrđivanje nezakonitosti dokaza koji su proizašli iz postupanja javne vlasti koja temelj ima u nalogu koji nije "u skladu sa zakonom" i "nužnosti u demokratskom društvu" predstavlja ex lege nezakonite dokaze kod kojih nije moguće "vaganje" budući da je ZKP/08 u odredbi 335. stavak 8. ZKP/08 propisao da se dokazi pribavljeni protivno odredbi članka 332. ZKP/08 ne mogu upotrijebiti u postupku. Nakon utvrđivanja da takvi dokazi predstavljaju ex lege nezakonite dokaze, potrebno je ocijeniti i ostale dokaze u smislu članka 10. stavak 2. točka 4. ZKP/08 ("plodovi otrovne voćke").⁴²

ZAKLJUČAK

Područje provođenja tajnog nadzora izuzetno je osjetljivo, a prema Konvenciji se tolerira samo u onoj mjeri koja je strogo potrebna za očuvanje demokratskih institucija. Europski sud za ljudska prava u zasebnim predmetima Dragojević, Bašić i Matanović protiv Hrvatske zaključio je da u postupku koji se protiv podnositelja zahtjeva vodio pred hrvatskim sudovima nije bilo poštovano pravo na poštivanje privatnog života i korespondencije iz članka 8. Konvencije. Spomenutu povredu Europski sud je utvrdio držeći da je podnositeljima zahtjeva povrijeđeno pravo na poštivanje njihovog privatnog života i korespondencije zbog toga što su djelatnici Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta provodili tajni nadzor i snimanje njihovih telefonskih razgovora, suprotno jamstvima iz članka 8. Konvencije. Ovo osobito stoga što je Europski sud utvrdilo da nalozi istražnog suca, kojima je USKOK-u dozvoljeno snimanje i nadziranje telefonskih razgovora, nisu bili dovoljno i valjano obrazloženi, odnosno nisu sadržavali obrazloženje iz kojih razloga se ista svrha (prikupljanje dokaza) ne bi mogla ostvariti nekom blažom mjerom, u skladu s zahtjevima Zakona o kaznenom postupku. Pored toga, Europski sud je analizirao i sudsku praksu hrvatskih sudova koja dopušta mogućnost da nalozi suca istrage o nadzoru i tehničkom snimanju telefonskih razgovora uopće ne budu obrazloženi, a što sve, prema Sudu, omogućuje zlouporabu te mjere. Standardi izraženi u citiranim presudama Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske jasno ukazuju na potrebu promjene sudske prakse sudova u Republici Hrvatskoj. Tome je tako jer, iako je u Zakonu o kaznenom postupku izričito predviđena prethodna sudska kontrola i detaljno obrazloženje pri izdavanju naloga za tajni nadzor kako bi takve mjere bile provedene, nacionalni sudovi su uveli mogućnost retroaktivnog opravdanja njihove uporabe, čak i kad zakonska pretpostavka prethodne sudske kontrole i detaljnog obrazloženja u nalogu nije poštovana.

Presude ESLJP u predmetima Dragojević i Bašić, budući da su konačne, pravno obvezuju Republiku Hrvatsku na temelju članka 46. stavak 1. Konvencije. Pored toga, a obzirom na prevladavajuće shvaćanje da konačne presude Europskog suda imaju učinak *erga omnes*, valja voditi računa i o općim te konkretnim utvrđenjima Suda iznijetim u brojnim drugim presudama koje se ne odnose na Republiku Hrvatsku, ali koje razmatraju pitanja postojanja povreda iz članka 8. i s tim u vezi članka 6. Konvencije u odnosu na postupak u kojem se nalažu i provode posebne dokazne radnje (*special investigative measures*) kao i uporabe dokaza proizašlih iz takvih radnji u kaznenim postupcima pred nacionalnim sudovima.

Neovisno o tome što su u predmetima Dragojević, Bašić i Matanović kazneni postupci pred hrvatskim sudovima vođeni po ZKP/97, ove su presude primjenjive i na postupke koji se vode po odredbama ZKP/08 jer vrlo jasno ustanovljuju standard «dostatnog odnosno odgovarajućeg» obrazloženja naloga sudaca istrage kojim određuju provođenje posebnih dokaznih radnji i to na način da iz tih naloga mora biti potpuno jasno i razvidno jesu li u trenutku njegovog izdavanja bile ispunjene sve materijalnopravne pretpostavke odnosno rečeno riječima samog Suda u presudi *Dragojević*: «svaki pojedinac u nadležnosti hrvatskih vlasti, kad se oslanja na premetne odredbe mjerodavnog domaćeg zakona, mora biti uvjeren da će ovlasti tajnog nadzora biti podvrgnute prethodnoj sudskoj kontroli i provedene na temelju detaljnog sudskog naloga koji ispravno navodi nužnosti i proporcionalnost bilo koje takve mjere.»

⁴² Turudić, I., T. Pavelin Borzić T., Bujas, I., Dokazi pribavljeni nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu u svjetlu članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog. fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 38, br. 1, 595-630 (2017), str. 624.

Mjerodavnim domaćim procesnim kaznenim zakonima, bilo da je riječ o onom iz 1997., bilo o onom iz 2008. – nije izričito propisano u kojoj mjeri sudac istrage mora obrazložiti materijalnopravne pretpostavke za izdavanje naloga kojim se određuje provođenje posebnih dokaznih radnji, ali jest propisano da ih mora pisano obrazložiti. Korištenje samo zakonskih izričaja u obrazloženjima naloga ili tek konstatiranje da određena materijalnopravna pretpostavka postoji, bez navođenja konkretnih razloga, specifičnih okolnosti slučaja kao i zaključaka suda u tom pravcu – nikako ne može predstavljati stvarno obrazloženje postojanja određenog materijalnopravnog uvjeta za izdavanje naloga. Dakle, ovdje nije riječ o tome da bi sud „šturo“ obrazložio postojanje osnova sumnje i/ili supsidijarnosti mjere, već je riječ o tome da ih *stvarno* nije uopće obrazložio.

Situacije do kojih je došlo u sudskoj praksi jasno pokazuju da su hrvatski sudovi različito tumačili i primjenjivali relevantne odredbe ZKP-a u pogledu toga u kojoj su mjeri, koliko detaljno i kada, u kojoj fazi postupka, dužni iznositi svoje obrazloženje postojanja osnova sumnje i supsidijarnosti mjere u smislu odredbi članka 180. stavak 1. ZKP/97 odnosno članka 332. stavak 1. ZKP/08.

Odgovore na ova pitanja dao je Europski sud u presudama Dragojević, Bašić i Matanović – ne ostavljajući niti najmanju sumnju u to da je način na koji su hrvatski sudovi iznosili svoja tumačenja i primjenjivali procesne kaznene odredbe vezane uz obrazloženje naloga o određivanju posebnih dokaznih radnji – s konvencijskog aspekta neprihvatljiv jer krši prava iz članka 8. Konvencije.

Smatramo da se sudac istrage pri obrazloženju naloga o tajnom nadzoru mora prvenstveno voditi osnovnim zahtjevima koje treba zadovoljiti sudska odluka, a da bi se pri tome smatrala valjano obrazloženom⁴³. To znači da iz same odluke suca istrage mora biti vidljivo da se volja suda izražena u nalogu poklapa s voljom koja je na apstraktan način izražena u zakonu i da njegovo obrazloženje omogućuje osobi u odnosu na koju nalog izdaje kontrolu logičkog procesa pomoću kojeg je sud došao do svoje odluke⁴⁴.

Naime, nesporno je da osoba u odnosu na koju je nalog izdan ima pravo u kasnijim fazama postupka (nakon što sazna da je bila podvrgnuta mjerama tajnog nadzora) osporavati i postojanje materijalnopravnih pretpostavki potrebnih za izdavanje naloga o tajnom nadzoru. Takva osoba ima pravo osporavati dostatnost odnosno valjanost obrazloženja naloga suca istrage ukoliko smatra da iz njegovog naloga ne proizlazi postojanje materijalnopravnih pretpostavki za njegovo izdavanje odnosno da je nalog obrazložen tako da uopće nije moguće ispitati zaključivanje suca istrage o postojanju osnova sumnje da je osoba sudjelovala u izvršenju katalošskog kaznenog djela i/ili zbog čega se izvidi kaznenog djela ne bi mogli provesti na drugi, manje nametljiv, način ili bi to bilo skopčano uz nerazmjerne teškoće. Kada osoba u odnosu na koju je izdan nalog o tajnom nadzoru ne bi imala gore opisano pravo – to bi govorilo u prilog povrede njenog prava na obrazloženu sudska odluku, a koje je pravo implicitno sadržano u pravu na pravično suđenje iz članka 6.1. Konvencije.

Mogućnost koju su u praksu uveli hrvatski sudovi, a riječ je o mogućnosti retroaktivnog opravdavanja evidentnih nedostataka u obrazloženjima sudaca istrage, tako se već iz prije opisanih razloga pokazuje neprihvatljivom jer osobi u odnosu na koju je izdan nalog o tajnom nadzoru samo *teoretski i iluzorno* omogućuje prigovaranje nedostatnoj obrazloženosti izdanih naloga, bez stvarne mogućnosti da se o tim prigovorima doista raspravi. Ovo stoga što sudovi prigovor konkretnog nedostatka obrazloženja naloga sudaca istrage otklanjaju svojim naknadnim obrazloženjima koja uopće nisu postojala u trenutku izdavanja naloga i kojima se po logici stvari i ne prigovara. Na određeni način, takvo je postupanje sudova dovelo u pitanje i učinkovitost pravnog lijeka koji stoji na raspolaganju osobama u odnosu na koje su donijeti nalozi o tajnom nadzoru.

Zaključno, očekivana promjena sudske prakse koja će pratiti standarde uspostavljene presudama Europskog suda u predmetima Dragojević, Bašić i Matanović mogla bi, a i trebala bi, predstavljati vid realizacije općih mjera koje Republici Hrvatskoj stoje na raspolaganju u cilju sprečavanja ponavljanja povreda konvencijskih prava koja su u tim presudama utvrđena.

⁴³ Iako nalog kao jedna od sudskih odluka u pravilu ne sadrži obrazloženje ZKP/97 kao i ZKP/08 predviđa iznimku u pogledu naloga kojima se određuje provođenje posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju ustavna prava i slobode, zahtjevom da ti nalozi budu obrazloženi. (članak 182. stavak 1. ZKP/97 i članak 332. stavak 1. ZKP/08.

⁴⁴ Ilić, G, P, „Pravo na obrazloženu sudska odluku“, Crimen (II) 2/2011, str. 229.

LITERATURA

- Bjorge, E., National supreme courts and the development of ECHR rights, I•CON (2011), Vol. 9 No. 1
- Bojanić, I. i Đurđević, Z. – „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008.
- Ilić, G, P, „Pravo na obrazloženu sudsku odluku“, Crimen (II) 2/2011.
- Ivičević Karas, E., Pravno mišljenje izrađeno za potrebe obrane u kaznenom predmetu koji se vodi pred Županijskim sudom u Zagrebu pod poslovnim brojem 6 Kov-US-55/15.
- Krapac, D., Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2010.
- Krapac, D., Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i hrvatski kazneni postupak, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, br. 1/1995.
- Krapac, D., Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2003.
- Krapac, D., Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (3) (2010).
- Krapac, D., Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskog postupovnog prava, 4. izdanje, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 194
- Letsas, G., Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer, 21 European Journal of International Law. (2010).
- Letsas, G., The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR, The European Journal of International Law, Vol. 15., No. 2.,
- Mahoney, Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural relativism, 19 Human Rights Law Journal (1998)
- Mowbray, A., An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law, Human Rights Law Review 9:2(2009).
- Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, 5. izdanje, Rijeka, Žagar, 2005.
- Radačić, I., Interpretativna načela Europskog suda za ljudska prava, u: Radačić, I. (ur.), Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Centar za mirovne studije, Zagreb 2011.
- Turudić, I., T. Pavelin Borzić T., Bujas, I., Dokazi pribavljeni nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu u svjetlu članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog. fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 38, br. 1, 595-630 (2017).
- Vitkauskas, D.; Dikov, G., Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2012
- Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.
- Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10
- Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12. -Odluka i Rješenje USRH, 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14.
- Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 62/03. – pročišćeni tekst i 115/06.

Dražen Tripalo, mag.iur.*

SNIMANJE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA I SNIMANJE RASPRAVE PREMA PRIJEDLOGU ZID ZKP IZ 2017. (7. NOVELA)

1. UVOD

Zakon o kaznenom postupku¹ (dalje: ZKP/08.) je od donošenja i stupnjevito postupno na snagu² mijenjan i dopunjavan šest puta, a u vrijeme pisanja ovog rada u tijeku je zakonodavna procedura za njegovu sedmu izmjenu i dopunu. Budući da je Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, kojega je Vlada Republike Hrvatske usvojila 2. veljače 2017. i uputila u Hrvatski sabor, prošao prvo čitanje (rasprava o tom Prijedlogu zaključena je 22. ožujka 2017.), za vjerovati je da će uskoro, bez značajnijih izmjena (posebno onih koje bi se odnosile na materiju koja se izlaže u ovome radu), biti i prihvaćen.

Potreba donošenja ove 7. Novele ZKP/08. proizlazi iz obveze usklađivanja tog propisa s četiri Direktive Europske unije, i to:

1. Direktivom 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,
2. Direktivom 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,
3. Direktivom 2014/42/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima u Europskoj uniji, te
4. Direktivom 2014/62/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o kaznenopravnoj zaštiti eura i drugih valuta od krivotvorenja, kojom se zamjenjuje Okvirnu odluku Vijeća 2000/383/PUP.

Najznačajnije promjene, koje će utjecati i na strukturu našeg kaznenog postupka, posljedica su implementacije Direktive o pravu na pristup odvjetniku (dalje: Direktiva) za čiju transpoziciju u naše pravo je, prema njenom članku 15. stavku 1., rok istekao 27. studenog 2016., kada su se stekli uvjeti i za njenu izravnu primjenu.

* Dražen Tripalo, mag.iur., sudac Vrhovnog suda RH

¹ Narodne novine“ broj 152/08., 76/09., 80/11., 121/11. – pročišćeni tekst, 91/12. – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14.

² neke njegove odredbe stupile su na snagu 1. siječnja 2009., 1. srpnja 2009. počeo se primjenjivati u predmetima iz nadležnosti Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, a gotovo u cjelini (osim odredaba o Visokom kaznenom sudu) stupio je na snagu 1. rujna 2011.

Tom Direktivom ustanovljena je obveza država članica u kaznenopostupovne sustave ugraditi učinkovite mehanizme koji će osobi osumnjičenoj da je počinila kazneno djelo (pri čemu **će one** i pojmove osumnjičenika i kaznenog djela morati urediti onako kako je to u svojoj bogatoj sudskoj praksi autonomno odredio Europski sud za ljudska prava – dalje: ESLJP – dakle, neovisno o dosadašnjim definicijama tih pojmova u nacionalnim zakonodavstvima država članica³) jamčiti ne samo da bude poučena o pravu na odvjetnika, nego da ona to pravo praktično i efikasno i ostvari već od trenutka stjecanja svojstva osumnjičenika.

Transpozicija u ZKP/08. ove Direktive dovela je do preispitivanja dosadašnjeg sustava u kojem je policija bila ovlaštena „prikupljati obavijesti“ (i) od osumnjičenika, pri čemu tako prikupljene obavijesti nisu imale dokaznu, već spoznajnu vrijednost. 7. Novela polazi od koncepcije prema kojoj će ispitivanje osumnjičenika pred policijom (naravno, pod pretpostavkama valjanog upozorenja o njegovim pravima i zakonito provedenog ispitivanja) postati dokaz kojega će biti moguće koristiti u kaznenom postupku, i to neovisno o tome je li okrivljenik uzeo branitelja ili se odrekao tog prava, pri čemu je propisana i obveza snimanja takvog ispitivanja.

Izmjene koje uvodi 7. Novela u odnosu na snimanje⁴ rasprave nisu opsežne, ali je njima značajno poboljšana dosadašnja regulativa ovog vrlo rijetko primjenjivanog instituta. Naravno, pretpostavka njegove šire uporabe bolja je opremljenost sudnica tehničkim sredstvima za snimanje, ali iskustva nedavno provedenog pilot projekta tonskog snimanja rasprava u sklopu projekta IPA 2010 „Jačanje učinkovitosti pravosuđa u Republici Hrvatskoj“ ukazala su na mogućnosti i koristi takvog snimanja koje nadilaze uložena sredstva i probleme s kojima su se sreli sudionici tog projekta.

2. PRAVO NA PRISTUP ODVJETNIKU PREMA ZKP/08. (BEZ 7. NOVELE) I DIREKTIVI

Zakon o kaznenom postupku iz 1997.⁵ (dalje: ZKP/97.) je, iako neformalnim obavijesnim razgovorima redarstvenih vlasti s građanima – uključujući i osumnjičenike – nije pridavao značaj dokaza, u članku 177. stavku 5. predviđao iznimku prema kojoj je policijski zapisnik o ispitivanju osumnjičenika (u prvom razdoblju samo onog koji je bio uhićen ili protiv kojega je trebalo poduzeti pretragu stana, a od novele tog Zakona iz 2002. i svakog drugog osumnjičenika) koji je uzeo branitelja bio valjani dokaz u kaznenom postupku.

ZKP/08. je, uvevši državnoodvjetničku istragu, policijskom prikupljanju obavijesti od osumnjičenika otklonio dokaznu snagu, čime je vratio svako takvo policijsko ispitivanje u stadij neformalnih izvida koji nisu bili strogo regulirani postupovnim pravilima i koji su zadržali samo spoznajni značaj. Obveza policije poučiti osumnjičenika o pravu na branitelja postojala je samo kad je on bio uhićen (članak 108.), ali je uhićenika, prema pravilima o ispitivanju okrivljenika (uključujući o ono o pravu na branitelja) formalno ispitivao državni odvjetnik pred kojim je osumnjičenik tek mogao i faktički ostvariti to pravo. Ovakvo rješenje u skladu je s mješovitom definicijom osumnjičenika koju je prihvatio ZKP/08.⁶ prema kojoj se stjecanje položaja osumnjičenika veže uz podnošenje kaznene prijave (osumnjičenik u formalnom smislu) kao i uz provođenje izvida ili provođenje neke od hitnih dokaznih radnji (osumnjičenik u materijalnom smislu).

Međutim, Direktiva, kada propisuje obvezu omogućavanja osumnjičeniku uzimanja branitelja prije ispitivanja (dakle, i prije prvog ispitivanja) od strane policije ili drugog tijela kaznenog progona ili sudbene vlasti⁷,

³ Kriteriji za određivanje pojma osumnjičenika jasno su postavljeni u odluci ESLJP u predmetu *Foti i drugi protiv Italije*, a mjerila za određivanje pojma kaznene optužbe izražena su u predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske* (a primijenjena su i u predmetu *Maresti protiv Republike Hrvatske*, preko kojega su „na velika vrata“ ušla i u našu sudsku praksu).

⁴ prasko ESLJP jasno proizlazi i da je pravo na branitelja, kao jedno od minimalnih prava obrane propisanih člankom 6. stavkom 3. točkom c) za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Narodne novine - Međunarodni ugovori“ broj 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst; nastavno: Konvencija), pretpostavka prava na pravično suđenje (članak 6. stavak 1. Konvencije) i da njegova povreda, neovisno o načinima kojima su u nacionalnim sustavima uređena pitanja nezakonitih dokaza, ima za posljedicu povredu Konvencije, kako je to ustanovljeno u brojnim odlukama ESLJP od kojih je najznačajnija bila ona donesena u predmetu *Salduz protiv Turske* na kojoj je razvijena takozvana Salduz-doktrina koja je bila temelj za donošenje ove Direktive.

⁵ Iako ZKP/08. i 7. Novela govore o audio ili audio-video snimanju rasprave, ali ovdje se prvenstveno misli na tonsko snimanje i, kada se govori o prijepisu snimke, na prijepis te tonske snimke.

⁶ „Narodne novine“ broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02. i 115/06.; dalje: ZKP/97.

⁷ Odredba članka 202. (koji određuje značenje zakonskih izraza), i to njegovog stavka 2. točke 1. glasila je: „osumnjičenik je osoba protiv koje je podnesena kaznena prijava ili se provode izvidi ili je provedena hitna dokazna radnja“.

⁸ „before they are questioned by the police or by another law enforcement or judicial authority“

pojam osumnjičenika definira samo u materijalnom smislu, pri čemu nepostojanje formalne optužbe nije od utjecaja na njegov položaj. Zbog toga i 7. Novela uvodi novu odgovarajuću definiciju osumnjičenika prema kojoj je to osoba u odnosu na koju postoje osnove sumnje da je počinila kazneno djelo i protiv koje policija ili državno odvjetništvo poduzimaju radnje u cilju razjašnjenja te sumnje.

3. ISPITIVANJE OSUMNJIČENIKA PRED POLICIJOM KAO DOKAZ

Direktiva ne propisuje dokaznu snagu ispitivanja osumnjičenika već samo jamstva ostvarenja njegovih prava, ali se, uz implementaciju u ZKP/08. prava okrivljenika na pristup branitelju prije prvog ispitivanja, dakle, i prije ispitivanja u svojstvu osumnjičenika od strane policije, postavilo pitanje smislenosti zadržavanja tog policijskog ispitivanja osumnjičenika policija na razini dosadašnjih obavijesnih razgovora, odnosno pitanje ima li razloga ne prihvatiti i takvo ispitivanje, kada je ono obavljeno uz poštivanje svih osumnjičeničkih prava, a posebno i kada se to ispitivanje obavlja uz prisutnost branitelja kao jednog od kontrolnih mehanizama ostvarivanja tih prava, kao valjani dokaz.

Takvo rješenje kojim je prvo policijsko ispitivanje osumnjičenika uz branitelja valjani dokaz bilo je, kako je već navedeno, prihvaćeno tijekom važenja ZKP/97. i, nakon nekih početnih dvojbenih postupanja do kojih je došlo u prvom razdoblju njegove primjene koja su kroz sudske odluke jasno označena kao nezakonita, nije stvaralo probleme u sudskoj praksi niti su kasnije uočena kršenja osumnjičeničkih prava koja bi bila posljedicom takve zakonske regulative.

Osim tih ranijih pozitivnih iskustava, potrebno je istaknuti da je Republika Hrvatska jedna od rijetkih zemalja Europske unije u kojoj policijsko ispitivanje osumnjičenika nema dokaznu snagu, odnosno u kojoj se „neformalno“ ispitivanje osumnjičenika, koje ima karakter obavijesnog razgovora (o kojemu policija sačinjava bilješku koja se ne bi trebala uložiti u sudski spis, a ako je priložena optužnici treba biti izdvojena iz spisa, dok bi donošenje presude uz korištenje sadržaja takvog obavijesnog razgovora predstavljalo, kao utemeljenje presude na nezakonitom dokazu, apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka), razlikuje od njegovog „formalnog“ ispitivanja koje se provodi po strogo propisanim pravilima i kasnije ima punu dokaznu snagu.

Nakon zaključka da ne postoje opravdani razlozi isključenja ili ograničenja dokazne snagu policijskog ispitivanja osumnjičenika provedenog uz poštivanje svih njegovih prava koja ima u kaznenom postupku, pritom i uz nazočnost njegovog branitelja kao garanta očuvanja tih prava, otvorilo se i pitanje treba li policijskom ispitivanju osumnjičenika koji je pravilno upozoren (i) o pravu na branitelja, a koji se izričito odrekao tog prava, otkloniti značaj dokaza, odnosno takvo ispitivanje i dalje tretirati (samo) kao obavijesni razgovor, ili i njemu priznati dokaznu snagu.

Naime, nepriznavanje dokazne snage i takvom ispitivanju bilo bi nelogično i otvorilo bi „dvostruki kolosijek“ u kojem bi mogućnost kasnijeg korištenja jedne radnje u postupku, izvedene na isti način, po jednakim pravilima, ovisila isključivo o volji osumnjičenika da uzme branitelja: ako bi ga uzeo, to ispitivanje predstavljalo bi valjani dokaz, a ako ga ne bi uzeo, takvo ispitivanje bilo bi neformalno.

S druge strane, prihvaćanje kao dokaza policijskog zapisnika o ispitivanju osumnjičenika bez branitelja, ako bi taj zapisnik bio jedini dokaz o toj radnji, otvorilo bi mogućnost kasnijeg okrivljenikovog osporavanja pravilnosti takvog prvog ispitivanja, a to bi imalo za posljedicu potrebu izvođenja dokaza radi provjere zakonitosti policijskog postupanja (potpunosti pravovremenog poučavanja osumnjičenika o njegovim pravima, izričitog odricanja od prava na branitelja, načina njegovog ispitivanja, potpunosti zapisnika o tom ispitivanju i slično), a sve radi ocjene zakonitosti ne samo zapisnika o ispitivanju osumnjičenika, nego i zakonitosti svih dokaza za koje bi se iz tako pribavljenog iskaza osumnjičenika saznalo (o čemu je kasnije više rečeno – vidi poglavlje 2.3.). Pritom je nužno naglasiti da potreba izvođenja dokaza o tim okolnostima ne bi bila posljedica nepovjerenja u policiju, nego obveze suda provjeriti zakonitost policijskog postupanja ako bi ona bila osporena, a sve to bi značajno opteretilo dokazni postupak pred sudom iscrpljivanjem kako suda u izvođenju raspoloživih dokaza o prvom ispitivanju, tako i djelatnika policije koji bi u slučaju osporavanja zakonitosti te radnji morali o njoj svjedočiti.

Sve ove dvojbe otklonjene su propisivanjem obveze snimanja policijskog ispitivanja osumnjičenika.

4. SNIMANJE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA

Smisao snimanja ispitivanja osumnjičenika pred policijom nije, kako je to već navedeno, omogućiti provjeru zakonitosti postupanja policije zbog nepovjerenja u njen rad, već na objektivni način osigurati dokaz ne samo o sadržaju osumnjičenikovog iskaza, nego i o načinu policijskog postupanja radi otklanjanja, odnosno lake provjere kasnijih prigovora koji bi se odnosili na (ne)postojanje pravovremenih, valjanih i potpunih upozorenja o osumnjičeničkim pravima, na osumnjičeničeve izričite izjave o korištenju ili odricanju od prava na branitelja te na način njegovog ispitivanja kao i pravilno konstatiran sadržaj njegovog iskaza ako bi jedini trag o njemu samo zapisnik.

Zbog toga je, prema 7. Noveli, u novom članku 208.a stavku 7., propisano da će se ispitivanje osumnjičenika od strane policije snimiti audio-video uređajem, slično kao što je to do sada bilo propisano za njegovo ispitivanje koje je provodio državni odvjetnik ili, po njegovom nalogu, istražitelj.

5. SADRŽAJ SNIMKE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA

Prema odredbi stavka 7. članka 508.a iz 7. Novele, snimkom se – naravno, uz iskaz osumnjičenika (ili njegovu izjavu da ne želi iskazivati), uključujući i pitanja koja mu se postavljaju i njegove odgovore – moraju zabilježiti:

- pouka osumnjičeniku iz stavka 4. toga članka, i to:
 - obavijest o osnovama sumnje protiv njega,
 - pouka o pravu na branitelja,
 - pouka o pravu na tumačenje i prevođenje,
 - pouka da nije dužan iskazivati niti odgovarati na pitanja te
 - pouka da u svakom trenutku može napustiti policijske prostorije;
- izjave osumnjičenika:
 - iz stavka 4. – je li razumio pouku o pravima,
 - iz stavka 5. – da ne želi uzeti branitelja, pa niti nakon što ga se na jednostavan i razumljiv način upozna sa značenjem prava na branitelja i posljedicama odricanja od tog prava ili
 - iz stavka 6. – da želi uzeti branitelja te
- upozorenje da se ispitivanje snima i da snimljeni iskaz može biti upotrijebljen kao dokaz u postupku.

6. SADRŽAJ ZAPISNIKA UZ SNIMANJE ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA

Uz snimku se sačinjava i zapisnik, i to prema odredbama članka 275. ZKP/08. (koje 7. Novelom nisu mijenjane), a koje se odnose na zapisnik uz snimanje okrivljenika.

Stoga policijski zapisnik o ispitivanju osumnjičenika, osim obavijesti o osnovama sumnje, pouke o pravima te izjave osumnjičenika o korištenju prava da uzme branitelja i upozorenja da se ispitivanje snima te da snimljene izjave mogu biti upotrijebljene kao dokaz u postupku sadrži još i:

- podatke koje mora sadržavati svaki zapisnik (članak 83. stavak 1.), a to su:
 - naziv državnog tijela pred kojim se obavlja radnja, mjesto gdje se obavlja radnja, dan i sat kad je radnja započeta i završena, imena i prezimena prisutnih osoba i u kojem su svojstvu prisutne, te naznaka kaznenog predmeta u kojem se poduzima radnja,
- podatke koje mora sadržavati zapisnik o ispitivanju okrivljenika:
 - osobni podaci osumnjičenika (članak 272. stavak 1.),
 - podatke o snimanju iz članka 87. stavka 5. ovog Zakona:
 - da je obavljeno tehničko snimanje, tko je snimanje obavio, kojim je uređajem snimanje obavljeno, da je osoba koja se ispituje prethodno upoznata o snimanju, kratki sadržaj danih izjava⁸ i je li snimka reproducirana te gdje se snimka čuva ako nije priložena spisu predmeta,

⁸ pri čemu se misli na očitovanja stranaka, primjerice izjavu osumnjičenika da uopće ne želi davati iskaz, ili da ne želi odgovarati na pitanja, ili da želi odgovarati samo na pitanja svog branitelja i slično, a ne i na iskaz osumnjičenika (o tome vidi sljedeći odlomak)

- početak, prekid, nastavak i završetak ispitivanja te
- druge okolnosti značajne za tijek ispitivanja.^{9,10}

Iako je u članku 87. stavku 5. ZKP/08. propisano i da zapisnik o radnji koja se snima sadrži i kratki sadržaj danih iskaza, stavak 5. članka 275. na kojega upućuje članak 208.a stavak 7. to izrijeком otklanja pa se u ovaj zapisnik ne unosi iskaz osumnjičenika.

Odredbama članka 208.a nije propisano postupanje sa snimkom ispitivanja, ali i na to treba odgovarajuće primijeniti odredbu članka 275. stavka 6. ZKP/08. koja propisuje izradu tri snimke i osobe kojima se one predaju (pri čemu nema zapreke da se izradi i četvrta snimka koja ostaje policiji).

Konačno, posljednjom rečenicom stavka 7. članka 208.a izričito je propisano da se snimka i zapisnik o ispitivanju osumnjičenika mogu upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku.

7. NAČIN ISPITIVANJA OSUMNJIČENIKA

Stavkom 8. članka 208.a iz 7. Novele upućeno je na primjenu prilikom ispitivanja osumnjičenika u svemu što tim člankom nije propisano odredaba o ispitivanju okrivljenika iz članaka 272. do 282. ZKP/08.

Iako je ova upućujuća odredba neprecizna (jer nije bilo nužno obuhvatiti sve odredbe poglavlja ZKP/08. o ispitivanju okrivljenika), na sam način ispitivanja posebno se odnose članci 276. i 277. ZKP/08.

8. PREPISIVANJE SNIMKE ISPITIVANJA

Iako je u radnoj skupini za izradu Nacrta prijedloga 7. Novele bila postignuta suglasnost o propisivanju obveze tijela koja provode ispitivanje osumnjičenika odnosno okrivljenika da prepisu tonski zapis tog ispitivanja, očiglednom omaškom propušteno je u 7. Novelu unijeti takvu odredbu.

Naime, u praksi je uočeno da nepostojanje prijepisa snimke prvog ispitivanja okrivljenika (pred državnim odvjetnikom ili istražiteljem) kasnije može dovesti do odugovlačenja postupka: primjerice, sudac istrage koji u kratkim rokovima mora odlučiti o prijedlogu državnog odvjetnika za određivanje istražnog zatvora protiv uhićenika često nema dovoljno vremena za reproduciranje cjelokupne snimke njegovog ispitivanja (koje je moglo trajati i satima) iako je iskaz okrivljenika značajan za ocjenu osnovane sumnje koja je pretpostavka određivanja istražnog zatvora; reproduciranje na raspravi snimke prvog ispitivanja okrivljenika iz prethodnog postupka radi predočavanja okrivljeniku samo jednog dijela njegovog iskaza (u kojem se on razlikuje od onog na raspravi) također bi nepotrebno produljilo trajanje te rasprave; reproduciranje snimke o prvom ispitivanju okrivljenika u pripremama za drugostupanjsku sjednicu povodom žalbe protiv presude oduzima nepotrebno vrijeme ako je taj iskaz istovjetan onom s rasprave. Prijepis snimke, iako sam za sebe ne bi predstavljao dokaz, bio bi vrlo korisno pomoćno sredstvo koje bi svim sudionicima postupka olakšalo rad na predmetu. Zbog svih tih razloga, a usprkos činjenici da prepisivanje snimke u određenoj mjeri opterećuje tijelo koje bi taj prijepis obavilo, valja zaključiti da je njegova izrada, barem u predmetima u kojima dođe do pokretanja kaznenog postupka pred sudom, nužno potrebna.

Konačno, ovdje valja ukazati i na odredbu članka 87. stavka 6. ZKP/08. čijom prvom rečenicom je propisano da u slučajevima iz stavka 1. i 2. tog članka,¹¹ sud ili državni odvjetnik može odrediti da se snimka u cijelosti ili djelomično prepíše. Iako bi iz druge rečenice tog stavka proizlazilo da prepisivanje obavlja tijelo koje je to i odredilo („Prijepis će se pregledati i ovjeriti potpisom osobe koja je odredila i koja je sačinila prijepis.“), nema zapreke da državni odvjetnik ili kasnije sud (sudac istrage, predsjednik optužnog ili raspravnog vijeća) nalože policiji prijepis snimke ispitivanja osumnjičenika.

⁹ primjerice, ulazak i izlazak sudionika u prostoriju u kojoj se obavlja ispitivanje, razloge prekida ispitivanja ako do njega dođe i slično

¹⁰ O poželjnim sastojcima zapisnika, ali još više i same snimke govori se i u završnom dijelu poglavlja 2.3.

¹¹ dakle, kada je nekom od odredaba ZKP/08. propisano da se rasprava, dokazna radnja ili druga radnja snima uređajima za audio-video ili audio snimanje (stavak 1.) ili kada tijelo koje provodi dokaznu radnju, odredi da se ta radnja snimi uređajima za audio ili audio-video snimanje (stavak 2.)

9. ISPITIVANJE OSUMNJIČENIKA I NEZAKONITI DOKAZI

Već ranije je ukazano na dosadašnju regulativu obavijesnih razgovora policije s osumnjičenicima kao dokaza na kojima se ne može temeljiti sudska odluka. Pritom je nužno naglasiti da, po dosadašnjim odredbama ZKP/08., nemogućnost korištenja rezultata takvih obavijesnih razgovora (bilo s građanima kao presumptivnim svjedocima ili vještacima, bilo s osumnjičenicima) nije proizlazila iz nedopuštenosti tih radnji koja bi bila propisana zakonom (ili, kao što je to slučaj s većinom ostalih nezakonitih dokaza, propusta prilikom njihovog pribavljanja zbog kojih je sam zakon zabranjivao njihovu uporabu), jer je na te razgovore policija bila izričito ovlaštena prvom rečenicom stavka 1. članka 208. ZKP/08.¹² Međutim, ograničenje uporabe tih „neformalnih“ obavijesti (koje je faktički bilo moguće koristiti u ranijim stadijima kaznenog postupka čak i od strane suda – primjerice, prilikom odlučivanja o žalbi protiv rješenja o provođenju istrage, pa i, kako bi to posredno proizlazilo iz odredbe članka 351. stavka 5. ZKP/08.,¹³ i prilikom odlučivanja o potvrđivanju optužnice u postupku za blaža kaznena djela) u dokaznom postupku jasno proizlazi iz odredaba članka 86. stavaka 3. i 4., članka 344. stavka 4., članka 351. stavka 1., članka 371. stavka 3. te članka 474. stavka 3. ZKP/08. Konačno, u sudskoj je praksi jasno izražen i stav da nije dopušteno niti posredno utvrđivati sadržaj obavijesnih razgovora (na primjer, ispitivanjem u svojstvu svjedoka osoba koje su ih obavljale ili onih koje su čule obavijesni razgovor ili na drugi način saznale njegov sadržaj). Dakle, nezakonitost uporabe obavijesnih razgovora u dokaznom postupku posljedica je zabrane utvrđivanja njihovog sadržaja kao predmeta dokazivanja, a ne nezakonitosti njihovog obavljanja od strane policije.

7. Novela ZKP/08. uvodi, s obzirom na formaliziranje prvog ispitivanja osumnjičenika kao posljedicu implementacije Direktive, drugačiju koncepciju nezakonitosti tog dokaza.

Naime, budući da policijsko ispitivanje osumnjičenika sada predstavlja valjani dokaz čije izvođenje je detaljno regulirano odredbama ZKP/08., propuštanje policije da to ispitivanje obavi sukladno tim propisima može, ovisno o težini povrede tih odredaba, dovesti do njegove nezakonitosti.

Jasno je da propust policije da prije ispitivanja pouči osumnjičenika o pravu na branitelja (zbog ostvarenja kojeg prava je Direktiva i donesena, ali niti u zaključnim odredbama ona ne predviđa način regulative posljedica njegovog kršenja¹⁴) treba predstavljati razlog nezakonitosti njegovog iskaza. Međutim, stavak 9. članka 208.a, prema 7. Noveli ZKP/08., nezakonitost ispitivanja osumnjičenika propisuje kao posljedicu propusta policije da osumnjičenika pouči ne samo pravu na branitelja, nego o svim njegovim pravima kako je to propisano stavkom 4. tog članka, uključujući i obavijest o osnovama sumnje protiv njega.

Nezakonitost ispitivanja osumnjičenika posljedica je i nepostupanja policije prema odredbama stavaka 5. do 7. članka 208.a iz 7. Novele koje se odnose na upoznavanje osumnjičenika koji izjavi da ne želi uzeti branitelja sa značenjem prava na branitelja i posljedicama odricanja od tog prava (članak 5.), na omogućavanje osumnjičeniku koji izjavi da želi branitelja da ga i uzme (stavak 6.) te na snimanje njegovog ispitivanja (članak 7.).

Naravno, u skladu s odredbom članka 10. stavka 2. točke 4. ZKP/08.,¹⁵ nezakoniti bi bili i svi oni dokazi za koje se saznalo iz iskaza osumnjičenika koji bi zbog nekog od navedenih razloga bio utvrđen nezakonitim.

Teško je zamisliti da će policija tijekom formalnog ispitivanja osumnjičenika (pogotovo ako on uzme branitelja i ako branitelj bude prisutan tom ispitivanju) počinuti neki od navedenih propusta koji bi doveo do nezakonitosti takvog njegovog iskaza.

Međutim, za očekivati je da će u početku primjene ovih odredaba iz 7. Novele tijekom postupaka pred sudom biti prigovora obrane da je policija, prije nego što je pristupila ovom formalnom ispitivanju osumnjičenika koje je snimljeno, a time i prije nego što ga je poučila o njegovim pravima i uzela od njega odgovarajuće izjave (o razumijevanju pouka i o uzimanju branitelja ili o odricanju od prava na branitelja), s njim

¹² Članak 208. stavak 1. ZKP/08. propisivao je: „Policija može prikupljati obavijesti od građana. U prikupljanju obavijesti građani se ne mogu ispitivati u svojstvu okrivljenika, svjedoka ili vještaka.“

¹³ Ta odredba glasi: „Za kaznena djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, obavijesti, zapisnike i izjave iz članka 86. stavka 3. ovog Zakona izdvojiti će optužno vijeće nakon potvrđivanja optužnice.“

¹⁴ Odredbom članka 12. stavka 2. Direktive propisano je: „Ne dovodeći u pitanje nacionalna pravila i sustave zakonitosti dokaza, države članice moraju osigurati da se u kaznenom postupku, u ocjeni iskaza osumnjičenih ili optuženih osoba ili dokaza pribavljenih kršenjem njihovih prava na odvetnika ili u slučajevima kada je ograničenje tog prava odobreno u skladu s člankom 3. (6), poštuju se prava na obranu i pravičnost postupka.“

¹⁵ čija formulacija je ponovljena u odredbi članka 208.a stavka 9. iz 7. Novele

„neformalno“ razgovarala (primjerice, tijekom dovođenja u policijsku postaju, ili tijekom očevida ili pretrage kojima je on bio nazočan).

Takvo postupanje policije, iako bi predstavljalo povredu odredaba o ispitivanju osumnjičenika, samo za sebe ne bi, u pravilu, imalo utjecaja na tijek postupka, jer sve ono što bi osumnjičenik tada i rekao (primjerice, da je tada i priznao počinjenje kaznenog djela, a kasnije, prilikom snimljenog ispitivanja koristio pravo da ne iznosi obranu) ne bi ni na koji način (više ni kroz formu „službene zabilješke o obavljenom obavijesnom razgovoru“) moglo doći do suda.

Međutim, ako bi u tom prethodnom, „neslužbenom“ razgovoru policija od osumnjičenika saznala za druge dokaze i pribavila ih (na primjer, ako bi osumnjičenik rekao gdje je sakrio sredstvo kojim je počinio kazneno djelo pa ga je policija tamo potražila i našla), ti dokazi bi, primjenom doktrine plodova otrovne vočke, predstavljali nezakonite dokaze koje bi, nakon odgovarajućih provjera takvih prigovora obrane,¹⁶ trebalo izdvojiti iz spisa.

Zbog toga bi, radi otklanjanja mogućnosti ovakvih prigovora, prilikom ispitivanja osumnjičenika od strane policije (pogotovo kada osumnjičenik nije imao branitelja) bilo korisno uzeti i snimiti njegovu izričitu izjavu o tome je li o predmetnom događaju već razgovarao s policijom.

Konačno, u razmatranju mogućih problema uslijed implementacije Direktive često se raspravlja o situaciji miješanja procesnih uloga, kada se tijekom obavljanja obavijesnog razgovora s građaninom kojega policija smatra presumptivnim svjedokom (jer u vrijeme započinjanja tog razgovora ne postoje okolnosti koje bi ukazivale da je on počinitelj kaznenog djela radi otkrivanja čijeg počinitelja se obavljaju izvidi) pojave osnove sumnje da je upravo on osumnjičenik ili počinitelj nekog drugog kaznenog djela. Taj problem, koji će, u suštini, uvijek biti činjenično pitanje, 7. Novela, u skladu s Direktivom, rješava novom odredbom stavka 5. članka 208. prema kojoj će policija tada prekinuti prikupljanje obavijesti, a tu osobu policija može ispitati u svojstvu osumnjičenika prema ranije analiziranim odredbama članka 208.a. U suprotnom, ako bi policija nastavila ispitivati tu osobu kao građanina, dokazi za koje bi od njega saznala u nastavku takvog neformalnog ispitivanja bili bi nezakoniti.

10. SNIMANJE RASPRAVE

Snimanje glavne rasprave bilo je predviđeno kao mogućnost već odredbama Zakona o krivičnom postupku,¹⁷ kao i člankom 313. stavkom 2. ZKP/97,¹⁸ time da je člankom 315. stavkom 5. bio propisan reducirani sadržaj zapisnika o snimanoj raspravi,¹⁹ a člankom 440.a ZKP/97.²⁰ bilo je posebno regulirano snimanje rasprave u skraćenom postupku s još značajnijim reduciranjem sadržaja zapisnika o raspravi i obveznom prepisivanja snimke samo u slučaju najave ili podnošenja žalbe protiv presude.²¹

¹⁶ Sud ne bi smio olako otklanjati takve prigovore, već bi morao provoditi dokaze radi provjere je li policija izvan okvira propisanih člankom 208.a iz 7. Novele ispitala osumnjičenika, a mogao bi se naći i u situaciji utvrđivanja načina na koji je policija došla do saznanja o osporenim dokazima; općenita obrazloženja u smislu prikupljanja saznanja „operativnim radom na terenu“ više ne bi bila dostatna za otklanjanje prigovora obrane o nezakonitom ispitivanju osumnjičenika.

¹⁷ pročišćeni tekst, "Narodne novine" broj 52/91., 38/93. i 28/96.; taj Zakon predviđao je mogućnost magnetofonskog snimanja glavne rasprave (članak 298. stavak 3. u vezi s člankom 79.), kao i mogućnost stenografskog bilježenja tijekom glavne rasprave uz obvezu prepisivanja tih bilješki (stavak 2. članka 298.). Identičnu odredbu o stenografskom bilježenju glavne rasprave imao je i ZKP/97. (članak 313. stavak 2.) do njegove novele iz 2002.

¹⁸ također unesenim u ZKP/97. 2002., a koji je glasio: „Predsjednik vijeća može na prijedlog stranaka odrediti da se tijekom glavne rasprave snimi tehničkim uređajem. U takvom slučaju zapisnik o glavnoj raspravi čine prijepis zvučne snimke glavne rasprave i zapisnik o tijeku glavne rasprave kako je to propisano u članku 315. stavku 5. ovoga Zakona. Zvučna snimka glavne rasprave prepisuje se u roku od tri radna dana, a prijepis pregledava i ovjerovljuje predsjednik vijeća i ulaže ga u spis kao sastavni dio zapisnika o glavnoj raspravi.“

¹⁹ Ta odredba, također unesena u ZKP/97. novelom iz 2002. glasila je: „U zapisniku o tijeku glavne rasprave koji se vodi usporedno sa zvučnim ili drugim snimanjem unijet će se prema ocjeni predsjednika vijeća važne izjave stranaka, a po potrebi i bitni dijelovi iskaza optuženika, svjedoka ili vještaka.“

²⁰ također unesenim novelom iz 2002.

²¹ Članak 440.a ZKP/97. glasio je:

„(1) Vijeće, odnosno sudac pojedinac može odrediti da se tijekom glavne rasprave snimi zvučnim ili drugim tehničkim uređajima. Snimka je sastavni dio zapisnika o glavnoj raspravi.“

ZKP/08. je, uz neznatne izmjene, preuzeo odgovarajuće odredbe članka 313. stavka 2. i 315. stavka 5. ZKP/97., propisavši stavkom 2. članka 409. da predsjednik vijeća može nakon saslušanja stranaka odrediti da se tijek rasprave snimi, a da zapisnik tada čine zapisnik o tijeku rasprave i prijepis audio ili audio-video snimke rasprave te da prijepis, kojega pregledava i ovjerava predsjednik vijeća, mora biti napravljen u roku od tri radna dana, dok je odredbom članka 411. stavka 6. ZKP/08. propisano da će se u zapisniku o tijeku rasprave koji se vodi usporedno sa zvučnim ili drugim snimanjem unijeti prema ocijeni predsjednika vijeća važne izjave stranaka, a po potrebi i bitni dijelovi iskaza optuženika, svjedoka ili vještaka.

ZKP/08. je ranije sadržavao i odredbe o snimanju rasprave u skraćenom postupku (članak 533. čijim stavkom 1. je to snimanje bilo propisano kao pravilo, a vođenje rasprave bez snimanja, prema stavku 5., iznimka od tog pravila) i prepisivanju snimke (članak 538. stavci 3. i 4.) koje su ovu materiju još bolje normirale od odgovarajućih navedenih odredaba ZKP/97., ali su sve te odredbe, ne samo zbog njihove neprimjene u praksi, nego prvenstveno s obzirom na novu regulativu postupka za blaža kaznena djela, Novelom ZKP/08. iz prosinca 2013. brisane.

Usprkos ovakvoj relativno dobroj regulativi snimanja rasprave, suci, iako velika većina njih izražava nezadovoljstvo obvezom diktiranja zapisnika, ne koriste tu mogućnost niti na onim (do nedavno rijetkim) sudovima na kojima postoje tehničke mogućnosti takvog snimanja.

11. PRO ET CONTRA SNIMANJU RASPRAVE

Diktiranje u zapisnik tijeka rasprave značajno odugovlači njeno trajanje i iscrpljuje sve sudionike, a posebno predsjednika vijeća koji, nakon praćenja izjava sudionika i iskaza osoba koje ispituje, u zapisnik mora unijeti njihov bitni sadržaj pa bi snimanje rasprave, ako ne postoji obveza „paralelnog“ vođenja zapisnika kao da se rasprava ne snima, nedvojbeno dovelo do skraćivanja njenog trajanja, a time i do povećanja efikasnosti sudstva.

Osim toga, snimanje rasprave trebalo bi omogućiti odražavanje njenog stvarnog tijeka i registriranje svih zbivanja u sudnici, što sa zapisnikom često nije slučaj. Kao što dvije osobe nikad ne bi istim riječima i na isti način opisale jedan događaj, tako niti dva suca ne bi na jednaki način reproducirali u zapisnik bitni sadržaj jednog iskaza ili neko drugo zbivanje u sudnici, zbog čega se nerijetko događa i da stranke (u pravilu već tijekom diktiranja zapisnika, a ne, u skladu s odredbom članka 410. stavka 2. ZKP/08., nakon što je zapisnik završen) stavljaju prigovore na sadržaj zapisnika, bilo o tome što iz iskaza ispitane osobe treba unijeti u zapisnik jer stranka smatra da se radi o važnom dijelu iskaza, a predsjednik vijeća to nije našao, bilo o tome što je ispitana osoba zapravo iskazala. Snimanje rasprave otklonilo bi takve primjedbe.

Osim toga, snimanje tijeka rasprave omogućilo bi provjeru pravilnosti i potpunosti procesnih upozorenja sudionicima i stvarnog sadržaja njihovih procesnih izjava.

S druge strane, snimanje rasprave uzrokuje i neke – prvenstveno tehničke – probleme i otvara niz pitanja koja se uglavnom odnose na prijepis snimke.

Prvi problem je, naravno, opremanje sudnica tehničkom opremom nužnom za snimanje rasprave. Ta oprema trebala bi omogućiti vjernu snimku na kojoj bi bile zabilježene sve izjave svih sudionika u postupku, uz mogućnost jasnog prepoznavanja svakog od njih,²² a osobe koje bi je koristile trebale bi za to biti educirane.²³

(2) U slučaju iz stavka 1. u zapisnik o glavnoj raspravi unose se samo odluke suda i prema ocjeni predsjednika vijeća, odnosno suca, važne izjave stranaka. U zapisniku će se navesti koji su dokazi izvedeni. Ovaj zapisnik može voditi sudski savjetnik ili sudački vještbenik.

(3) Snimka glavne rasprave prepisat će se i priložiti spisu samo u slučajevima iz članka 442. stavka 9. i članka 442.a ovoga Zakona. Prijepis pregledava i ovjerovljuje predsjednik vijeća ili sudac pojedinac.

(4) Ministar nadležan za poslove pravosuđa donijet će posebne propise kojima će odrediti tehničke uvjete, način zvučnog snimanja, zaštitu snimke od brisanja ili oštećenja i sadržaj zapisnika iz stavka 2. i 3. ovoga članka.“

Ministrica pravosuđa je, na temelju stavka 4. ovog članka ZKP/97., 2005. donijela Pravilnik o zvučnom snimanju tijeka glavne rasprave u kaznenom postupku („Narodne novine“ broj 21/05.)

²² Pretpostavka kasnijeg raspoznavanja sudionika je i njihova procesna disciplina koja uključuje obraćanje sudu tek uz dopuštenje predsjednika vijeća i korištenje mikrofona.

²³ I opremanje sudnica potrebnom opremom i edukacija tehničkog osoblja, naravno, iziskuje značajna financijska sredstva pa je pretpostavka instaliranja takve opreme u svim sudovima (ne nužno i u svim sudnicama) *cost benefit* analiza kojom bi se usporedile

Niz problema vezan je uz prepisivanje snimke rasprave.

Prvo se može postaviti pitanje treba li uopće prepisivati tu snimku.

Svi sudionici u postupku potvrdno će odgovoriti na ovo pitanje.

Prvostupanjski sudac samo bi u rijetkim jednostavnim predmetima mogao odmah nakon održane rasprave donijeti i pisano obrazložiti presudu bez korištenja prijepisa snimke rasprave koja je bila snimana, a u čiji zapisnik nisu unesene izjave i iskazi stranaka, dok bi mu za izradu pisane presude bio nužan prijepis snimke rasprave radi pozivanja na važne dijelove proturječnih dokaza o spornim činjenicama i njihove pravilne i potpune analize i ocjene.

Prijepis snimke – makar i djelomičan – bio bi nužan prvostupanjskom sudu i za izradu drugih odluka donesenih tijekom rasprave (na primjer, rješenja o izdvajanju nezakonitih dokaza ili odbijanju prijedloga za izdvajanje) ako je potrebno izraditi ih pisano.

Postupanje drugostupanjskog suda prilikom odlučivanja o žalbama protiv odluka donesenih tijekom rasprave, a posebno protiv prvostupanjske presude, bez prijepisa snimke rasprave, pa i usprkos postojanju reduciranog zapisnika o raspravi (u koji ne bi bile unesene izjave stranaka i iskazi sudionika u postupku), uz korištenje snimke rasprave radi utvrđivanja sadržaja tih izjava i iskaza bilo bi znatno otežano.

Naime, u iole složenijim predmetima, u kojima je rasprava trajala više sati, a pogotovo ako je trajala više dana, reproduciranje cjelovitih snimki radi pronalaženja odgovarajućih dijelova rasprave u kojima su ispitivani svjedoci, vještaci ili optuženici čiji iskazi ili pojedini navodi se žalbama osporavaju ili se na njih upire, u situaciji kada se presuda pobija zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja,²⁴ a pogotovo kada drugostupanjski sud po službenoj dužnosti mora ispitati postoji li povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 1. točke 11. ZKP/08. (odnosno postoji li o odlučnim činjenicama proturječnost između onoga što se navodi u razlozima presude o sadržaju pojedinih zapisnika o iskazima danim u postupku i samih zapisnika), znatno bi opteretilo kako suca izvjestitelja tijekom pripremanja predmeta,²⁵ tako i vijeće prilikom donošenja drugostupanjske odluke.

Naravno, niti strankama, radi efikasnog korištenja svih postupovnih prava tijekom postupka, a posebno ostvarivanja prava na žalbu, ne bi bilo dostatno predati samo snimku rasprave.

Zbog iznesenog nema dvojbi da je, kada se rasprava snima i kada se u zapisnik koji se vodi uz takvo snimanje unose samo najvažniji podaci o tijeku rasprave, a ne i bitan sadržaj izjava stranaka i provedenih dokaza (pri čemu se prvenstveno misli na one personalne – iskaze svjedoka, vještaka i optuženika), potrebno izraditi i prijepis takve snimke koji će sadržavati cjelovite izjave i iskaze svih sudionika u tom dijelu postupka.

Pritom, naravno, treba uzeti u obzir i činjenicu da prepisivanje snimaka rasprava, ako bi se češće koristilo takvo snimanje, iziskuje novu organizaciju rada prvostupanjskih sudova, odnosno zahtijeva bilo organizaciju posebne službe prijepisa kakva postoji na gotovo svim drugostupanjskim odjelima, bilo zapošljavanje većeg broja zapisničara nego što je broj sudaca.

Konačno, postavljeno je i pitanje ispravljanja pogrešaka u prijepisu snimke rasprave koje su, dakako, moguće. Njih bi trebao ispraviti predsjednik vijeća nakon pregledavanja prijepisa, ali i stranke trebaju imati mogućnost ukazati na takve pogreške.

12. ISKUSTVA IZ PROJEKTA IPA TAIB 2010 „JAČANJE UČINKOVITOSTI PRAVOSUĐA U REPUBLICI HRVATSKOJ“

Još 2010. bio je planiran i predložen projekt IPA 2010 „Jačanje učinkovitosti pravosuđa u Republici Hrvatskoj“ (dalje: IPA projekt) čija svrha je, između ostalog, bila i „uvođenje tonskog snimanja rasprava kao mjere usmjerene ka povećanju efektivnosti i efikasnosti postupaka pred sudom te edukacija pravosudnih dužno-

uštete (prvenstveno na radnom vremenu sudaca) i povećanje efikasnosti u suđenju s povećanim troškovima (investicijom u opremu i edukaciju te duljim radnim vremenom tehničkog osoblja, uključujući i ono za prepisivanje snimki).

²⁴ Potrebno je naglasiti da je stenografsko bilježenje, a kasnije i snimanje rasprave počelo biti primjenjivano upravo u pravnim sustavima u kojima nije dopušteno žalbom pobijati presudu zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja (a to je pravilo kada o krivnji odlučuje porota), zbog čega sadržaj iskaza (svjedoka, vještaka, optuženika) nije niti predmet obrazlaganja presude, niti je on značajan za drugostupanjski sud pa mu cjeloviti prijepis snimke rasprave nije niti potreban za odluku o žalbi.

²⁵ Još i više nego što već sada drugostupanjski sud opterećuje reproduciranje snimljenog iskaza okrivljenika koji nije prepisan.

snika i sudskog osoblja". U tu svrhu je sredstvima Europske unije (Instrument pretpristupne pomoći) bila nabavljena informatička oprema za snimanje rasprava čija je ukupna vrijednost iznosila 585.307,38 EUR-a, koja je i instalirana u 89 sudnica na 16 sudova i dvije stalne službe. Radi ostvarenja ciljeva IPA projekta ministar pravosuđa Republike Hrvatske i predsjednik Vrhovnog suda Republike Hrvatske donijeli su 28. svibnja 2014. istovjetne odluke o provođenju pilot projekta tonskog snimanja rasprava (dalje: Odluke) te su određena četiri županijska i jedan općinski sud, kao i suci s tih sudova koji su sudjelovali u pilot projektu.

Navedenim Odlukama određeno je provođenje snimanja rasprava „samo u novim predmetima u trajanju najmanje tri sata tjedno po sucu“, a određeno je i da će se „strankama (...) odmah po završetku rasprave uručiti primjerak zapisnika o tijeku rasprave, a prijepis tonskog snimka rasprave i tonski snimak uručit će se (...) u roku od tri dana (...) od dana kada je tonski snimak sačinjen. Jedan primjerak prijepisa tonskog snimka rasprave i tonski snimak uložiti će se u spis.“

Tijekom provođenja pilot projekta u skladu s ovim Odlukama pojavile su se određene dvojbe oko primjene Naputka za provedbu pilot projekta snimanja rasprava, zbog čega je Vrhovni sud Republike Hrvatske, na traženje Ministarstva pravosuđa, ukazao na probleme uočene tijekom pilot projekta zbog kojih je zaključeno „da pilot projekt nije trebalo provoditi na ‘živim’ spisima, nego simulirati postupak u spisu koji je pravomoćan i tada predvidjeti sve moguće solucije koje se mogu pojaviti“, a da je postojala „druga mogućnost (...) da se provodi paralelni postupak, klasični način vođenja rasprave i snimanje u istom spisu“. Također je zaključeno da Naputak nije bio u potpunosti usklađen s tada važećim odredbama ZKP/08., na nedostatke računalnog programa²⁶ koji također ne prati tijek raspravnog zapisnika propisan odredbama ZKP/08., na nemogućnost poduzimanja od strane zapisničara svih radnji koje bi trebao obavljati prema Naputku te na probleme s kopiranjem snimki rasprava za stranke i izradom prijepisa tih snimki.

Prema bilješki sa sastanka održanog sa sucima uključenima u pilot projekt, iskustva tih sudaca bila su pozitivna, pri čemu u raspravni zapisnik koji se vodio istovremeno sa snimanjem rasprave nisu unošeni niti sažeti iskazi svjedoka i vještaka te optuženika, već su oni kasnije prepisivani sa snimke, zbog čega su rasprave trajale kraće i lakše je bilo voditi ih, da su u početku prepisivali cijele snimke rasprave, ali da su od toga odustali i kasnije prepisivanje ograničili na iskaze. Ukazano je i na potrebu izmjene regulative snimanja rasprave prema ZKP/08. s konkretnim prijedlozima od kojih je većina i unesena u 7. Novelu.

13. SNIMANJE RASPRAVE PREMA 7. NOVELI ZKP/08.

7. Novela ZKP/08. predviđa izmjene koje uvode mogućnost snimanje samo pojedinih dijelova, a ne, kako je to do sada bilo propisano, cijele rasprave, neunošenje u raspravni zapisnik snimljenih dijelova rasprave, prepisivanje snimke, predaju strankama kopije snimke nakon rasprave te njihovo pravo staviti primjedbe na prijepis.

14. MOGUĆNOST SNIMANJA POJEDINIH DIJELOVA RASPRAVE

Prema dosadašnjoj odredbi članka 409. stavka 2. ZKP/08., predsjednik vijeća mogao je nakon saslušanja stranaka odrediti da se tijekom rasprave snimi. Iz ovakve formulacije proizlazi da nije postojala mogućnost određivanja snimanja samo pojedinih dijelova rasprave, a snimanje cijele rasprave i prepisivanje te snimke u cijelosti se, prema iskustvima iz pilot projekta, ukazalo suvišnim.

Naime, prepisivanje snimke određenih dijelova rasprave pokazalo se opterećujućim i nesvršishodnim: primjerice, utvrđivanje istovjetnosti optuženika uzimanjem njegovih osobnih podataka zauzelo bi nekoliko nepreglednih stranica prijepisa snimke, dok se u ranijoj praksi (vođenja rasprave bez njenog snimanja) ono svodilo na relativno kratko odgovaranje optuženika na pitanja o osobnim podacima koje bi zapisničar izravno unosio u zapisnik ili bi predsjednik vijeća, ako je već ranije uzeo osobne podatke optuženika, kratkom

²⁶ Korišteni program predviđao je bilježenje tijekom rasprave točnog vremena svakog obraćanja (iskaza ili davanja izjave) svakog sudionika u postupku, naznaku o kome se radi i početne riječi njegovog izlaganja. Tako vođen zapisnik nije bio sastavni dio paralelno vođenog zapisnika o raspravi koji se vodio u drugom programu i nije bilo moguće „prebacivanje“ zapisničara s jednog programa na drugi na istom računalu, već su se morala koristiti dva računala.

njihovom provjerom utvrdio samo promjene tih podataka ili u zapisnik konstatirao da oni odgovaraju ranije navedenim podacima. Zbog toga snimanje ovog dijela rasprave nije pridonijelo skraćivanju trajanja rasprave. I čitanje optužnice kojim započinje rasprava, a koje bi također bilo snimljeno, iziskivalo bi nepotrebno prepisivanje sadržaja koji je u izvornom obliku već u spisu. Prepisivanje snimke dijela rasprave u kojem se čita dokumentacija također se ukazalo nepotrebno, jer se sadržaj tih dokumenata već nalazi u pisanom obliku u spisu.

Zbog iznesenog, 7. Novelom je izmijenjena odredba stavka 2. članka 409. čija prva rečenica glasi: „Predsjednik vijeća može odrediti da se rasprava ili pojedini njeni dijelovi (iskazi optuženika, svjedoka, vještaka i važne izjave stranaka) snime uređajem za audio ili audio-video snimanje.“

Na ovaj način omogućeno je predsjedniku vijeća da sam, ovisno o konkretnim okolnostima svakog pojedinih predmeta i predviđenom tijeku rasprave, odluči u kojem opsegu će biti provedeno njeno snimanje, pri čemu je naznakom ispitivanja optuženika, svjedoka, vještaka ukazano upravo na one dijelove čijim snimanjem se, prema dosadašnjim iskustvima, ubrzava tijek rasprave i olakšava njeno vođenje. Prilikom odlučivanja o snimanju ispitivanja svjedoka i vještaka sud će voditi računa i o tome je li svjedok već ranije kontradiktorno ispitan, jer bi snimanje imalo puni smisao upravo u situaciji njihovog prvog ispitivanja pred sudom, kada bi se u zapisnik, prema odredbi članka 411. stavka 4. ZKP/08., trebali unijeti cijeli njihovi iskazi, a ne samo razlike u odnosu na raniji nekontradiktorni iskaz svjedoka.

Snimanje iskaza svjedoka, vještaka i optuženika trebalo bi pridonijeti i boljoj praksi izrade pisanih presuda. Naime, sve češće se događa da suci u pisanu presudu jednostavno kopiraju iskaze osoba ispitanih na raspravi onako kako su ih izdiktirali u raspravni zapisnik (pri čemu ih samo, i to ponekad ne potpuno, pretvore iz upravnog govora u prvom licu jednine u nepravni govor, ostavljajući i dijelove zapisnika koji se odnose na postavljena pitanja, što ne može ni od kakvog utjecaja na ocjenu tih iskaza), dakle, bez reduciranja njihovog sadržaja na one okolnosti koje su sporne. Na taj način nepotrebno opterećuju pisanu presudu znatnom količinom podataka koji nisu niti sporni, niti se odnose na odlučne ili važne činjenice, približavajući se ponekad granicama nerazumljivosti pisane presude. Prijepis snimljenog iskaza svjedoka bit će, zbog njegovog opsega, teže na opisani način koristiti pri izradi pisane presude, pa će suci biti „prisiljeni“ u presudu unositi samo njegove dijelove važne za utvrđivanje odlučnih činjenica ili ocjenu njegove vjerodostojnosti.

Citiranom odredbom istaknuta je i mogućnost određivanja snimanja izjava stranaka koje predsjednik vijeća ocijeni važnima (a to mogu biti, primjerice, podnošenje i obrazlaganje zahtjeva za izuzeće, predlaganje i obrazlaganje izvođenja pojedinih dokaza, predlaganje izdvajanja nezakonitih dokaza, izmjena optužnice, govori stranaka i slično).

Osim toga, ispušten je i dio ranije odredbe stavka 2. članka 209. ZKP/08. koji se odnosio na obvezu uzimanja očitovanja stranaka o namjeri snimanja rasprave. Naime, snimanje rasprave ni na koji način ne dovodi do ograničenja nekog od njihovih prava na raspravi – štoviše, jamči vjernu reprodukciju tijeka rasprave – pa nije bilo nikakvog razloga inzistirati na njihovom saslušanju prije donošenja odluke o snimanju rasprave ili pojedinih njenih dijelova.

15. ZAPISNIK O RASPRAVI I SNIMKA KAO NJEGOV SASTAVNI DIO, A PRIJEPIS SNIMKE NJEGOV PRILOG

Prema 7. Noveli, izmijenjena je i odredba članka 411. stavka 6. kojom je reguliran sadržaj zapisnika kada je rasprava snimana na način da je izričito propisano da se u zapisnik o raspravi ne unose sadržaj iskaza optuženika, svjedoka i vještaka te izjave i obrazloženja prijedloga stranaka koji su snimljeni prema odredbi članka 409. stavka 2. iz 7. Novele.

Naime, dosadašnja odredba prema kojoj je predsjednik vijeća u zapisnik morao unijeti važne izjave stranaka, a po potrebi i bitne dijelove iskaza optuženika, svjedoka ili vještaka usprkos njihovom snimanju ukazala se nepotrebno.

Prema novom stavku 2. članka 409. iz Novele, snimka rasprave dio je zapisnika, a njen prijepis, kojega pregledava i ovjerava predsjednik vijeća, prilog je tom zapisniku.

Rok za prepisivanje snimke rasprave od pet radnih dana ne ukazuje se, s obzirom na dosadašnja iskustva i popunjenost sudova pomoćnim osobljem, prekratkim.

16. PRIMJEDBE STRANAKA NA PRIJEPIS SNIMKE I NJIHOVO RJEŠAVANJE

Novim stavkom 5. članka 410. iz 7. Novele propisano je da će se strankama, ako je rasprava snimana, odmah omogućiti preuzimanje kopije snimke, a posljednjim rečenicama stavka 2. članka 409. određeno je da stranke imaju pravo pregledati prijepis snimke i staviti primjedbe te da će predsjednik vijeća, ako primjedbe smatra opravdanima, naložiti ispravak prijepisa.

Naime, nedvojbeno je pravo stranaka preuzeti kopiju snimke rasprave budući da raspravni zapisnik kojega također preuzimaju, kako je ranije navedeno, neće sadržavati snimljene iskaze te izjave stranaka i njihova obrazloženja. Pritom nije propisana obveza suda kopirati im snimku na CD, već to može biti učinjeno i na medij kojega donesu stranke (USB, vanjski tvrdi disk i slično).

Prijepis snimke također mora biti dostupan strankama radi omogućavanja stavljanja primjedbi u slučaju uočenih pogrešaka. O tim primjedbama, ako ih nađe opravdanima, predsjednik vijeća odlučuje nalogom (protiv kojega stranke, naravno, nemaju pravo žalbe), a ako ih ne nađe opravdanima neće naložiti ispravljanje prijepisa. To, dakako, ne sprječava stranke da u žalbi protiv presude ukazuju na eventualne pogreške u prijepisu koje bi utjecale na pravilnost presude, a koje drugostupanjski sud može provjeriti i reprodukcijom snimke prilikom odlučivanja o žalbi.

17. UMJESTO ZAKLJUČKA

Transpozicija u ZKP/08. Direktive o pravu na pristup odvjetniku dovodi do značajnih promjena koje se odnose na ispitivanje osumnjičenika pred policijom. Ono sada postaje dokaz kojega će biti moguće koristiti u kaznenom postupku, neovisno o tome je li okrivljenik uzeo branitelja ili se odrekao tog prava. Propisivanje obveze snimanja takvog ispitivanja jamstvo je njegovog zakonitog obavljanja i trebalo bi onemogućiti kasnije osporavanje njegove pravilnosti.

Izmjene koje 7. Novela uvodi u odnosu na snimanje rasprave nisu opsežne, ali je njima značajno poboljšana dosadašnja regulativa ovog vrlo rijetko primjenjivanog instituta. Koraci koji su već poduzeti u smjeru boljeg opremanja sudnica tehničkim sredstvima za snimanje (uz nadu da će se to i nastaviti), kao i iskustva nedavno provedenog pilot projekta tonskog snimanja rasprava ukazuju na mogućnosti i koristi takvog snimanja koje bi, ako njegova primjena postane sve učestalija, trebalo olakšati i ubrzati vođenje kaznenih postupaka i poboljšati efikasnost hrvatskog kaznenog pravosuđa.

doc.dr.sc. Marin Mrčela, mag.iur.*

doc.dr.sc. Igor Vuletić, mag.iur.**

PRAKTIČNA (NE)VAŽNOST ZABLUDA *

Zablude su sjenovito područje općeg dijela kaznenog prava. U hrvatskoj literaturi nisu dovoljno osvijetljene pa je možda i to jedan od razloga da praksa ponekad luta tim područjem. Ovaj rad nastoji otkloniti nejasnoće i time donijeti više svjetla u odnosu na utvrđivanje i razgraničenje pojedinih zabluda. Na temelju teorijskih postavki i pojedinih praktičnih primjera, predlažu se usmjeravajuća mjerila za pravilno razgraničenje pojedinih zabluda. Time se olakšava razumijevanje zabluda i omogućuje pravilno postupanje u konkretnim situacijama.

1. UVOD

Donošenjem novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva 1997. područje zabluda se značajno promijenilo jer je zakonodavac napustio zastarjelu podjelu na stvarne i pravne zablude i usvojio njemačku koncepciju koja se temelji na ulozi predmeta zabluda u strukturi kaznenog djela. Usvajanje suvremenog koncepta zabluda zaokruženo je velikim reformama KZ-a 2011. Tada je otklonjena nedorečenost „četrte“ vrste zabluda koja se odnosi na postojanje ispričavajućeg razloga te su izvršene promjene određenih nomotehničkih nedostataka u pogledu zabluda.

Zakonodavac je zabludama dao na težini time što je za njihovo postojanje predvidio značajne pravne učinke. Ovisno o vrsti zabluda, pravni učinci kreću se od mogućeg blažeg kažnjavanja preko umanjena krivnje i kažnjavanja za nehajni oblik djela sve do isključenja krivnje, a time i donošenja oslobađajuće presude.

2. VRSTE ZABLUDA

Prije razmatranja razgraničenja pojedinih vrsta zabluda, potrebno je navesti koje zablude uopće postoje u hrvatskom Kaznenom zakonu.¹ Pritom je moguće da određene nedoumice izazove pomalo nes(p)retna sistematizacija zabluda u Kaznenom zakonu. Naime, KZ/11. je tri zablude (o biću, o okolnostima koje isključuju protupravnost i o protupravnosti) regulirao u zasebnim odredbama.² Četvrta zabluda je „sakrivena“ u sklopu odredbe o krajnjoj nuždi iz članka 22. stavka 3. KZ/11. Posljedica toga je da ta četvrta zabluda u zakonskom tekstu nije dobila ni jasan naziv. Tu je prazninu pokušao otkloniti *Novoselec*, označavajući tu zabludu „zablu-

* Doc.dr.sc. Marin Mrčela, mag.iur., sudac Vrhovnog suda RH

** Doc.dr.sc. Igor Vuletić, mag.iur., docent na Pravnom fakultetu u Osijeku

*** Ovaj rad u najvećem dijelu sadrži izvratke iz članka koji su autori u travnju 2017. predali za objavu u Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu broj 1/2017.

¹ „Narodne novine“ broj 125/11., 144/12., 56/15. i 61/15.; dalje u tekstu: KZ/11.

² Članci 30. – 32. KZ/11.

dom o okolnostima krajnje nužde koja isključuje krivnju”³. Ovakav naziv je logičan jer članak 22. stavak 3. KZ/11. doista i govori o zabludi o okolnostima iz stavka 2. iste odredbe pa će se taj naziv prihvatiti i za potrebe ovog rada. Zakonodavcu se može uputiti prigovor o “sakrivanju” ove zablude. Bolje bi bilo smjestiti je u posebnu odredbu jer bi se time sigurno postigla preglednost.

Osim toga, postoji i peta vrsta zablude koja niti nije navedena u zakonskom tekstu, ali je moguća. Riječ je o drugom ispričavajućem razlogu iz članka 21. stavka 4. KZ/11. (prekoračenje nužne obrane zbog ispričive jake prepasti). Zato bi zakon, radi bolje sustavnosti, trebao sadržavati posebnu odredbu koja bi obuhvatila četvrtu i petu vrstu zablude koja se odnosi na nepostojanje ispričavajućih razloga za isključenje krivnje (kod krajnje nužde i kod nužne obrane)

Dakle, u hrvatskom kaznenom pravu postoji pet zabluda: zabluda o biću, zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost, zabluda o protupravnosti, zabluda o okolnostima koje isključuju krivnju kod krajnje nužde i zabluda o okolnostima koje isključuju krivnju kod prekoračenja nužne obrane. Zabluda o protupravnosti je zabluda o pravu, a ostale četiri zablude su činjenične naravi.

1. Zabluda o biću djela (članak 30. stavak 1. KZ/11.) postoji ako optuženik u vrijeme počinjenja djela nije bio svjestan nekog njegovog zakonskog obilježja. Primjerice, ako okrivljenik nije svjestan da ne postoji pristanak za spolni odnošaj kod silovanja iz članka 152. stavka 1. KZ/11. Nepostojanje pristanka je zakonsko obilježje tog djela, odnosno njegovo biće pa je zato riječ o zabludi o biću djela. Ova zabluda postoji i ako okrivljenik nije svjestan da je dijete mlađe od petnaest godina kod kaznenog djela spolne zlorporabe djeteta mlađeg od petnaest godina.⁴ Biće kaznenog djela, odnosno njegovo obilježje je da je dijete mlađe od petnaest godina pa je zato riječ o zabludi o biću djela. Zabluda o biću djela postoji i kod teškog sramoćenja ako okrivljenik dokaže da je imao ozbiljnog razloga povjerovati u istinitost činjeničnih tvrdnji koje je iznio ili pronosio.⁵
2. Zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost (članak 31. stavak 1. KZ/11.) postoji ako optuženik u vrijeme počinjenja djela pogrešno smatra da postoje okolnosti prema kojima bi djelo bilo dopušteno. Možda najbolji primjer za ovu vrstu zablude je kod tzv. putativne nužne obrane. Optuženik zna da ubija drugog, ali pogrešno smatra da ga ta osoba napada. Napad bi isključio protupravnost pa pogrešna predodžba o tome da postoji okolnost koja isključuje protupravnost (napad) predstavlja zabludu o okolnostima koje isključuju protupravnost.
3. Zabluda o protupravnosti (članak 32. stavak 1. KZ/11.) postoji ako optuženik u vrijeme počinjenja djela nije znao da je njegovo djelo protupravno, a to nije bio dužan niti je mogao znati. Ovdje optuženik ne zna da je njegovo djelo pravno zabranjeno, odnosno riječ je o zabludi o pravu za razliku od ostalih zabluda koje su zablude o postojanju određenih činjenica.⁶ Ova zabluda rezultat je napuštanja načela *error iuris nocet*.⁷
4. Zabluda o okolnostima koje isključuju krivnju kod krajnje nužde je sakrivena u članku 22. stavku 3. KZ/11. koji regulira pitanje postojanja otklonjive zablude o okolnostima koje isključuju krivnju kod krajnje nužde.
5. Zabluda o okolnostima koja isključuju krivnju kod prekoračenja nužne obrane. Ona postoji ako optuženik pogrešno smatra da mu predstoji napad pa to kod njega izazove jaku prepast zbog kojeg ubije osobu koja u stvari nije napadač (prekoračenje putativne nužne obrane).

³ Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 258.

⁴ Članak 158. stavak 1. KZ/11. Jednako i kod kaznenog djela zadovoljenja pohote pred djetetom mlađim od petnaest godina (članak 160. stavak 1. KZ/11.).

⁵ Članak 148. stavak 3. KZ/11. Ako okrivljenik to uspije dokazati, onda je bio u neotklonjivoj zabludi o biću djela, ali ako ne uspije dokazati postojanje ozbiljnog razloga zbog kojeg je povjerovao u istinitost, onda je riječ o otklonjivoj zabludi pa postoji odgovornost jer iz te odredbe slijedi da se teško sramoćenje može počinuti i iz nehaja.

⁶ Zabluda o protupravnosti sljednica je negdašnje pravne zablude, a ostale zablude potječu od prijašnje stvarne zablude (usp. članci 14. i 15. Osnovnog krivičnog zakona Republike Hrvatske, pročišćeni tekst, „Narodne novine“ broj 31/93.).

⁷ Sve do početka XX. stoljeća u većini kaznenih zakonodavstava europskih država dominiralo je načelo *ignorantia iuris neminem excusat*. Stoga se zabluda o protupravnosti, za razliku od činjeničnih zabluda, ne može svrstati među klasične kaznenopravne institute. Usp. Risimović, R., Otklonjivost pravne zablude u nemačkom pravu, NBP: Žurnal za kriminalistiku i pravo, 3/2014, str. 1 i dalje.

Četvrta i peta zabluda podsjećaju na zabludu o okolnostima koje isključuju protupravnost, ali ipak nije riječ o podvrstama te zablude jer je njihov predmet različit; zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost odnosi se na činjenicu koja tvori obilježje razloga isključenja protupravnosti, a četvrta i peta se zabluda odnose na činjenicu koja tvori obilježje ispričavajućeg razloga. One su u praksi rijetke, pojavit će se samo kod krajnje nužde i kod jednog dijela nužne obrane.

3. RAZGRANIČENJE ZABLUDA

Svaka zabluda ima svoje osobitosti i odnosi se na određeni element kaznenog djela. Tako svaka neotklonjiva zabluda isključuje neku od sastavnica krivnje. Neotklonjive činjenične zablude (zabluda o biću djela, zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost i dvije zablude o okolnostima koje isključuju krivnju kod krajnje nužde i nužne obrane) isključuju namjeru kao sastavnicu krivnje.⁸ Kod neotklonjive pravne zablude (zabluda o protupravnosti) namjera je očuvana, ali je isključena svijest o protupravnosti koja je također sastavnica krivnje.⁹

Za ilustraciju problema razgraničenja zabluda mogu poslužiti primjeri iz prakse.

Optuženica je prvostupanjskom presudom proglašena kriva za kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz članka 246. stavka 2. KZ/11.¹⁰ Utvrđeno je da je kao direktorica trgovačkog društva X s oštećenim društvom Y sklopila ugovor o trgovačkom zastupanju, prema kojem je društvo X prodavalo robu u ime i za račun oštećenog trgovačkog društva Y. Međutim, novac ostvaren prodajom robe je zadržala u blagajni svog društva. U obrani je navela da je to učinila zato što joj društvo Y nije plaćalo proviziju po fakturama koje je izdala te da je na taj način htjela kompenzirati međusobna potraživanja i mislila je da na takvo postupanje ima pravo. U žalbi je navela da je „*prvostupanjski sud prilikom određivanja postojanja njene krivnje trebao sagledati iz njene obrane postoji li svijest o protupravnosti jer je očito da je bila u zabludi o biću kaznenog djela budući da je opravdano imala razloga vjerovati da je kompenzacija potraživanja moguća i dopuštena*“.¹¹ Ovakva žalbena formulacija je zbunjujuća i pravno pogrešna. Nije sasvim jasno poziva li se žaliteljica na zabludu o biću ili zabludu o protupravnosti. Iako spominje zabludu o biću *expressis verbis*, iz argumentacije koja govori o (ne)postojanju „svijesti o protupravnosti“ prije proizlazi da se poziva na zabludu o protupravnosti. Naime, zabluda o biću isključuje namjeru i nema nikakve veze sa sviješću o protupravnosti koja je posve odvojeni sastojak krivnje.¹² Svijest o protupravnosti isključena je kod (neotklonjive) zablude o protupravnosti. Iz činjeničnih navoda obrane također proizlazi da žaliteljica zapravo misli na zabludu o protupravnosti i to zato što se poziva na činjenicu da je opravdano vjerovala da je kompenzacija moguća i opravdana.

U drugom predmetu drugostupanjski sud je odbijajući žalbu optuženice kao neosnovanu propustio upozoriti i objasniti pravnu prirodu zabluda. Naime, u odluci je između ostalog navedeno da „*činjenica koja se ističe u žabi da ... je optuženici ostala svijest da je vlasništvo obrta i vlasništvo trgovačkog društva jednako njezinom privatnom vlasništvu, nema značenje ... zablude o biću kaznenog djela niti se može smatrati opravdanim razlogom da optuženica nije znala da je njeno činjenje protupravno*“.¹³ Ovdje je, također, vidljivo spominjanje svijesti o protupravnosti („*nije znala da je njeno činjenje protupravno*“) u kontekstu zablude o biću, a to je, iz već opisanih razloga, pogrešno.

U sljedećem primjeru, sud otklanja postojanje tzv. putativne nužne obrane (tj. zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost), pogrešno izjednačavajući intelektualnu sastavnicu te zablude sa sastavnicom zablude o biću. To proizlazi iz obrazloženja odluke u kojem je navedeno: „*da bi optuženik bio u zabludi o biću*

⁸ Ovdje treba napomenuti da samo zabluda o biću isključuje namjeru u pravom smislu riječi jer isključuje svijest o postojanju obilježja djela. Kod ostalih vrsta činjeničnih zabluda ta je svijest očuvana ali se za namjeru ipak ne kažnjava zato što je oblikovana na poseban način pa nije moguće opravdati „viši stupanj krivnje svojstven namjernim kaznenim djelima“. Usp. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Peto, izmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 252 i 253.

⁹ O procesnopravnom aspektu zabluda bit će više riječi poslije.

¹⁰ Županijski sud u Zagrebu, K-67/12.

¹¹ VSRH, I Kž 177/14.

¹² Usp. npr. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Peto, izmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 246 – 247 i 254. U naredbenoj literaturi usp. npr. Jescheck, H.-H. i Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996., str. 457.

¹³ VSRH, I Kž 1071/06.

ili zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost, on ne smije biti svjestan nekog njegovog zakonom određenog obilježja".¹⁴ Navedeno obrazloženje je točno samo u pogledu zablude o biću, dok kod zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost postoji svijest o svim zakonskim obilježjima kaznenog djela (o biću) ali optuženik pogrešno smatra da postoji neki od razloga koji bi, da stvarno postoje, isključivali protupravnost.¹⁵ Dakle, optuženik u putativnoj nužnoj obrani zna da ubija drugu osobu, ali pogrešno smatra da ga ta osoba napada. Zato tu nema zablude o biću djela (namjera za ubojstvo postoji), ali postoji pogrešna zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost; optuženik smatra da ga osoba napada, a postojanje napada bi isključilo protupravnost ubojstva.¹⁶

Idući primjer odnosi se na optuženika za kazneno djelo spolne zlouporabe djeteta mlađeg od petnaest godina iz članka 158. stavka 1. KZ/11. U obrani se optuženik pozivao na okolnost da nije bio svjestan dobi oštećenice i da je mislio da ima najmanje dvadeset godina. Očigledno je, dakle, da se pozivao na zabludu o biću (dob djeteta je zakonsko obilježje tog kaznenog djela). Otklanjajući postojanje zablude prvostupanjski je sud naveo da je optuženik „svakako bio svjestan da spolnim odnosom s mladom djevojkom može ostvariti kazneno djelo“ te da se „oglušio o stroge zakonske odredbe, pa i jasne moralne norme, ne želeći se interesirati koliko ima godina djevojka”.¹⁷ Ovdje je jednaka pogreška kao u prethodnom primjeru jer se nepostojanje zablude o biću obrazlaže argumentima koji sugeriraju nepostojanje svijesti o protupravnosti, a to je kriterij zablude o protupravnosti. Drugostupanjski sud je potvrdio osudu i naveo da se „ovdje ne radi o tzv. neotklonjivoj pravnoj zabludi iz razloga što je optuženik vezano za njegovu životnu dob i životno iskustvo, zasigurno kao takav bio upoznat s činjenicom da je spolni odnošaj s djetetom (mlađim od petnaest godina) zabranjen. Ovdje se zapravo radi o takvoj vrsti protupravnosti koju svaka ovakva osoba može sama spoznati ...”.¹⁸ Očito je da drugostupanjski sud govori o potpuno drugoj vrsti zablude od one na koju se optuženik pozvao.

Ove različitosti u pristupu upućuju na zaključak da u praksi ponekad postoje problemi kod utvrđivanja i razlikovanja pojedinih vrsti kaznenopravnih zabluda pa to traži dodatno razmatranje.

3.1 USMJERAVAJUĆA MJERILA ZA RAZGRANIČENJE ZABLUDA

Navedeni primjeri upućuju na postojanje problema u odnosu na razlikovanje objekta zablude o protupravnosti od ostalih zabluda, ponajprije zablude o biću. Radi pravilnog razlikovanja nužno je znati da su se tri zablude – o biću, o okolnostima koje isključuju protupravnost i o okolnostima krajnje nužde koja isključuje krivnju – razvile iz tzv. stvarne zablude koju je reguliralo prijašnje kazneno zakonodavstvo. Za razliku od toga, zabluda o protupravnosti je sljednica nekadašnje pravne zablude.¹⁹

3.1.1 RAZGRANIČENJE ČINJENIČNIH ZABLUDA

Optuženik će se nalaziti u jednoj od četiri činjenične zablude onda kada se njegova pogrešna predodžba odnosi na okolnost činjenične prirode. Pritom razliku između te četiri zablude treba utvrditi pomoću jedne od četiri formule.²⁰

¹⁴ VSRH, I Kž 192/11.

¹⁵ Tako i Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 251.

¹⁶ Ovdje treba upozoriti na još jednu pogrešku koja se ponekad pojavljuje kada je riječ o utvrđivanju i obrazloženju (ne)postojanja namjere kod nužne obrane. Sudovi ponekad oslobađaju od optužbe optuženika jer se branio pa „nije imao namjeru ubiti napadača“. Takvo obrazloženje je pogrešno. Kod nužne obrane postoji namjera za ubojstvo, ali to ubojstvo nije protupravno jer „isključena je protupravnost djela počinjenog u nužnoj obrani“ (članak 21. stavak 1. KZ/11.). Dakle, namjera postoji, ali ne postoji protupravnost.

¹⁷ Općinski sud u Osijeku, 31. K: Ksm-133/13., str. 7.

¹⁸ Županijski sud u Zagrebu, Kžzd-84/15., str. 3.

¹⁹ Zato su i termini „stvarna“ i „pravna“ zabluda još uvijek duboko ukorijenjeni u svijest pravnika s prostora bivše Jugoslavije. To je vidljivo npr. kod *Stojanovića*, koji u svom udžbeniku iz krivičnog prava objašnjava četiri vrste zabluda u srpskom zakonodavstvu ali ih sisematizira kao stvarne i pravne zablude. V. *Stojanović, Z., Krivično pravo. Opšti dio, Petnaesto izmijenjeno izdanje*, Pravna knjiga Beograd, 2009., str. 173 – 181.

²⁰ Naziv formula koristi se po uzoru na njemačkog profesora Reinharda von Franka (1860.-1934.) koji je za razlikovanje između neizravne namjere (eventualnog umišljaja) i svjesnog nehaja razvio dvije formule i opisao ih u djelu: „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“, 18. Auflage 1931, Anm. V, zu § 59 (http://jura.urz.uni-hedilberg.de/mat/file_viewer.php?fid=15088).

- I. Činjenica koja je sastavnica bića kaznenog djela = zabluda o biću (npr. dob oštećenice spolnog odnošaja s djetetom, krivotvorenost kao svojstvo novčanice ili okolnost da je stvar tuđa kod krađe).
- II. Činjenica koja je sastavnica razloga isključenja protupravnosti = zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost (npr. nepostojeći napad kao obilježje nužne obrane; jer se „napadač“ samo šali ili ima plastični pištolj).
- III. Činjenica koja je sastavnica krajnje nužde kao razloga isključenja krivnje = zabluda o okolnostima krajnje nužde koja isključuje krivnju (npr. prijetnja optuženiku plastičnim pištoljem zbog koje on ubije treću osobu da sam ne bi bio ubijen).
- IV. Činjenica koja je sastavnica prekoračenja nužne obrane kao razloga isključenja krivnje = zabluda o okolnostima nužne obrane koja isključuje krivnju (npr. optuženik prekorači granice nužne obrane pogrešno smatrajući da je napadnut pa to kod njega prouzroči jaku prepast).

Svim ovim zabludama je zajednički pravni učinak: one uvijek isključuju namjeru i optuženika treba kazniti za nehaj ako su ispunjene dvije dodatne pretpostavke:

- 1) da je zabluda bila skrivljena (otklonjiva) i
- 2) da je za konkretno djelo propisana kažnjivost nehajnog oblika.²¹

Dakle, ako je optuženik bio u zabludi da je stvar tuđa ili novčanica krivotvorena, onda će to isključiti kaznenu odgovornost jer krađa, odnosno krivotvorenje nemaju nehajne oblike. Zato tu nije potrebno ulagati napore utvrđivanja je li zabluda bila otklonjiva. Naprotiv, kada je optuženik bio u zabludi oko svojstva osobe, misleći da puca u životinju, ili u pogledu dobi djeteta kod spolnog odnošaja s djetetom, tada će se morati utvrditi skrivljenost zablude jer ta djela imaju i svoje nehajne oblike. Optuženik tada može biti oslobođen optužbe samo ako je zabluda bila neotklonjiva. Jednako tako, optuženik koji usmrti svog prijatelja jer je mislio da se radi o nekoj drugoj osobi koja ga želi napasti postupio je u putativnoj nužnoj obrani pa će odgovarati za prouzročenje smrti iz nehaja ako je njegova zabluda bila otklonjiva.²² U zabludi o okolnostima krajnje nužde koja isključuje krivnju bit će optuženik kojem netko prijeti plastičnim pištoljem tražeći od njega da ubije treću osobu pa on to i učini.²³ Ako je ta zabluda bila otklonjiva, optuženik će se kazniti za prouzročenje smrti iz nehaja jednako kao i kod prethodne zablude. Jednaki učinak je i kod pete zablude (koja u KZ/11. nije određena). Optuženik koji prekorači granice putativne nužne obrane i usmrti „napadača“ zbog jake prepasti, koja bi da je imala stvarnog uporišta bila ispričiva, kaznit će se također za prouzročenje smrti iz nehaja.

Iz prethodnih izlaganja možemo jasno zaključiti da je razlika između pojedinih zabluda često vrlo tanka pa je važno dobro poznavanje ove materije radi pravilnog razgraničenja zabluda.

Kao dobar primjer pravilnog utvrđivanja (ne)postojanja zablude u sudskoj praksi može poslužiti primjer optuženika za kazneno djelo teške krađe. On se u svojoj obrani pozvao na zabludu o biću jer je smatrao da su stvari koje je oduzeo bile ničije jer su se nalazile na napuštenom prostoru. Pravilno otklanjajući zabludu o biću sud je naveo da „zabluda o biću kaznenog djela je zabluda koja pretpostavlja da u optuženikovo predodžbi o djelu ima nečeg pogrešnog u vezi sa stvarnim događajem, bilo da optuženik stvarnost ne vidi onakvu kakva je, bilo da ne zna za neku okolnost dane situacije koja doista postoji i koja ulazi u sastav zakonskog opisa kaznenog djela. Ta zabluda može se odnositi na samu radnju, posljedicu, objekt radnje, uzročnost i općenito na svaku okolnost, stvarne ili pravne prirode, koja je u sastavu zakonskog opisa kaznenog djela. Međutim, kada u konkretnom slučaju maloljetnik u svojoj obrani detaljno opisuje kako je u poslovnu zgradu ušao kroz prethodno razbijen prozor, zatim opisuje da su se u unutrašnjosti zgrade nalazili i kompjuteri i fotoaparati, te naposljetku priznaje da je iz zida iščupao bakrene cijevi koje je kasnije prodao, tada je očito da je maloljetnik bio svjestan da se ne radi o napuštenim stvarima u napuštenoj zgradi, već o stvarima oštećenika koje je protupravno prisvojio. Isto tako, niti njegova tvrdnja da je smatrao da su predmetne aluminijske oplate namijenjene bacanju ne može se prihvatiti istinitom jer su se iste nalazile na gradilištu tako da o napuštanju stvari ne može biti govora.“²⁴

²¹ Rasprava o teoretskoj podlozi izjednačavanja navedenih zabluda prema pravnom učinku prelazi granice ovog rada. O tome više Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 252 – 253 i 258.

²² Novoselec, P., Skrivljena putativna nužna obrana (sudska praksa), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2/1995., str. 399.

²³ Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 258.

²⁴ Županijski sud u Koprivnici, Kžm 27/2008-3, str. 1.

3.1.2 ZABLUDA O PROTUPRAVNOSTI

Za razliku od navedenih zabluda koje su činjenične prirode, zabluda o protupravnosti je pravne prirode. Kod nje je optuženik u cijelosti svjestan onoga što se događa oko njega (činjeničnih okolnosti) ali pogrešno ocjenjuje svoje pravo na poduzimanje ili nepoduzimanje odgovarajuće radnje.²⁵ Takav optuženik je svjestan činjenice da spolno opći s djetetom (kod zablude o biću ne zna da se radi o djetetu), ali smatra da je to dopušteno. Ovdje je važno upozoriti da kriterij razlikovanja koji se ovdje zagovara, a prema kojem zabluda može biti činjenične ili pravne prirode, ne treba tumačiti na način da autori zagovaraju povratak na atavističku podjelu zabluda na stvarne i pravne.²⁶ Naprotiv, kriterij predmeta zablude kao činjenice ili pravne ocjene ovdje treba poslužiti samo u svrhu usmjeravajućeg mjerila prilikom ocjene o kojoj je zabludi riječ u konkretnoj situaciji.

Zabluda o protupravnosti različita je i u pogledu pravnog učinka. Ako je neotklonjiva, onda će isključiti osudu ali iz drugog razloga nego prethodne četiri (isključit će svijest o protupravnosti, a ne namjeru – namjera ovdje ostaje netaknuta!).²⁷ Ako je, pak, zabluda otklonjiva, onda će kaznena odgovornost ostati netaknuta ali će sudu stajati na raspolaganju mogućnost blažeg kažnjavanja. To je ujedno i jedina situacija u vezi sa zabludama u kojoj je učinak neke zablude smješten u sferu odmjeravanje kazne! U pravilu su učinci zabluda u sferi isključenja ili umanjenja krivnje.

3.2 RAZGRANIČENJE ZABLUDE O PROTUPRAVNOSTI OD ZABLUDE O OKOLNOSTIMA KOJE ISKLJUČUJU PROTUPRAVNOST

U literaturi je uobičajena podjela zablude o protupravnosti na izravnu i neizravnu. Izravna zabluda podrazumijeva da optuženik ne poznaje normu koja zabranjuje njegovo ponašanje (npr. ne zna da nije dopušteno imati spolni odnošaj s osobom mlađom od 15 godina). Kod neizravne zablude se smatra da je protupravnost optuženikova postupanja isključena zbog nekog razloga koji zapravo nije razlog isključenja protupravnosti (npr. vozač misli da smije prekoračiti brzinu jer mu je tako naredio direktor kojeg vozi).²⁸ Ova podjela je od praktične važnosti jer omogućuje da se razgraniče neizravna zabluda o protupravnosti i zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost.

Pitanje razgraničenja može u praksi prouzročiti dosta poteškoća zato što su ove dvije vrste zabluda vrlo slične i na prvi pogled ih je teško razlikovati. Ipak je to razgraničenje vrlo bitno, kako zbog pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja, tako i zbog različitih pravnih učinaka tih dviju zabluda. Kriterij i ovdje treba biti u tome je li riječ o činjenicama koje su objekt zablude ili su sve činjenice optuženiku jasne, ali se on vara o pravnoj ocjeni događaja.²⁹ Ako optuženik pogrešno smatra da mu predstoji napad, onda je u zabludi o stvarnoj situaciji i zato je riječ o zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost. Ako pak smatra da smije mučiti neku osobu kako bi od nje doznao informacije o terorističkom napadu, onda je svjestan stvarne situacije, ali se vara o svojem pravu da poduzima mučenje pa se nalazi u neizravnoj zabludi o protupravnosti. Upravo na posljednjem primjeru je vidljivo kako je za neizravnu zabludu o protupravnosti karakteristično da se optuženik poziva na navodni razlog isključenja protupravnosti koji to zapravo i pravno nije (mučenje da bi se spriječilo veće zlo), dok je za prvospomenutu zabludu karakteristično da se poziva na priznati razlog isključenja protupravnosti, koji u konkretnoj situaciji stvarno (činjenično) ne postoji!

²⁵ Prema Kühlu, optuženik je „svjestan obilježja djela ali svoje ponašanje pogrešno drži dopuštenim“. Kühl, K., AT, § 13, rub. br. 50.

²⁶ Novoselec s pravom tvrdi da ta dihotomija ne odgovara standardima suvremenog kaznenog prava. V. više Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 246.

²⁷ Tako i Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage*, Verlag C. H. Beck München, 2006., § 21., rub. br. 4.; slično i Garačić, A., *Novi Kazneni zakon*, Organizator, 2013., str. 75. Ipak, posljednje spomenuta autorica ovu činjenicu uočava samo u odnosu na zabludu o biću i okolnostima koje isključuju protupravnost, ali ne i u odnosu na zabludu o ispričavajućoj krajnjoj nuždi.

²⁸ Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 255; Jescheck, H-H. i Weigend, T., cit. djelo, str. 456 i 457; Cramer, P. i Sternberg-Lieben, D. u Schönke, A. i Schröder, H., *Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neu bearbeitete Auflage*, Verlag C. H. Beck, 2010., § 17., rub. br. 10.

²⁹ Tako i Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 256.

Radi lakšeg razgraničenja u spornim situacijama predlaže se trodijelni test kojim bi se vrlo jednostavno moglo utvrditi je li riječ o zabludi o protupravnosti ili zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost. Riječ je o sljedeća tri koraka:

1. Najprije treba utvrditi jesu li optuženiku bile poznate sve okolnosti događaja (sve činjenice). Ako nisu, automatski treba prijeći u područje neke od četiri činjenične zabluda (naravno, ovisno o okolnostima konkretne situacije). Npr. ako utvrdi da je optuženik mislio da mu prijete opasnost premda to u stvarnosti nije bilo tako, onda je riječ o činjeničnoj zabludi.
2. Ako su optuženiku sve činjenice bile poznate, onda treba utvrditi je li bio u zabludi o apstraktnoj zabrani. Ako je odgovor pozitivan, u pitanju je izravna zabluda o protupravnosti. U takvoj je zabludi, primjerice, optuženik koji ne zna da je zabranjen spolni odnošaj s osobama mlađima od petnaest godina života.
3. Ako je optuženik bio svjestan apstraktne zabrane, onda treba utvrditi je li krivo procijenio svoje pravo s obzirom na konkretne okolnosti. Ako je njegova procjena bila pogrešna, onda je u neizravnoj zabludi o protupravnosti. O tome je riječ npr. u situaciji optuženika koji načelno zna da je mučenje zabranjeno, ali misli da je dopušteno ako se njime ostvaruju viši ciljevi.

4. OTKLONJIVOST ZABLUDA

Nakon utvrđenja o kojoj je zabludi riječ potrebno je još utvrditi i je li ta zabluda otklonjiva ili neotklonjiva. To je potrebno jer su njihovi pravni učinci različiti, ali to neće biti potrebno utvrđivati uvijek: kod četiri zablude činjenične prirode otklonjivost će trebati utvrđivati samo ako se radi o kaznenim djelima koja imaju i nehajni oblik. Kod kaznenih djela koja imaju samo namjerni oblik, naprotiv, bit će potrebno utvrditi samo prisutnost zablude i to stoga što već i otklonjiva zabluda isključuje namjeru, a time i kazneno djelo. Primjerice, kod kaznenih djela poput krađe ili krivotvorenja nije kažnjiv nehaj pa će već i otklonjiva zabluda dovesti do oslobađajuće presude. Zato je u takvim situacijama nepotrebno ulagati napor utvrđivanja otklonjivosti zablude. Naprotiv, kod zablude o protupravnosti uvijek će biti potrebno utvrđivati otklonjivost jer otklonjiva zabluda o protupravnosti ne isključuje krivnju nego eventualno umanjuje stupanj prekorljivosti.³⁰

Otklonjivost četiriju činjeničnih zabluda je posve činjenično pitanje koje treba utvrditi ocjenom u odnosu na prosječnog čovjeka optuženikovih svojstava i znanja. Primjerice, nije uvjerljiva tvrdnja optuženog da nije mogao znati da je oštećena mlađa od petnaest godina jer je s njom živio u istom selu, viđao ju je u društvu svoje četrnaestogodišnje kćerke te ju je pokupio svojim automobilom ispred osnovne škole u vrijeme završetka nastave. Sve te okolnosti upućuju na to da je optuženik svakako mogao i morao posumnjati u dob oštećene te je pitati za godine, a on to nije učinio.³¹

Nešto je složenija situacija s otklonjivošću zablude o protupravnosti. Naime, prethodni Kazneni zakon³² je u članku 46. stavku 3. definirao mjerila otklonjivosti ove zablude po uzoru na austrijsko zakonodavstvo. Ta je odredba, međutim, brisana u KZ/11. jer se smatralo da nije posve jasna te da određivanje otklonjivosti ove zablude treba prepustiti teoriji i praksi.³³ Stoga će ovaj rad pokušati dati doprinos i toj problematici. *Novoselec* zagovara da se kao smjernice koriste mjerila iz stare odredbe. Ta je odredba predviđala kombinaciju dva mjerila; objektivnog (znanje prosječnog čovjeka) i subjektivnog (znanje optuženika). Kada je kazneno djelo počinjeno u obavljanju zvanja, zanimanja ili dužnosti, tada su se tražile strože pretpostavke pa je trebalo ispitati je li optuženik s obzirom na svoj status bio dužan upoznati se s propisima koji reguliraju posebnu djelatnost kojom se on bavi.³⁴

³⁰ Tako i Jescheck, H-H. i Weigend, T., cit. djelo, str. 457. Umanjenje stupnja prekorljivosti označava u stvari mogućnost blažeg kažnjavanja.

³¹ Općinski sud u Osijeku, Ksm-133/2013., str. 6.

³² „Narodne novine“ broj: 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03. – odluka Ustavnog suda, 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08., 57/11., 125/11. i 143/12. – dalje u tekstu: KZ/97.

³³ Turković, K. i dr., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, 2013., str. 52.

³⁴ Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava, Peto, izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Osijek, 2016., str. 257 i 258.

S obzirom na načelnu rezerviranost sudova spram zablude o protupravnosti,³⁵ potrebno je ovu materiju objasniti i ponuditi razmjerno jednostavna i jasna mjerila. Stoga se predlaže da se kod utvrđivanja otklonjivosti zablude o protupravnosti vodi računa o dva mjerila.

Prvo, treba utvrditi je li uopće postojao povod da se posumnja u zabranjenost djela. Naime, optuženiku se može uputiti prijekor da se nije informirao o zabranjenosti samo ako se iz konkretnih okolnosti može zaključiti da je bilo povoda za sumnju da je neka djelatnost zabranjena. Na nužnost postojanja povoda upozorava se u hrvatskoj literaturi.³⁶

Drugo, ako se utvrdi postojanje povoda, onda treba ispitati je li optuženik mogao saznati za zabranjenost djela (je li postojala mogućnost informiranja).³⁷ Pritom osobito treba uzeti u obzir okolnosti kao što su optuženikovo obrazovanje i opća informiranost, sredina u kojoj živi i dostupnost informacija te vrsta kaznenog djela. Dakako da će u tom pogledu pretpostavke biti puno strože ako se radi o kaznenim djelima u vezi s obavljanjem određenih profesija.³⁸

5. PRIMJENA MJERILA NA PRIMJERU IZ PRAKSE

Predložena mjerila možemo testirati radi ocjene mogu li ispuniti zadaću, odnosno olakšati utvrđivanje i pravilno razgraničenje zabluda.

Optužena AA radila je kao konobarica u jednom zagrebačkom kafiću u koji je zalazio policijski službenik BB. Optuženica je od prijatelja načula da je protiv nje raspisana tjeralica. Spremala se u posjet baki koja živi u Trstu i nije htjela imati neugodnosti prilikom prelaska granice pa je htjela provjeriti je li za njom zaista raspisana tje-ralica. Zato se obratila policijskom službeniku BB i zamolila ga može li joj to provjeriti. Smatrala je da je to njeno građansko pravo. Osim toga, imala je i ranija iskustva kada nije preuzimala policijske pozive pa je to rješavala davanjem odgovarajuće izjave u policijskoj stanici. On joj je rekao da može i da dođe sljedeći dan u policijsku postaju i ponese osobnu iskaznicu. Ona je sljedećeg dana došla u njegov ured. Tamo su u tom trenutku bili i drugi policajci. Dala mu je svoju osobnu iskaznicu pa je on nakratko otišao provjeriti traženi podatak kod kolege koji vodi odgovarajuću evidenciju i ubrzo se vratio i rekao joj da je sve u redu. Optuženici je stavljeni na teret poticanje službene osobe na zlouporabu položaja i ovlasti s ciljem pribavljanja neimovinske koristi.³⁹

Sud je isključio postojanje namjere kod optuženice zbog zablude o biću i oslobodio je od optužbe. U obrazloženju je naveo i sljedeće: „...utvrđeno je da je optuženica imala pogrešnu predodžbu u odnosu na protu-pravnu radnju jer je bila u zabludi o biću, odnosno nije bila svjesna da BB pribavljanjem traženog podatka zlou-porabljuje svoj položaj i ovlasti jer ga može pribavljati samo za potrebe obavljanja policijskog posla ... Budući da svijest o postojanju objektivnog zakonskog obilježja predstavlja intelektualnu sastavnicu namjere, to je jasno da namjera na poticanje nije ni postojala ... pritom nije odlučno što nije poznavala propise ...nego je odlučno što to nije mogla shvatiti ni na laički način ... većina ljudi takvog stupnja naobrazbe i životnog okruženja bi se obratili poznatom kontakt policajcu, smatrajući da postupaju na ispravan način.“⁴⁰

Presudu je potvrdio i VSRH; „prvostupanjski [je] sud ispravno utvrdio i zaključio da optuženica nije bila svje-sna da pribavljanjem podatka kojeg je zatražila od [BB] za svoje potrebe, navedeni zlorabi svoj položaj i ovlasti ... [pa je] ... ispravno izveden zaključak da je kod optuženice postojala zabluda o biću kaznenog djela“.⁴¹

Sada na ovu situaciju treba primijeniti ranije predložena mjerila. Najprije će se primijeniti mjerila za raz-graničenje pojedinih zabluda, a potom i mjerila za utvrđenje otklonjivosti ili neotklonjivosti zablude. U po-gledu vrste zablude, primjenjuje se predloženi trodijelni test.

³⁵ Ta pojava je prisutna i u drugim sustavima. Tako Kühn ističe da njemačka sudska praksa u pravilu postavlja strože zahtjeve u po-gledu zablude o protupravnosti nego je to slučaj kod ostalih zabluda. Kühn, K., AT, § 13, rub. br. 61.

³⁶ Usp. npr. Novoselec, P., *Mučenje životinje. Zabluda o protupravnosti (sudska praksa)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 11, 1/2004, str. 284.

³⁷ Tako npr. i Risimović, R., cit. djelo, str. 66.

³⁸ Usp. npr. Novoselec, P., *Zabluda o protupravnosti i njezina otklonjivost (sudska praksa)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10, 1/2003, str. 214.

³⁹ Članak 337. stavak 1. u svezi sa člankom 37. KZ/97.

⁴⁰ Županijski sud u Zagrebu, 8 K-Us-15/15, str. 7.

⁴¹ VSRH, I Kž Us 116/15., str. 2.

Najprije treba postaviti pitanje jesu li optuženici AA bile poznate sve okolnosti (činjenice) događaja (prvi korak trodijelnog testa)? Utvrđeno je da joj je bilo poznato da je BB policajac (zato mu se i obratila) te da od njega traži podatak koji se može provjeriti samo službenim putem, tj. uvidom u policijsku evidenciju. Također, bilo joj je poznato da iskorištava svoje poznanstvo s BB da bi dobila podatak umjesto da se obrati u policijsku stanicu redovnim kanalima. Stoga je pravilan zaključak da su optuženici bile poznate sve okolnosti (sve činjenice) koje tvore obilježje bića kaznenog djela. Prema tome, zabluda optuženice nije činjenične prirode pa se ne može primijeniti niti odredba o zabludi o biću kaznenog djela.⁴² Dakle, riječ je o pravnoj zabludi jer je optuženica pogrešno smatrala da ima pravo policajca tražiti navedeno provjeru.

Sada se postavlja sljedeće pitanje: je li optuženici bila poznata apstraktna zabrana.⁴³ (drugi korak trodijelnog testa koji služi za utvrđivanje je li riječ o izravnoj zabludi o protupravnosti). Sud u presudi utvrđuje da nije bila svjesna da policijski službenik takve podatke smije pribavljati samo za potrebe svoje službe te da bi i prosječna osoba njene izobrazbe i životnog okruženja postupila na isti način smatrajući da je policajac osoba kojoj se smiju obratiti. Pritom sud upozorava na to da joj nisu bili poznati propisi i da ih nije mogla shvatiti ni na laički način. To, zapravo, znači da i sam sud zapravo smatra da optuženici nije bila poznata apstraktna norma koja zabranjuje uvid u podatke na takav način. S obzirom na to da je odgovor na drugi korak trodijelnog testa negativan, nije nužno provoditi i treći korak. Naime, optuženici nije bila poznata protupravnost (zabranjenost) ponašanja pa je riječ o izravnoj zabludi o protupravnosti, a ne o zabludi o biću (jer su optuženici poznate sve činjenice događaja) Dakle, ovdje imamo (izravnu) zabludu o protupravnosti jer optuženica pogrešno misli da ima pravo da ona i policajac prikupljaju podatke na opisani način.

Preostaje još utvrditi je li zabluda o protupravnosti bila otklonjiva ili neotklonjiva.⁴⁴ Najprije treba ispitati je li optuženica uopće imala povod posumnjati u zabranjenost djela. Iz utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da nije. Naime, ona je na opisani način postupala već i ranije te nije zbog toga imala neugodnosti. Osim toga, osoba njenog stupnja obrazovanja i životnog okruženja upravo i očekuje da se za takvu vrstu problema treba obratiti policiji. Pritom nije dužna ispitivati i poznavati granice policijskih ovlasti. Zato je ovdje izravna zabluda o protupravnosti bila neotklonjiva.

Prema tome, optuženica je pravilno oslobođena od optužbe na temelju članka 453. točke 2. ZKP/08., ali je pogrešna ocjena o vrsti zablude. Optuženica nije bila u neotklonjivoj zabludi o biću djela (koja isključuje namjeru), nego je bila u neotklonjivoj zabludi o protupravnosti (koja isključuje svijest o protupravnosti).

6. PROCESNOPRAVNI ASPEKTI ZABLUDA

Prethodna izlaganja dovode nas do razmatranja koju vrstu odluke i na temelju koje zakonske odredbe sud treba donijeti kada utvrdi pojedinu vrstu zablude. Prije toga treba upozoriti na nužnost uočavanje sastavnica kaznenopravnih zabluda i njihovog pravilnog označavanja. Pogreške u tom dijelu imaju posljedice i s procesnog gledišta. Riječ je dakako o potpunosti, a posljedično i o pravilnosti utvrđivanja činjenica na temelju kojih se može ocijeniti (ne)postojanje zablude.

Načelno, sud će razmatrati (ne)postojanje zablude ako se optuženik u iznošenju svoje obrane na nju pozove ili bi se iz njegove obrane moglo zaključiti o postojanju neke okolnosti koja može dovesti do zablude. Za očekivati je da će obrana predložiti i dokaze koji potkrjepljuju tezu o postojanju neke od zabluda. Bez obzira na to, sud je *ex mero motu* ovlašten izvoditi dokaze o (ne)postojanju zablude jer je riječ o odlučnim činjenicama na temelju kojih može doći do primjene pojedine odredbe koje mogu imati itekako povoljan učinak za optuženika. To dokazno ovlaštenje slijedi iz dužnosti o „skrbi za svestrano raspravljanje“ i mogućnosti izvođenja dokaza „koji nisu predloženi ili od kojih je predlagatelj odustao“.⁴⁵

⁴² Stoga nije dalje nužno niti razmatrati niti jednu od četiri formule koje treba koristiti za razlikovanje četiri vrste činjeničnih zabluda.

⁴³ Drugi korak trodijelnog testa koji služi za utvrđivanje je li riječ o izravnoj zabludi o protupravnosti.

⁴⁴ Utvrđivanje (ne)otklonjivosti potrebno je kod izravne i kod neizravne zablude o protupravnosti.

⁴⁵ Članak 393. stavak 2. i članak 419. stavak 3. Zakona o kaznenom postupku („Narodne novine“, broj 152/08., 76/09., 80/11., 91/11., 121/11., 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14.; dalje u tekstu: ZKP/08.). Te ovlasti osobito je potrebno koristiti ako optuženik nema branitelja, a takve procesne situacije su najčešće jer se velika većina kaznenih postupaka vodi pred općinskim sudovima za kaznena djela za koja obrana nije nužna. Zato u tim situacijama sud treba imati na umu i članak 15. ZKP/08. koji sadržava načelo pomoći neukoj stranci, a optuženik bez branitelja je gotovo pa uvijek neuka stranka.

Na ovaj procesnopravni aspekt upozorava i Vrhovni sud Republike Hrvatske kada smatra da je prvostupanjski sud osnovano otklonio postojanje zablude o biću, premda se „u žalbi nije izričito tvrdilo da se optuženi nalazio u zabludi o biću ... ali se može zaključiti da žalba ponavlja tezu koja je iznesena tijekom glavne rasprave da optuženici nisu bili svjesni da je supstanca, koja je predmetom kaznenog djela, opojna droga“.⁴⁶ Stoga je jasno da je i iz aspekta pravičnog suđenja od iznimne važnosti da je i sud dobro upoznat s problematikom zabluda i utvrđivanja činjenica potrebnih za ocjenu o (ne)postojanju zablude kada se za to u postupku pokaže potreba.

Uočavanju i pravilnom razgraničenju zabluda mogu poslužiti ovdje predložena usmjeravajuća mjerila: četiri formule za razgraničenje pojedinih činjeničnih zabluda, trodijelni test za razgraničenje zablude o protupravnosti od zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost i dva mjerila za utvrđivanje (ne)otklonjivosti zablude. Njihova primjena može olakšati potpuno i pravilno utvrđivanje odlučnih činjenica, a to vodi i ispravnoj ocjeni o tome o kojoj vrsti zablude je riječ. To je važno jer nemaju sve zablude jednaki pravni učinak, odnosno odluka suda ovisi o tome o kojoj zabludi je riječ. Treba ponoviti da je kod otklonjive zablude o protupravnosti moguće blaže kažnjavanje (članak 32. stavak 2. KZ/11. Preostale (činjenične) zablude pravni učinak imaju u području isključenja ili umanjenja krivnje. Dakle, procesnopravni učinak zabluda u odnosu na vrstu i zakonske osnove presuda može biti prikazan na sljedeći način.

1. Zabluda o biću djela (činjenična zabluda; članak 30. stavak 1. KZ/11.). Zakonski izričaj glasi „ne postupa s namjerom“. Namjera je sastojak krivnje (članak 23. KZ/11.). Dakle, ako nema namjere, onda nema jedne od sastavnice krivnje pa oslobađajuću presudu treba donijeti na temelju članka 453. točke 2. ZKP/08.; „ima okolnosti koje isključuju krivnju“. To se, dakako, odnosi na situaciju ako je ova zabluda bila neotklonjiva. Ako je zabluda o biću djela bila otklonjiva, optuženik smije biti proglašen krivim samo ako je riječ o kaznenom djelu za koje zakon propisuje kažnjavanje i za nehaj (članak 30. stavak 2. KZ/11.). Ako zakon ne propisuje kažnjavanje i za nehaj, odnosno ako djelo može biti počinjeno samo s namjerom, onda opet nema nužnog sastojka krivnje pa oslobađajuću presudu treba utemeljiti na članku 453. točki 2. ZKP/08.
2. Zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost (činjenična zabluda; članak 31. stavak 1. KZ/11.); zakonski izričaj je „neće se kazniti za namjerno počinjenje djela“. Drugim riječima, optuženiku se ne može uputiti prijekor, isključena je krivnja jer nema namjere pa optuženika koji je bio u neotklonjivoj zabludi o okolnostima koje isključuju protupravnost treba osloboditi od optužbe na temelju članka 453. točki 2. ZKP/08. Ako je ova zabluda bila otklonjiva, onda vrijedi ono što je navedeno za zabludu o biću djela.
3. Zabluda o protupravnosti (zabluda o pravu; članak 32. stavak 1. KZ/11). Izričaj glasi: „nije kriv“, a to znači da nema krivnje. Dakle, ako je utvrđena neotklonjiva zabluda o protupravnosti, onda je oslobađajuća opet na temelju članka 453. točki 2. ZKP/08. No, ako je ova zabluda otklonjiva, onda je pravni učinak u sferi kažnjavanja (a ne u sferi isključenja ili umanjenja krivnje kao kod činjeničnih zabluda). Drugim riječima, optuženika koji je bio u otklonjivoj zabludi o protupravnosti treba proglasiti krivim, ali ga je moguće osuditi na blažu kaznu od propisane (članak 48. i 49. KZ/11.).
4. Zabluda o okolnostima koje isključuju krivnju kod krajnje nužde (činjenična zabluda; članak 22. stavak 3. KZ/11.). Zakon rabi izričaj „...u otklonjivoj zabludi o okolnostima ... koje isključuju krivnju“. Ovdje je riječ o otklonjivoj zabludi pa je osuda moguća samo ako je riječ o djelu za koje je propisano kažnjavanje za nehaj. Ako je riječ o djelu koje može biti počinjeno samo s namjerom, onda treba smisleno primijeniti ono što smo rekli u odnosu na prve dvije zablude pa oslobađajuću treba donijeti na temelju članka 453. točke 2. ZKP/08. Jednako i ako je zabluda bila neotklonjiva. Budući da je i tu krivnja isključena, to je jednaka i osnova za oslobađajuću presudu.⁴⁷

⁴⁶ VSRH I KŽ 1/00., str. 2. Propust utvrđivanja odlučnih okolnosti najčešće ima za posljedicu pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, a tu žalbenu osnovu će drugostupanjski sud razmatrati samo ako je žalitelj u žalbi istakne. No, ako u presudi nisu dani razlozi o (ne)utvrđenim odlučnim činjenicama ili su ti razlozi nejasni ili u znatnoj mjeri proturječni, onda će biti riječ o bitnoj povredi odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 1. točke 11. ZKP/08. na koju drugostupanjski sud pazi uvijek, bez obzira na to poziva li se žalitelj na nju ili ne (članak 476. stavak 1. točka 1. ZKP/08.). Osim toga, pogrešno zabranjivanje pitanja ili odgovora na pitanja koje se odnosi na odlučnu činjenicu može biti bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 467. stavka 3. ZKP/08. (v. VSRH I KŽ 340/15. od 14. ožujka 2017.).

⁴⁷ Jednako je i ako sud primjenjuje članak 22. stavak 2. KZ/11. koji koristi izričaj „nije kriv“. No, ako je riječ o oslobođenju od optužbe po članku 22. stavku 1. KZ/11. (utvrđena je krajnja nužda) ili po članku 21. stavku 1. KZ/11. (utvrđena je nužna obrana), onda

5. Zabluda o okolnostima koje isključuju krivnju kod prekoračenja nužne obrane. Treba ponoviti da ova vrsta zablude nije opisana u KZ/11., ali je u praksi moguća. Zato je ovdje nužna smislena primjena onoga što je navedeno pod točkama 1., 2. i 4. Ako je optuženik bio u otklonljivoj zabludi o okolnostima koje isključuju krivnju kod prekoračenja nužne obrane pa je zbog pogrešne predodžbe o postojanju napada došao u stanje jake prepasti, onda je osuda moguća samo ako je riječ o djelu za koje je propisano kažnjavanje za nehaj (primjerice, prouzročenje smrti iz nehaja i teška tjelesna ozljeda iz nehaja). Ako je ova zabluda bila neotklonjiva, onda treba primijeniti članak 453. točku 2. ZKP/08.

7. ZAKLJUČAK

Problematika kaznenopravnih zabluda je složena i traži višeslojnu raščlambu činjenične i pravne naravi. Navedena usmjeravajuća mjerila mogu pomoći pravilnoj prosudbi o kojoj je vrsti zablude riječ u konkretnoj situaciji. Pritom bi se intelektualna djelatnost suda trebala odvijati u dvije faze.

U prvoj treba utvrditi postoji li okolnosti koje čine sastavnice zablude i o kojoj zabludi je riječ. Za tu fazu mogu poslužiti razgraničenje na činjenične i pravnu zabludu, četiri formule razgraničenja činjeničnih zabluda i trodijelni test razgraničenja zablude o protupravnosti od zablude o okolnostima koje isključuju protupravnost.

U drugoj etapi treba ocijeniti otklonjivost ili neotklonjivost zablude. Do te druge faze neće doći uvijek, nego samo u situacijama u kojima je utvrđivanje otklonjivosti zablude pravno važno. Kod zablude o protupravnosti to je uvijek važno jer kod otklonjive zablude o protupravnosti uvijek imamo osudu, samo je pravni učinak mogućnost blažeg kažnjavanja. Naprotiv, kod zablude o biću, o okolnostima koje isključuju protupravnost, okolnostima ispričavajuće krajnje nužde i okolnostima ispričavajućeg prekoračenja nužne obrane, otklonjivost će biti potrebno utvrđivati samo ako se radi o kaznenim djelima koja imaju i nehajni oblik. To zato što kod djela koja mogu biti počinjena samo s namjerom, a utvrdi se makar i otklonjiva činjenična zabluda, osuda nije moguća.

Većina problema se u sudskoj praksi svodi na pravilno razgraničenje pojedinih zabluda. Osobito se to odnosi na razgraničenje zablude o biću od zablude o protupravnosti. Premda ove dvije zablude nisu srodne niti slične, ipak sudovi ponekad griješe pa se u obrazloženju jedne od njih pozivaju na argumente koji pripadaju drugoj i obratno. Takva pogreška automatizmom uzrokuje i drugu pogrešku; da se kaznena odgovornost isključuje iz krivog razloga, a to nije prihvatljivo. Sukladno načelu *iura novit curia*, a radi vjerodostojnosti sudskih odluka, sud je odgovoran za točnu primjenu zakonskih odredbi i kvalitetu svoje odluke. Zato je pravilno označavanje zabluda od iznimne važnosti za djelatnost suda. U tom smislu, ovaj rad daje skromni doprinos unaprjeđenju teorijskih razmatranja zabluda u hrvatskoj kaznenopravnoj literaturi i sudskoj praksi koja se može poslužiti predloženim mjerilima, radi lakše prosudbe u budućim predmetima.

oslobađajuću presudu treba donijeti po članku 453. točki 1. ZKP/08.; „djelo za koje se optužuje po zakonu nije kazneno djelo“. Zakonski izričaji u obje potonje situacije su „isključena je protupravnost“; ponašanje nije protupravno pa zato po zakonu nije kazneno djelo.

Dražen Jelenić, mag.iur. *

NEDOSTACI U SAČINJAVANJU ČINJENIČNOG OPISA OPTUŽNICE

1. UVOD

Sukladno članku 38. stavku 1. Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 – u daljnjem tekstu ZKP/08) temeljna ovlast i glavna dužnost državnog odvjetnika¹ je progon počinitelja kaznenih djela za koja se kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti. Tu svoju dužnost državni odvjetnik u kaznenom postupku ostvaruje na više načina, između ostalog i, kako to propisuje stavak 2. točka. 6. istog članka ZKP/08 podizanjem i zastupanjem optužnice pred nadležnim sudom. ZKP/08, nadalje, za postupak optuživanja, koji uključuje i podizanje optužnice rezervira zasebnu glavu Zakona, Glava XIX, te se u njoj, između ostalog, propisuje u članku 342., sadržaj optužnice. Prema toj odredbi, optužnica² ima slijedeći sadržaj:

1. ime i prezime okrivljenika s osobnim podacima (članak 272. stavak 1. ZKP/08) kao i podacima o tome nalazi li se i otkad u istražnom zatvoru ili se nalazi na slobodi, a ako je prije podizanja optužnice pušten na slobodu, koliko je proveo u pritvoru i istražnom zatvoru,
2. opis djela iz kojeg proistječu zakonska obilježja kaznenog djela, vrijeme i mjesto počinjenja kaznenog djela, predmet na kojemu je i sredstvo kojim je počinjeno kazneno djelo te ostale okolnosti potrebne da se kazneno djelo što točnije odredi (činjenični opis),
3. zakonski naziv kaznenog djela, s navođenjem odredaba Kaznenog zakona koje se na prijedlog tužitelja imaju primijeniti (pravni opis i pravnu oznaku djela),
4. dokaze na kojima se temelji optužnica te
5. obrazloženje u kojem će se opisati stanje stvari.

Navedeno pod točkama 1. – 3. predstavlja izreku optužnice.

Uz te dijelove, svaka optužnica, još, sadrži i uvod premda taj njezin dio, za razliku od presude, nije izričito zakonom propisan.

I optužnica za kaznena djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina ima isti sadržaj, osim što umjesto detaljnog obrazloženja sadrži samo kratke razloge te uz to i prijedlog vrste i mjere kazne, uvjetne osude, djelomične uvjetne osude, zamjene radom za opće dobro na slobodi te drugih sankcija i mjera propisanih kaznenim zakonom, a čije se izricanje traži tom optužnicom.

Znači, svaki optužni akt kojeg u kaznenom postupku podiže državni odvjetnik sadrži činjenični opis kaznenog djela koje se okrivljeniku stavlja na teret. To i jest središnji i stožerni dio optužnice, jer njime, prije

* Dražen Jelenić, mag.iur., prvi zamjenik Glavnog državnog odvjetnika RH

¹ U ovom se radu izričaj državni odvjetnik koristi kako za članka državnog odvjetništva, tako i za zamjenika državnog odvjetnika, osim u slučajevima kada je to kontekstom isključeno.

² Prema članku 82. stavku 1. Zakona o sudovima za mladež (Narodne novine 84/11, 143/12, 148/13 i 56/15) i prijedlog državnog odvjetnika za izricanje maloljetničke sankcije ima isti sadržaj, uz dodatke propisane tim Zakonom.

svega okrivljeniku, državni odvjetnik daje do znanja za što ga to tereti. Uostalom, i očitovanje okrivljenika na sjednici optužnog vijeća (članak 350. stavak 4. ZKP/08), izjava okrivljenika o priznanju krivnje za kazneno djelo koje je predmet optužbe u pisanoj izjavi za donošenje presude na temelju sporazuma stranaka (članak 360. stavak 4. točka 3. ZKP/08), očitovanje okrivljenika o optužbi pred predsjednikom vijeća na pripremnom ročištu (članak 376. stavak 1. ZKP/08) te očitovanje okrivljenika o svakoj točki optužnice na raspravi (članak 416. u svezi sa člankom 417. a stavcima 1. i 5. ZKP/08) svodi se u suštini na poricanje ili priznanje onoga što je u činjeničnom opisu optužnice navedeno.

I premda to u prethodnom postupku nije jedini akt državnog odvjetnika u kojem se nalazi činjenični opis kaznenog djela za koje se određena osoba tereti jer i pouka o pravima mora sadržavati obavijest okrivljeniku za što se tereti (članak 239. stavak 1. točka 1. ZKP/08), kao što i rješenje o provođenju istrage mora sadržavati opis djela iz kojeg proizlaze zakonska obilježja kaznenog djela (članak 217. stavak 2. ZKP/08), a trebala bi i obavijest iz članka 213. stavka 2. ZKP/08 o početku istraživanja, nesporno je da upravo i isključivo činjenični opis kaznenog djela iznesen u optužnici, utemeljen na dokazima prikupljenim tijekom provođenja hitnih dokaznih radnji te istraživanja odnosno istrage predstavlja okvir u kojem će se kretati njome pokrenuti postupak utvrđivanja kaznene odgovornosti optužene osobe pred sudom. Štoviše, početak glavnog dijela kaznenog postupka – rasprave koja će omogućiti „da nepristrani i neovisni sud odluči o krivnji okrivljenika“ započinje upravo čitanjem optužnice, što u praksi znači čitanje izreke od koje se pretežiti dio odnosi na činjenični opis. Potom, sve činjenice koje će se u tom postupku utvrđivati izravno se oslanjaju na to činjenično stanje, a i izjašnjavanje o krivnji i obrana okrivljenika referirati će se upravo na ono što u činjeničnom opisu tvrdi tužitelj. Štoviše, pri tome, manevarski prostor suda u interveniranju u takav činjenični opis je vrlo sužen i odnosi se isključivo na preciziranje navoda u istom na temelju tijekom rasprave utvrđenog činjeničnog stanja vodeći računa o zabrani osude za drugačije kazneno djelo (zadržavanje identiteta kaznenog djela) i zabrani izmjena na štetu okrivljenika (koje dovode do prekvalifikacije na drugo teže djelo). Čini se kao vrlo delikatan zadatak suda, pa i ne čudi nesklonost pojedinih sudaca da koriste ovu svoju ovlast čime državni odvjetnik riskira ili oslobađajuću prvostupanjsku presudu ili ukidanje osuđujuće presude.

O svemu tome državni odvjetnik mora voditi računa prilikom sastavljanja činjeničnog opisa kaznenog djela za koje podiže optužnicu. Stoga i svi eventualni nedostaci u tom dijelu izreke mogu imati (i u pravilu imaju) dalekosežne posljedice na sam kazneni postupak sve do njegovog pravomoćnog okončanja, ali moguće i potom u postupku po izvanrednim pravnim lijekovima.

Uostalom, o važnosti ostvarenja svoje uloge progonitelja po službenoj dužnosti za kazneno djelo iz izreke optužnice ukazuje i podatak da su tijekom 2016. godine od svih odluka koje su državni odvjetnici donijeli protiv odraslih osoba, mlađih punoljetnika i pravnih osoba najzastupljenije bile optužnice³. Naime, doneseno je ukupno 17306 rješenja o odbačaju kaznene prijave, 3946 rješenja o provođenju istrage te podignuto 17538 optužnica (uključujući tzv. neposredne optužnice i optužnice s prijedlogom za izdavanje kaznenog naloga).⁴

2. ČINJENIČNI OPIS KAZNENOG DJELA

Kao što je to već naprijed navedeno, sadržaj činjeničnog opisa kaznenog djela iz izreke optužnice propisan je Zakonom.

Prema zakonskom tekstu, svaki činjenični opis mora odgovoriti na nekoliko pitanja, a to su:

- kada je kazneno djelo počinjeno,
- gdje je kazneno djelo počinjeno,
- na kojem je predmetu (objektu, što može biti i živo biće) kazneno djelo počinjeno,
- kojim je sredstvom kazneno djelo počinjeno;

kao i sadržavati:

³ Do dopuna i izmjena ZKP/08 koje su stupile na snagu 15. prosinca 2013. i uvele pravo okrivljenika, žrtve i oštećenika na prigovor zbog neaktivnosti državnog odvjetnika u postupanju po kaznenoj prijavi, s jedne strane, a s druge strane dodatno pacificirale tijela otkrivanja i usmjerila podnositelje prijave na podnošenje istih izravno državnom odvjetniku bez obzira na njihovu osnovanost, bilo je uvriježeno stajalište u okviru državnoodvjetničke organizacije da su rješenja o odbačaju kaznene prijave „negativne“ odluke za državno odvjetništvo, a time i nepoželjne.

⁴ Izvor: Izvješće Državnog odvjetništva Republike Hrvatske za 2016. godinu

- opis djela iz kojeg proistječu zakonska obilježja kaznenog djela,
- navođenje svih ostalih okolnosti potrebnih da se kazneno djelo što točnije odredi.

Kako je činjenični opis odraz određenog događaja u stvarnosti koji državni odvjetnik iznosi pred sud smatrajući na temelju činjenica i podataka prikupljenih tijekom postupka koji prethodi optuživanju da je počinjeno kazneno djelo, potrebno je za činjenični opis djela u izreci optužnice iz tog činjeničnog fundusa izdvojiti u prvom redu sve one okolnosti koje čine obilježja kaznenog djela prema kvalifikaciji koju predlaže državni odvjetnik, a od ostalih okolnosti one koje su potrebne i koliko su potrebne da se u optužnici jasno odredi konkretni događaj i izdvoji od svih ostalih sličnih događaja u stvarnosti.

Svaki od tih činjeničnih navoda važan je, osim toga, i za primjenu pojedinih odredaba kazneno materijalnih zakona odnosno kazneno postupovnih zakona (primjerice za pitanje poput nadležnosti, zastare, primjene najblažeg zakona, povrede načela *ne bis in idem* i slično).

Pri tome, temeljna pravila kod izrade činjeničnog opisa djela su da on mora biti određen, potpun, jezgrovit i razumljiv. "Opis djela u dispozitivu optužnice mora biti konkretan i kratak, mora sadržavati sva bitna obilježja krivičnog djela za koje se optužuje, bez dodavanja suvišnih okolnosti, uz navođenje najpotrebnijih ostalih okolnosti potrebnih za ocjenu identiteta djela i primjenu raznih odredaba Krivičnog zakona, odnosno Zakona o krivičnom postupku."⁵ Izrada takvog činjeničnog opisa koji slijedi ova temeljna pravila je izazov za svakog državnog odvjetnika u postupku izrade optužnice.

I naposljetku, kao logičan zaključak iz činjeničnog opisa djela, a s time i kontrola jesu li poštovana naprijed navedena pravila, mora proizlaziti pravni opis kaznenog djela za kojeg državni odvjetnik smatra da postoji relevantan stupanj sumnje dovoljan za optuženje. Dakle, između činjeničnog i pravnog opisa kaznenog djela mora postojati uzajamna veza. Sve ono što sadrži pravni opis kaznenog djela mora prethodno u konkretnom obliku biti opisano u činjeničnom opisu. Ukoliko tome nije tako, državnom odvjetniku ne preostaje drugo nego li preispitati ispravnost svoje pravne kvalifikacije, po potrebi pristupiti ponovnoj raščlambi prikupljenih činjenica i podataka, a ovisno o mogućnostima i njihovom dodatnom prikupljanju. Ili naposljetku, donošenju zaključka da nema uvjeta za podizanje optužnice.

Nedostaci u sačinjavanju činjeničnih opisa osim što utječu na jasnoću stajališta državnog odvjetnika, pa ako hoćemo i poruke koju njime šalje državni odvjetnik, o tome da smatra da je određena počinila određeno kazneno djelo, mogu imati i posljedice za obranu takvog stajališta pred sudom. Nepridržavanje pravila o određenosti, potpunosti, jezgrovitosti i razumljivosti činjeničnog opisa utječe na njegovu pravnu relevantnost i može dovesti do neprihvatanja takvog činjeničnog opisa od strane suda u bilo kojem stadiju njegovog preispitivanja, pa čak i kao dijela presude. S druge pak strane, i ne pridržavanje pravila o stilu pisanja činjeničnih opisa i jezičnih/pravopisnih pravila također mogu utjecati na njegovu razumljivost i dovesti do zaključka o njegovoj proturječnosti.

3. NAJČEŠĆI NEDOSTACI KOD ČINJENIČNIH OPISA DJELA U OPTUŽNICAMA DRŽAVNIH ODVJETNIKA

Svakodnevno bavljenje sastavljanjem optužnica, upoznavanjem s njima u okviru provođenja državnoodvjetničkog nadzora (u najširem smislu riječi), tijekom njihove sudske kontrole, sudjelovanja u suđenjima temeljem njih odnosno u postupcima po pravnim lijekovima protiv sudskih odluka donesenih o optužnicama neizostavno omogućuje svim sudionicima tih procesa da u odnosu na ono što i kako u njima piše zauzimaju i kritična stajališta. Najočitija su ona iznesena u sudskim odlukama. Bez pretenzija da se u ovom radu bavim svim mogućim uočenim nedostacima u činjeničnim opisima, i pri tome duboko uvjeren da je više onih činjeničnih opisa kojima se ovaj rad, jer odgovaraju i pravilima postavljenim propisima i pravilima struke, niti ne treba baviti, osluškajući primjedbe kolega sudaca, odvjetnika i državnih odvjetnika, u nastavku sam izdvojio one najčešće, premda svima možda i ne najočitije. Uočene nedostatke razvrstao sam, kao što se to može nagovijestiti iz naprijed navedenog, na one koji se odnose na jezične (pravopisne) pogreške, manjkavosti stila kojim se činjenični opis izlaže te one koji su odlučni za primjenu kaznenih propisa.

⁵ Još u Uputi za izradu optužnica Javnog tužilaštva NR Hrvatske KTR-2342/61 od 8.7.1961., a koja se temelji na daleko starijim nacrtima, na isti se način komentiran izrada ovog dijela optužnog akta.

3.1. JEZIČNI (PRAVOPISNI) NEDOSTACI

Poslovníkom državnog odvjetništva (NN 5/14 i 123/15) propisano je (članak 81.) da sve odluke i akti državnih odvjetništava moraju biti pisani hrvatskim književnim jezikom⁶ i latiničnim pismom te (primjenom) važećeg pravopisa.

Ta pravila zahtijevaju da se u optužnicama ne koriste, u mjeri u kojoj je to god moguće, tuđice, dijalektizmi, pleonazme, a nikada metafore i eufemizmi, kao niti bilo kakve druge jezične stilske figure koje dolikuju književno-umjetničkim tekstovima, a ne sadržaju akta pravosudnog tijela. Posebno ne u činjeničnom opisu kojeg treba krasiti jezična čistoća, jednostavnost i izravnost.

Naravno da su i od tih pravila nužni izuzeci. To se prije svega odnosi na činjenične opise kaznenih djela u kojima je nužno vjerno prenijeti nečije riječi kao radnju počinjenja kaznenog djela smještajući ju u njezino lokalno okruženje u kojem su izrečene i na toj sociološko kulturološko jezičnoj razini dobile pravno relevantno značenje, kao što su primjerice verbaliziranje sadržaja prijatnje ili teškog vrijeđanja ili poticanja na počinjenje kaznenog djela i slično. Problem, notorno, u tim slučajevima može nastati pri čitanju tih činjeničnih opisa od strane osoba koje nisu vične uporabljenom dijalektu, pa bi zato u takvim slučajevima, svakako, dio obrazloženja valjalo posvetiti i „prevođenju“ na hrvatski standardni jezik.

Pri tome treba izbjegavati pleonastičnu sintagmu koju prečesto viđamo u činjeničnim opisima kod trajnih kaznenih djela *u vremenskom razdoblju (periodu)*. Svakako je dovoljno koristiti samo *razdoblje (period)* ili, pak, naprosto navesti da je događaj trajao *od...do...*

Dio činjeničnih opisa u optužnicama počinje s *točno neutvrđenog dana na točno neutvrđenom mjestu uz dodatak od točno neutvrđene osobe na točno neutvrđeni način⁷ ili točno neutvrđenim sredstvom ili u točno neutvrđenom iznosu* i slično. Kod takvih činjeničnih opisa osim što je očit višak riječ *točno* jer je teško i zamisliti koji bi to mogao biti razlog da se netočno neutvrđeno / utvrđeno vrijeme / mjesto / osoba / način / sredstvo / vrijednost uopće unose u činjenični opis, postavlja se i ozbiljno pitanje kojim to vjerodostojnim dokazima državni odvjetnik raspolaže, a iz koji proizlaze te neutvrđene, a pravno odlučne činjenice. Naravno da postoje situacije u kojima je potrebno, unatoč naprijed navedenom, u činjenični opis unijeti i takve konstatacije, primjerice kada je izvjesno da je ozljeda nanesena tupo-tvrđim sredstvom, no nije utvrđeno o kojem se od više mogućih sredstava podobnih za nanošenje takve ozlijede radi, ili pak, kada je nesporno da je djelom pribavljena protupravna imovinska korist koja premašuje iznos od 60.000 kuna, ali točan iznos te koristi nije bilo moguće utvrditi. U takvim je slučajevima potrebno u činjeničnom opisu, radi odgovora na zahtjev za određenošću činjeničnog opisa pisati primjerice:

- i. *neutvrđenog dana u razdoblju od ... do...*
- ii. *neutvrđenog dana, a svakako ne kasnije od...*
- iii. *na neutvrđenom mjestu u okolici / u blizini / pokraj / u Republici Hrvatskoj...*
- iv. *od neutvrđene osobe nadimkom... / koja se koristi mobilnim telefonom broja... / hrvatske nacionalnosti*
- v. *na neutvrđeni način podoban da...*
- vi. *s neutvrđenim sredstvom oštrog brida...*
- vii. *u točno neutvrđenom iznosu, ali većem od 60.000 kuna /manjem od 1.000 kuna.*

U svakom slučaju ukoliko nije moguće ni na neki od naprijed navedenih načina ili sličan način odrediti neutvrđeni element činjeničnog opisa, tada ga svakako valja iz činjeničnog opisa izostaviti i sukladno tome ili prilagoditi pravni opis ili, u konačnici, zaključiti da nema dokaza da bi bilo počinjeno kazneno djelo.

Što se tiče načina pisanja datuma u činjeničnim opisima, šarolika je i često neprihvatljiva praksa. Tako primjerice u optužnici općinskog državnog odvjetništva⁸ većina kaznenih djela je počinjena noću, što se onda

⁶ Ispravno bi ih bilo pisati hrvatskim standardnim jezikom. Naime, radi se hrvatskom jeziku čije je obilježje da je „normiran, tj. da je riječ o sustavu uređenom na svim jezičnim razinama eksplicitnom (svjesno, planskom) normom... Hrvatski standardni jezik upotrebljava se kao opće sredstvo sporazumijevanja u Republici Hrvatskoj.“ v. dr. sc. Marin Mrčela i dr. sc. Kristian Lewis, *Pravno nazivlje i hrvatski jezik*, Udruga hrvatskih sudaca, Zagreb, 2016.

⁷ Često upravo tako glasi prvi dio činjeničnih opisa kod kaznenih djela Neovlaštene proizvodnje i prometa drogama iz članka 190. stavka 2. KZ/13.

⁸ Ozbiljno sam dvojio treba li u članku prilikom navođenja primjera naznačiti, barem, o optužnici kojeg se to državnog odvjetništva radi ili ne. Naime, polazeći od činjenice da izlaganjem optužnice na početku rasprave počinje središnji i, u pravilu, javni dio kaznenog postupka koji je, uostalom, tom optužnicom i iniciran, realno ne bilo nikakvog razloga ne navesti i te podatke. No, s obzirom

u činjeničnim opisima piše kao razlomak, primjerice *27./28. travnja 2014. u vremenu od 22,00 do 6,20 sati*, što bi trebalo značiti da je kazneno djelo počinjeno u razdoblju od 27. travnja 2014. u 22 sata do 28. travnja 2014. u 6 sati i 20 minuta. No, kada se u istoj optužnici kao vrijeme počinjenja navede i *25. studenog 2012. / 24. siječnja 2013. u vremenu od 07,00 do 16,30 sati*, uz ustale nedostatke utvrđene po predsjedniku optužnog vijeća, ne čudi da je optužnica vraćena državnom odvjetništvu radi ispravka nedostataka u odnosu na sastojke iz članka 342. stavak 1. točke 2., 3. i 5. ZKP/08.

Prije svega valja navesti da je člankom 78. stavkom 2. Poslovnika državnog odvjetništva propisano da se u zaglavlju otpravaka (što je i optužnica) u datumu upisuje naziv mjeseca. I gotovo da i nema optužnice (ili drugog državnoodvjetničkog akta) u čijem zaglavlju tome nije tako. Stoga se s pravom možemo pitati koji je razlog da se i u činjeničnim opisima državni odvjetnici ne drže tog pravila? Svakako da nikakvog razloga za drugačije pisanje datuma od ovog propisanog Poslovníkom nema. K tome, ukoliko se na takav način (20. veljače 2002.) označi datum (a ne isključivo rednim brojevima, primjerice 20.02.2002.) nema nikakve potrebe još posebno naznačiti da se događaj iz činjeničnog opisa dogodio *dana 20. veljače 2002. godine*. Stoga činjenični opis može započeti s navođenjem datuma i izostavljanjem riječi *dana* (ili u nekim činjeničnim opisima *noću!*). Isto tako, ukoliko ne znamo točan dan i mjesec počinjenja kaznenog djela, potrebno je iza navođenja rednog broja koji označava godinu i navesti riječ *godine*, tako da bi u tom slučaju početak činjeničnog trebao glasiti *neutvrđenog dana 2002. godine*.

I naposljetku, ono što upada oči kod velikog broja činjeničnih opisa s više okrivljenika i/ili realnog stjecaja kaznenih djela je pogrešan način pisanja njihovih numeričkih oznaka. Naime, pravilo je da se, posebice okrivljenici, označavaju rimskim brojevima. No, bilo da se radi o rimskim ili o arapskim brojevima, s obzirom na to da je u oba slučaj riječ o rednim brojevima, iza broja treba staviti točku (primjerice IV. okrivljenik, točka II.).

3.2. STILSKI NEDOSTACI

Pitanje stila pisanja činjeničnog opisa nije isključivo pitanje osobnog individualnog načina izražavanja svakog pojedinog autora (državnog odvjetnika) pojedine optužnice, već i pitanje jednoobraznosti postupanja u okviru jedinstvenog pravosudnog tijela. To znači da, u načelu, posve bi trebalo biti nebitno adresatima optužnice naziv kojeg državnog odvjetništva piše u njezinom zaglavlju, jer bi izgled i način kojim je pisana (sastavljena) što poglavito uključuje izreku optužnice, uvijek trebali biti isti. Uz to, pojedini nedostaci u stilu su takve naravi da činjenični opis čine nerazumljivim i proturječnim samom sebi i/ili pravnom opisu. Upravo stoga se u okviru državnoodvjetničke organizacije, oduvijek, velika pažnja posvećivala načinu na koji se prilazilo koncipiranju izreke optužnice, a time i izgledu, načinu i redosljedu izlaganja relevantnih činjenica u njezinom činjeničnom opisu.

Čini se da najveće kontroverze, kada je riječ o stilu pisanja činjeničnih opisa, izaziva njihovo pisanje u jednoj rečenici⁹. Iako niti jedna odredba bilo zakona bilo podzakonskog akta ne zabranjuje pisanje činjeničnog opisa u više rečenica, u svijetlu stalnih promjena, posebno u hrvatskom kaznenom postupovnom zakonodavstvu, dašak tradicije nije naodmet. Oponenti takvog stila pisanja imaju doista jaki argument. To je da su takvi činjenični opisi, posebno kod složenih kaznenih djela s više okrivljenika, teško čitljivi i razumljivi. No, ukoliko prihvatimo sve ostale sugestije o sačinjavanju sažetih i razumljivih činjeničnih opisa, možda i ponešto od iznesenog u ovom radu izneseno, pisanje činjeničnih opisa u jednoj rečenici ne bi trebalo više predstavljati takav atak na njihovu razumljivost.

Jedno od važnih pitanja stila pisanja je i redosljed izlaganja činjeničnih opisa pojedinih kaznenih djela u jednoj optužnici. Dodatni problem predstavlja ako su djela počinjena u realnom stjecaju (posebno od strane više okrivljenika u različitim osobnim kombinacijama s različitim supočiniteljskim i sudioničkim ulogama). U

na to da se citiraju optužnice u kaznenim predmetima koji prema mojim saznanjima nisu pravomoćno dovršeni, to nisam učinio. Pri tome svakako treba imati u vidu da su navodi tih optužnica izdvojeni isključivo kao karakteristični primjeri od množine onih pribavljenih za potrebe pisanja ovog rada, i da takvih istih ili sličnih primjera ima u radu i drugih, ne citiranih, državnih odvjetništava (ali, na žalost i sudova). U svakom slučaju, krajnji cilj nije bila kritika, već poticaj na težnju za višom razinom kvalitete u radu.

⁹ U Priručniku za rad državnih odvjetnika, II. Izdanje, Zagreb, 2012. stoji: „Od ovog pravila može se odstupiti samo izuzetno u naj-složenijim oblicima činjeničnih opisa kaznenih djela. Tada se može točkom odvojiti pojedine dijelove, ali i tada treba vidjeti da li je moguće to djelo odvojiti u pojedine segmente izbjegavajući na taj način stavljanje točke.“

takvim slučajevima pravilo bi trebalo biti da se činjenični opisi slažu počevši s onim koji se odnosi na najteže kazneno djelo, posebice u slučaju različite stvarne nadležnosti. Potom da se grupiraju po istovrsnosti kaznenih djela, a u okviru pojedinih grupa da se pišu od kronološki najstarijeg prema najnovijem djelu. Istog bi se pravila trebalo pridržavati i kod pisanja činjeničnih opisa za produljena kaznena djela, kao i kod višeaktnih kaznenih djela. Na takav se način dobiva na preglednosti činjeničnog opisa, ali i na jednostavnijem izostavljanju onih njegovih dijelova kojim se opisuju kaznena djela ili radnje za koje je nastupila zastara kaznenog progona.

Svaki činjenični opis valja započeti navođenjem vremena počinjenja te odmah potom mjesta počinjenja. Na takav način svakom se adresatu optužnice odmah daje informacija o tome je li nadležan i je li, eventualno, nastupila zastara kaznenog progona. U primjercima optužnih akata ima i onih u kojima se te informacije ili uopće ne daju (kako onda zasnovati mjesnu nadležnost?) ili se daju na samom kraju činjeničnog opisa. Tako se u optužnici općinskog državnog odvjetništva navodi¹⁰:

- *iako temeljem privremene mjere Općinskog suda u Zlataru broj P Ob-212/15, ovršne 30. siječnja 2016. u obvezi uzdržavanja mlt. kćerku D.S., rođenu 2006. i to na način da do svakog 20.-tog u mjesecu na tekući račun majke i z.z. Đ.V.V. koji se vodi kod Zagrebačke banke d.d. plaća iznos od 1.106,60 kn, a za mlt. kćer M.S. plaća iznos od 940,61 kn, a zatim po presudi Općinskog suda u Zlataru P Ob-232/15, ovršne 18. kolovoza 2016. plaća iznos od 900,00 kn za mlt. D., a za mlt. M. iznos od 800,00 kn do svakog 15.-tog u mjesecu na tekući račun majke i z.z. Đ.V.V. koji se vodi kod Zagrebačke banke d.d., te zakonske obveze ne poštuje na način kako je to određeno ovršnim odlukama premda u mogućnosti uzdržavanja mlt. kćeri jer je primatelj mirovine, te je u vremenu do 30. siječnja do 19. rujana 2016. doprinio uzdržavanju kćeri u iznosu oko 2.000,00 kn, dok je većina duga ostala neisplaćena čime je mlt. D.S. u navedenom vremenu pristao uskratiti iznos od 7.642,00 kn, dok je mlt. M.S. u isto vrijeme pristao uskratiti iznos od 6.380,00 kn.¹¹*

Ta je optužnica, vraćena državnom odvjetniku po optužnom vijeću općinskog suda, doduše „radi otklapanja nedostatka u činjeničnom opisu djela jer isti ne sadrži bitni element optuženog kaznenog djela – dob jedne od kćeri.“

U činjeničnom opisu valjalo bi koristi riječi, gdje je god to moguće, koje nisu dio pravnog opisa kaznenog djela. U praksi se to postiže korištenjem sinonima (*namjera / nakana*) ili pak skupova riječi koji opisuju pojedini izričaj iz pravnog opisa (*pribavio protupravnu imovinsku korist / nepripadno se materijalno okoristio*).

I naposljetku, u činjeničnom opisu kaznenih djela kada se isti referira na fizičke ili pravne osobe valja uvijek pisati, bez obzira piše li se i naznaka da se radi o okrivljenom ili žrtvi, njihova puna imena odnosno naziv ili, za trgovačka društva, tvrtku (tvrtka mora svakako sadržavati naziv, skraćenicu vrste trgovačkog društva – d.d., d.o.o., j.t.d. i slično te za trgovačko društvo koje je u stečaju ili u likvidaciji oznaku “u stečaju” ili “u likvidaciji”). Kratice u činjeničnim opisima dolaze u obzir isključivo ako se radi o općeprihvaćenim kraticama i samo ukoliko su lako razumljive.¹² Posebno može biti zbunjujuće ukoliko se u činjeničnim opisima ne pridržava pravila o pisanju punih imena (naziva, tvrtki) već se koriste kratice kao što su I. okr. ili ošt. Tako primjerice u tekstu tako pisanog činjeničnog opisa koji glasi ... I. okr. udario ošt. ... nije jasno je li I. okrivljeni udario oštećenog ili je pak I. okrivljenog udario oštećeni.¹³ Uostalom, umjesto uobičajenog pojma oštećenik u činjeničnim bi opisima trebalo pisati žrtva, jer oštećenik je sukladno definiciji iz članka 202. stavak 2. točka 12. ZKP/08 zapravo procesna uloga žrtve, koja vrlo često u trenutku pisanja optužnice još nije realizirana, a niti se može predmnijevati hoće li uopće biti.

¹⁰ Iako Zakon o sudovima za mladež (NN 84/11, 143/12, 148/13, 56/15) u članku 119. stavku 2. propisuje uspostavu mjesne nadležnosti suda prvenstveno na temelju oštećenikova prebivališta, a podredno mjesta izvršenja djela samo ako bi se pred tim sudom lakše proveo postupak, u činjeničnom opisu uvijek valja navesti i mjesto izvršenja djela bez obzira na temelju kojeg će se od ova dva načela u konačnici uspostaviti mjesna nadležnost suda.

¹¹ Okrivljeniku se na teret stavlja počinjenje dva kaznena djela povrede dužnosti upravljanja iz članka 172. stavka 1. i 2. KZ/13 uz zakonski opis u kojem se navodi da nije uzdržavao osobe koje je po zakonu dužan uzdržavati i to na način, u visini i u rokovima određenim ovršnom ispravom, a obveze se odnose na uzdržavanje djece.

¹² Članak 83. Stavak 2. Poslovnika državnog odvjetništva.

¹³ K tome, ako su i u zapisniku o ispitivanju oštećenog u svojstvu svjedoka na isti način korištene kratice, zapravo je nemoguće utvrditi činjenično stanje.

3.3. NEDOSTACI PRAVNO RELEVANTNOG SADRŽAJA

Svaki činjenični opis mora sadržavati takvu specifikaciju činjenja (ili nečinjenja) i okolnosti objektivne i subjektivne naravi na temelju kojih se mora moći taj sadržaj, definiran samo za njega jedinstvenim vremenom i mjestom, podvesti pod određeni pravni opis kaznenog djela (za koje je optužuje određena osoba) kao logičkim njegovim nastavkom. O kojoj je to točno vrsti i količini sadržaja činjeničnog opisa riječ ovisi o svakom zasebnom „inkriminirnom“ događaju, koji kao takav čini jedinstvenu i neponovljivu činjenično – pravnu cjelinu. Činjenični opis ne bi trebao sadržavati ništa više niti bi smio sadržavati išta manje od toga.

A. Višak sadržaja

Iako bi na prvi pogled uvrštavanje viška sadržaja u činjenični opis moglo naći svoje opravdanje u načinu sastavljanja (stilu) činjeničnog opisa po načelu „od viška ne boli glava“ takvo poimanje sastavljanja činjeničnog opisa itekako može (a najčešće tako i biva) zadavati glavobolje kako onom državnom odvjetniku koji ga je sastavio, tako i svima onima kojima se taj činjenični opis bavi (optuženik, žrtva) odnosno koji se bave s njime (sud, branitelji, javnost).

S obzirom na jedinstvenost događaja koji su sve predmet optužnica, nezamislivo je uopće, osim konstatacije da je na žalost u prevelikom broju optuženja tako, navesti svu brojnost suvišnih dodataka činjeničnim opisima. Temeljni problem kod toga za državnog odvjetnika, ali i za sud, jest što svaki navod tako „nakićenih“ činjeničnih opisa državni odvjetnik treba dokazati (teret dokaza je na državnom odvjetniku!), a sud, ukoliko su pri tome opisana i sva bitna obilježja bića kaznenog djela i nema drugih razloga da se okrivljenik ne osudi, i obrazložiti. I tek potom, više-manje redovito, slijedi izlaganje riziku od žalbe, najčešće zbog bitne povrede odredaba kaznenog postupak iz članka 468. stavak 1. točka 11. ZKP/08 ili zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, i dodatni posao (problemi?) za sud, ovog puta drugostupanjski.

Ono što svakako valja primijetiti da predsjednici optužnih vijeća u stadiju prethodne kontrole optužnice sukladno članku 344. ZKP/08 u slučaju postojanja balasta u činjeničnim opisima nemaju postupovne instrumente kao što su oni u slučaju utvrđenja manjkavosti podignutih optužnica. Vrlo je upitno može li optužno vijeće primjenom članka 356. stavak 1. ZKP/08 naložiti državnom odvjetniku da intervenira u takav činjenični ako on proizlazi iz pribavljenih dokaza, a zasigurno su rijetki sudovi koji se prilikom presuđenja upuštaju u kraćenje preširokih činjeničnih opisa iz optužnica pa i pod rizikom da takav činjenični opis, sada izreke presude, bude proturječan sam sebi.

Slijedeći primjer iz optužnice županijskog državnog odvjetništva zbog dva protupravna djela ubojstva iz članka 110. KZ/11 potvrđuje realnu opasnost od proturječnosti činjeničnog opisa u dijelu intelektualnog defekta okrivljenika isključivo zato što je opis, uz ostale nebitne dijelove, nepotrebno opterećen detaljima kojima se opisuje okrivljenikovo ponašanje nakon počinjenja kaznenog djela i kao takvo je suvišno i izlazi iz okvira pravnog opisa protupravnog djela koje mu se stavlja na teret:

- *dana 13. rujna 2016. godine oko 19,00 sati u P., L 94a, u obiteljskoj kući u kojoj živi sa roditeljima, u stanju psihotičnog poremećaja nalik na shizofreniju, zbog čega nije bio u mogućnosti shvatiti značenje vlastitog postupanja niti vladati svojom voljom, u dnevnom boravku, u nakani da usmrti majku M.Š. srušio je potrbuške s trosjeda gdje je sjedila na pod, opkoračio s leđa, lijevom rukom joj podigao glavu, a desnom rukom u kojoj je držao preklopni nož ukupne dužine 22,7 cm, dužine oštrice 10,5 cm, širine oštrice na najširem dijelu 1,8 cm, na kojoj oštrici je pisalo „Haller stainless steel“ nanio joj reznu ranu na vratu dužine 14 cm sa ozljeđivanjem desne jubilarne vene i dušnika, što je dovelo do smrtnog ishoda zbog iskrvarenja, nakon čega joj je nanio više post mortalnih ozljeda u vidu reznih rana na stražnjoj potkoljenici lijeve noge u obliku slova U, dužeg kraka 16cm i kraćih krakova dužine 8 i 7 cm, amputaciju lijeve ušne resice, amputaciju malog prsta lijeve noge i rezne rane na prednjoj strani desne šake, između prvog i drugog prsta dužine 1 cm, nakon čega je mrtvo tijelo ostavio u prostoriji dnevnog boravka i zaključao ulazna vrata kuće, a istog dana oko 22,00 sata kad se njegov otac S.Š.vratio u kuću, istog fizički napao, srušio ga potrbuške na pod hodnika, opkoračio ga sa leđa lijevom rukom mu podigao glavu, a desnom rukom u kojoj je držao lovački nož sa drškom smeđe – boje, ukupne dužine 21,5 cm, dužine oštrice 12 cm, širine oštrice na najširem dijelu 2,5 cm, na kojoj je pisalo „Rostfrei Solingen“, nanio mu dvije rezne rane u predjelu vrata, ukupne dužine 23 cm, što je dovelo do smrtnog ishoda na mjestu događaja zbog iskrvarenja arterije, nakon čega je oba mrtva tijela*

prenio u prostoriju roditeljske spavaće sobe, nad umivaonikom u kupaonici oprao naprijed opisane noževe te ih odbacio na pod u prostoriji dnevnog boravka, a zatim platnenim krpama i ručnicima brisao tragove krvi s poda, sa trosjeda u dnevnom boravku uklonio prekrivač sa vidljivim tragovima krvi, sa sebe skinuo odjeću koju je u vrijeme događaja imao na sebi, sve te predmete odložio u plastične vreće za smeće i ostavio ih u prostoriji kupaonice, nakon čega se više puta tuširao i boravio u kući sve do dana 15. rujna 2016. godine u 12,35 sati kada je uhićen po djelatnicima PP V.G.

- dakle, u neubrojivom stanju druge ubio.

Višak u sadržaju činjeničnog opisa, nadalje, može predstavljati i navođenje imovinske koristi. Naime, ako pribavljanje imovinske koristi nije bitno obilježje bića kaznenog djela, nije ga potrebno niti navoditi u činjeničnom opisu premda je počinjenjem takvog kaznenog djela imovinska koristi i pribavljena. Naime, o oduzimanju imovinske koristi odlučuje sud na temelju prijedloga državnog odvjetnika koji, kao u ostalom i ostatak optužnice čiji je taj prijedlog sastavni dio, mora biti obrazložen, pa onda mora biti i obrazložena i veza između počinjenja kaznenog djela i imovinske koristi čije se oduzimanje traži. U principu isto vrijedi i za mjeru oduzimanja predmeta. Nije sporno da predmeti i sredstva koji su uporabljeni za počinjenje kaznenog djela (primjerice oružje), kao i predmeti i sredstva koji su nastali počinjenjem kaznenog djela (primjerice krivotvoreni novac) budu opisani u činjeničnom opisu i kao takvi budu predmet bilo fakultativne bilo obligatorne primjene mjere oduzimanja predmeta koju će u završnom govoru predložiti i obrazložiti državni odvjetnik. To stoga jer osim što ZKP/08 nalaže navođenje sredstva kojim je djelo počinjeno kao imperativnog dijela (činjeničnog opisa) optužnice, materijalizirani rezultat kaznenog djela je uobičajeno i dio pravnog opisa kaznenog djela. No svim ostalim predmetima i sredstvima koja se mogu dovesti u vezu s počinjenjem kaznenog djela pa i onima namijenjenim (a ne uporabljenim) za počinjenje kaznenog djela, a ukoliko nisu neki od elementa bitnih obilježja bića kaznenog djela, ne bi trebalo biti mjesto niti u činjeničnom opisu. Primjerice vozilo kojim se počinitelj dovezao do mjesta počinjenja kaznenog djela krađe ili razbojništva, što je čest slučaj. K tome još u nizu optužnica (ali i presuda), posebno za kaznena djela protiv imovine, u činjeničnim opisima osim sadržaja koji u njima mora biti kako bi se opisala sva bitna obilježja kaznenog djela, prečesto nailazimo upravo na suviše detalje kao što su čak i boja, marka, registarska oznaka vozila kojim se počinitelj dovezao da mjesta počinjenja kaznenog djela, detaljan opis odjeće koju je pri tome nosio, u kojem se pravcu i kojim putem nakon počinjenja kaznenog djela udaljio s mjesta njegovog počinjenja i slično. Dio donjeg činjeničnog opisa iz optužnice općinskog državnog odvjetništva za kazneno djelo iz članka 190. stavka 2. KZ/11 počinjenog prema toj optužnici nabavom i posjedovanjem stvari koje su propisom proglašene drogom, ako su namijenjene neovlaštenoj prodaji te neovlaštenom prodajom stvari koje su propisom proglašene drogom, sadrži upravo čest opis predmeta koji nisu dio elementa obilježja bića tih kaznenih djela premda sami predmeti nisu kaznenopravno irelevantni za dokazivanje kaznenog djela za koje je okrivljenik tom optužnicom optužen. Uz to, činjenični opis nepotrebno sadrži i opis postupanja policije prema okrivljeniku. Taj činjenični opis glasi:

- *nakon što je tijekom listopada 2014. u Z., u nakani daljnje prodaje na ilegalnom narko tržištu, protivno odredbi članka 3. Zakona o suzbijanju zlouporabe droga, na neutvrđen način pribavio veću količinu opojne droge heroin i kokain, koja opojna droga se prema Popisu droga, psihotropnih stvari i biljaka iz kojih se može dobiti droga, te stvari koje se mogu uporabiti za izradu droga (NN 50/09,2/10, 19/11) nalazi na Popisu opojnih droga i biljaka iz kojih se može dobiti opojna droga Dijelu I, Odjeljku I, te istu prepakiravao i dalje prodavao, dana 15. listopada 2014. je u istoj nakani kod sebe držao dio navedene opojne droge heroin i to u jednoj PE vrećici ispunjenoj sa 4,43 grama opojne droge heroin i jednoj PE vrećici ispunjenoj sa 0,59 grama opojne droge heroin, a ispod limene ploče kod ulaza u zgradu u kojoj stanuje na adresi u Z., F. 14, je držao 144,52 grama šećera, dok je preostali dio opojne droge heroin ukupne težine 61,16 grama te opojnu drogu kokain ukupne težine 3,08 grama držao kod sebe u stanu na adresi u Z., F. 14 i to u jednoj PE vrećici ispunjenoj sa 50,22 grama opojne droge heroin,.....te jednoj PE vrećici ispunjenoj sa 0,75 grama opojne droge kokain, zajedno sa 4,90 grama šećera laktoze, digitalnom vagon, te novčanim iznosima od 2005,00 eura i 2.200,00 kuna koji je ostvario prodajom navedene droge na ilegalnom tržištu, a u čemu je dana 15. i 16. listopada 2014. zatečen po policijskim djelatnicima ...¹⁴*

¹⁴ Inače, ta je optužnica rješenjem optužnog vijeća vraćena državnom odvjetniku jer činjenični opis djela ne proizlazi iz ranije prikupljenih dokaza, tj. niti iz jednog od dokaza na kojima se optužnica temelji, uz okolnost da se okrivljenik branio šutnjom, ne proizlazi da bi okrivljenik drogu nabavio upravo u mjesecu listopadu 2014., a niti jedan dokaz ne upućuje na to da je tu drogu dalje prodavao.

Kao što je to učinjeno i u gornjem primjeru, u činjenične opise ne treba unositi dijelove kojima se u suštini obrazlažu navodi u činjeničnom opisu. Najčešći primjer za to je navođenje općeg (statut, pravilnik) ili posebnog pravnog akta (ugovor o radu) kojim se službenoj / odgovornoj osobi, optuženoj za kazneno djelo iz članka 291. KZ/11 daju određene ovlasti za koje se u pravnom opisu tvrdi da ih je ili iskoristila ili prekoračila njihove granice. Naime, osim što se ne radi o tzv. blanketnom kaznenom djelu¹⁵, navođenju i citiranju odredbi takvih pravnih akata mjesto je u obrazloženju optužnice kako bi se tamo navođenjem sadržaja odgovarajućih dijelova takvih akata obrazložili navodi činjeničnog opisa koji primjerice glasi *u svojstvu ravnatelja i kao takav ovlašten za raspolaganje novčanim sredstvima na računu bolnice...*¹⁶

Dio suvišnih dijelova činjeničnih opisa optužnica atavizam je zakonskih opisa kaznenih djela iz kaznenih (krivičnih) zakona koji su ranije vrijedili na području Republike Hrvatske odnosno zastarjele prakse u pisanju činjeničnih opisa. Pa tako još uvijek se u činjeničnim opisima kaznenih djela krađa može naći rečenična konstrukcija opisa posebne namjere *u cilju da se (nepripadno materijalno) okoristi* premda namjera pribavljanja imovinske koristi još od Kaznenog zakona iz 1997. nije bitno obilježje bića tog kaznenog djela.

No, vjerojatno najviše prijepora u praksi (radi li se o višku ili manjku sadržaja), a s time i izazov za državne odvjetnike pri sastavljanju optužnica, predstavlja pitanje opisa namjere u činjeničnim opisima kaznenih djela.

To je najočitiije kod kaznenog djela silovanja (ali u više-manje istoj mjeri i drugih kaznenih djela iz glave XVI. KZ/11). Veliki dio državnih odvjetnika i nadalje, pri opisu namjere koriste sintagme *u cilju zadovoljenja svojeg spolnog nagona / u cilju da zadovolji spolnu pohotu*. No očito opravdano smatrajući da naprijed navedenom sintagmom nakon stupanja na snagu KZ/11 više nije uputno opisivati namjeru kod kaznenog djela silovanja kao kaznenog djela, sada, protiv spolne slobode, u činjeničnim su opisima pribjegli drugačijem njenom opisivanju koristeći slijedeće sintagme: *u nakani zadiranja u njezin spolni integritet, u nakani da ju spolno iskoristi protivno njezinoj volji, u nakani da s njom ima spolni odnos protiv njezine volje, u cilju zadiranja u njen spolni integritet, u nakani da ju spolno iskoristi, u cilju da obavi nasilan spolni odnos, u cilju da ima spolni odnos protiv njezine volje i unatoč njezinom protivljenju...* Ali i uporaba ovih sintagmi za opisivanje izravne namjere kao jedinog mogućeg oblika krivnje kojim se ovo kazneno djelo može počinuti suvišno je. Naime, osim što tradicionalno gotovo svi činjenični opisi kaznenog djela silovanja sadrže obilje detalja kojima se opisuju izostanak pristanka žrtve, uporabljena sila ili prijetnja da će se izravno napasti na njezin život ili tijelo odnosno život ili tijelo druge osobe te sam čin spolnog odnošaja ili s njim izjednačene spolne radnje te kao takvi ne ostavljaju nikakvog prostora za sumnju da je počinitelj postupao svjestan svih tih obilježja kaznenog djela silovanja i hoće njegovo ostvarenje, dodavanje u takve kvalitetne činjenične opise bilo koje od naprijed navedenih sintagmi, vjerojatno smatrajući da će takav opis biti na tragu zaštitnog objekta Glave XVI. KZ/11, dodatno i nepotrebno stavlja na leđa državnog odvjetnika i dokazivanje pobuda kojima se počinitelj rukovodio prilikom počinjenja kaznenog djela. A te pobude nisu bitno obilježje njegovog bića i u pravilu je posve irelevantno¹⁷ iz kojeg je razloga i s kojim pobudama se počinitelj rukovodi napadajući tom Glavom zaštićeno pravno dobro; da li zbog napada na slobodu spolnog odlučivanja kao takovog, ponižavanja žrtve, „dokazivanja vlastite muškosti/ženskosti“, iskorištavanja prilike, dosade, osvete... Kako bilo da bilo, ako se kao takav uvrsti u činjenični opis djela, morat će se za tu tvrdnju i pridonijeti dokazi, što je, s obzirom na to da je riječ o unutarnjem odnosu počinitelja prema djelu i/ili žrtvi, dokaz kojeg je vrlo teško, gotovo nemoguće, osim iskazom samog okrivljenika, pribaviti.

No i druga kaznena djela, premda s puno manje slikovitosti pri opisu namjere, suvišno su njima opterećena.

U pozadini svega stoji stručni prijepor oko ultimativnog zahtjeva nekih (nižih) sudova da se u svakom činjeničnom opisu kaznenog, koje se može počinuti isključivo s namjerom, neizostavno piše sintagma da je okrivljenik *postupao s namjerom da* ili *svjestan i s htijenjem da* ili neka druga odgovarajuća sintagma kojom se

¹⁵ Tu treba voditi računa o razlici s kaznenim djelom zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju iz članka 246. KZ/11 u kojem pri sastavljanju činjeničnog opisa valja izričito navesti na kojem se to općem ili pojedinačnom pravnom aktu temelji dužnost okrivljenika da štiti tuđe imovinske interese (naravno izuzev situacije kada je ta dužnost uspostavljena na temelju odnosa povjerenja).

¹⁶ Na tom tragu je i rješenje Županijskog suda u Zagrebu poslovnog broja Kov-Us-78/16 od 13. veljače 2017.

¹⁷ Jedina kaznenopravno relevantna pobuda kod ovih kaznenih djela, a koja ih onda čini njihovim kvalificiranim oblikom iz članka 154. stavka 1. točke 4. KZ/11 jest mržnja.

izravno opisuje namjera. Odgovor na te zahtjeve, prije svega, leži u rješavanju dvojbe jesu li subjektivna obilježja kaznenog djela i pitanje oblika krivnje (namjere ili nehaja) dvije različite kategorije koje sudovi takvim svojim zahtjevima poistovjećuju.

I doista nije sporno da subjektivna obilježja kaznenih djela u svakom slučaju na adekvatan način trebaju biti opisana u činjeničnom opisu kaznenog djela jer ih sadrži, potom, i ispravno napisan pravni opis, primjerice kod kaznenog djela krađe: *s ciljem da je protupravno prisvoji*; kod kaznenog djela razbojničke krađe; *s ciljem da ukradenu stvar zadrži*; kod kaznenog djela zlouporabe osiguranja: *s ciljem da sebi ili drugome pribavi osigurninu*; kod kaznenog djela utaje poreza ili carine: *s ciljem da on ili druga osoba potpuno ili djelomično izbjegne plaćanje poreza ili carine*; ili, kako su najčešće opisana, kod kaznenih djela prijevare, iznude, ili računalne prijevare: *s ciljem da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist*, ali i temeljnog oblika kaznenog djela prijetnje iz članka 139. stavka 1. KZ/11: *(s ciljem) da bi ga ustrašio ili uznemirio*. Nasuprot takvim pravnim opisima pojedinih kaznenih djela, bez kojih se ili ne radi o kaznenom djelu uopće ili se zahvaljujući njemu razlikuje kazneno djelo od prekršaja (nedozvoljena igra na sreću i prekršaj iz članka 8. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira) odnosno međusobno razlikuje više kaznenih djela (krađa od neovlaštene uporabe tuđe pokretne stvari), pravni opis niti jednog kaznenog djela u sebi ne sadrži opis namjernog oblika krivnje¹⁸. To znači da se ona kod svakog kaznenog djela predmnijeva i nije ju potrebno pravno opisivati u biću pojedinog kaznenog djela.¹⁹ Onda, očito niti i u činjeničnom opisu dovršenog kaznenog djela počinjenog s izravnom namjerom.

Ukoliko je zaključak državnog odvjetnika da se radi o kaznenom djelu počinjenom s neizravnom namjerom (naravno za slučaj da se ne radi o kaznenom djelu koje se jedino s tim stupnjem namjere i može počinuti kao što je to primjerice kod kaznenog djela izazivanja prometne nesreće u cestovnom prometu iz članka 227. stavka 1. KZ/11 i njegovih kvalificiranih oblika iz stavaka 3. i 4.), tada tu namjeru valja opisati u činjeničnom opisu. Isto vrijedi i za opisivanje namjere u činjeničnom opisu pokušaja kaznenog djela. Naime kako je u tom slučaju dio pravnog opisa i pravni opis pokušaja (da je okrivljenik s namjerom da počini kazneno djelo poduzeo radnju koja prostorno i vremenski neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela) tada i činjenični opis mora, logički prednik pravnog opisa, sadržavati i opis namjere.

Isto tako, namjeru je potrebno opisati u činjeničnom opisu kaznenog djela i u svim onim slučajevima kad se isključivo na temelju opisa same radnje bez da je pritom opisana i namjera s kojom je radnja poduzeta ne bi moglo zaključivati za koje se kazneno djelo optužuje. To je slučaj kod svih onih kaznenih djela koja se mogu počinuti istom radnjom (primjerice ubojstvo i teška tjelesna ozljeda), kao i kod kaznenih djela koja se javljaju, osim u osnovnom obliku, još i u kvalificiranim i/ili privilegiranim oblicima (primjerice krađa, tzv. sitna krađa i teška krađa kvalificirana vrijednošću stvari).

Na tragu prednjih navoda o tome da li i kada opisivati namjeru u činjeničnom opisu je i pravno stajalište zauzeto u Odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III-5656/2012 od 19. ožujka 2015. kojom je usvojena ustavna tužba, ukinute presude Županijskog suda u Splitu broj Kž-599/12 od 4. rujna 2012. i Općinskog suda u Splitu broj K-319/10 od 23. travnja 2012. Ustavni sud, smatrajući da su obje te presude rezultat arbitrarnog postupanja sudova i ocjenjujući da je takvim postupanjem podnositelju povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava Republike Hrvatske smatra da namjeru nije potrebno posebno navoditi u činjeničnom opisu kaznenih djela koja se jedino s namjerom mogu počinuti. Naime, Ustavni sud je utvrdio da je u provedenom postupku prvostupanjski sud, na osnovi rezultata dokaznog postupka, utvrdio da je okrivljenik (lako) tjelesno ozlijedio podnositelja, no unatoč tome ga je oslobodio optužbe s obrazloženjem da u optužnom aktu nije navedena »namjera okrivljenika da podnositelju nanese tjelesne ozljede«. Drugostupanjski sud je takvo postupanje prvostupanjskog suda smatrao utemeljenim te je potvrdio prvostupanjsku presudu. Međutim, Ustavni sud nadalje zaključuje da kako se kazneno djelo tjelesne ozljede

¹⁸ Drugačija je situacija s nehajnim oblikom krivnje jer se sukladno članku 27. stavak 1. KZ/11 postupanje iz nehaja kažnjava samo kad je to zakonom izričito propisano.

¹⁹ Štoviše, krivnja je izdvojena iz samog kaznenog djela pa upravo zato ZKP/08 u članku 453. i razlikuje tri osnove za donošenje oslobađajuće presude: ako djelo za koje se optužuje po zakonu nije kazneno djelo ili ako na okolnosti koje isključuju krivnju ili ako nije dokazano da je optuženik počinio djelo za koje se optužuje. Kada bi krivnja bila dio bića kaznenog djela, osnova za oslobađajuću presudu od optužbe iz članka 453. točke 2. ZKP/11 ne bi bila potrebna jer bi utvrđenje suda o nepostojanju krivnje dovelo do zaključka o nepostojanju kaznenog djela ili o nepostojanju dokaza da je okrivljenik ostvario sva bitna obilježja bića kaznenog djela.

iz članka 98. KZ/11 isključivo i može počinuti s namjerom te, sukladno praksi Vrhovnog suda²⁰, kod takvih kaznenih djela, koja se mogu počinuti isključivo s namjerom, tu namjeru nije potrebno posebno navoditi u činjeničnom opisu.

Osim odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske na koju se poziva Ustavni sud u naprijed navedenoj odluci i recentna praksa Vrhovnog suda upućuje na istovrsni zaključak. Tako je taj Sud presudom broj Kzz 23/15 od 2. lipnja 2015. utvrdio da je zahtjev za zaštitu zakonitosti osnovan i da je pravomoćnom presudom koju čine presuda Općinskog suda u Splitu broj K-61/2014 od 6. listopada 2014. i presuda Županijskog suda u Splitu broj Kž-2/15 od 15. siječnja 2015. povrijeđen zakon u odredbi članka 469. stavak 1. točka 1. ZKP/08 u korist osuđenika. To stoga jer unatoč odluci drugostupanjskog suda koji je odbio žalbu oštećenika kao tužitelja i prihvatio stav suda prvog stupnja da se okrivljenik ne može proglasiti krivim „...jer u činjeničnom opisu nisu sadržana sva bitna obilježja predmetnog kaznenog djela²¹ i to oblik krivnje – namjera, odnosno svjesni i voljni elementi kao subjektivna obilježja kaznenog predmetnog djela...“, Vrhovni sud smatra da je činjenični opis optužnog akta na temelju kojeg je optuženik oslobođen optužbe za kazneno djelo krivotvorenja službene isprave i bez opisivanja namjere sadržavao bitna obilježja predmetnog kaznenog djela, dakle radnju počinjenja i voljni element. Nadalje, Vrhovni sud zaključuje da je i bez opisivanja, iz činjeničnog opisa vidljiv i voljni element koji se ogleda u svjesnom postupanju okrivljenika kada sastavlja prekršajni nalog protiv osobe za koju zna da je nije zatekao u kršenju prometnih propisa i da, nasuprot utvrđenjima prvostupanjskog i drugostupanjskog suda, iz takvog činjeničnog opisa proizlazi namjera počinitelja.

I naposljetku, Vrhovni je Sud presudom broj III Kr-115/16-5 od 7. veljače 2017. odbio kao neosnovan zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude, između ostalog i stoga jer je zaključio da se ne radi o povredi kaznenog zakona koji da je povrijeđen pravomoćnom presudom iako je u činjeničnim opisima za dva kaznena djela oštećenja tuđe stvari iz prvostupanjske presude izostao opis namjere s kojom bi ova djela bila počinjena.

Iz svega naprijed navedenog proizlazi da zasebno opisivanje namjere u činjeničnim opisima za kaznena djela koja se isključivo s namjerom i mogu počinuti, a njihov pravni opis ne sadrži i subjektivna obilježja kaznenih djela, nije nužno ukoliko su određeno i jasno opisane radnje koje je okrivljenik poduzeo u pravcu počinjenja kaznenog djela i njegova objektivna obilježja.

B. Manjak sadržaj

Upravo se u nedostatku opisa u pogledu okolnosti koje ulaze u objektivnu stranu bića kaznenog djela, ali i okolnosti koji inkriminirani događaj vremenski i prostorno određuju, očituju manjkavosti u činjeničnim opisima optužnica. I dok se propuštanje navođenja, primjerice godine u datumu počinjenja ili geografskog naziva mjesta gdje je djelo počinjeno mogu pripisati očitim omaškama u pisanju optužnica (što nikako ne umanjuje značaj i tih nedostataka) posebno se kod kaznenih djela koja se rjeđe pojavljuju u praksi državnih odvjetništava ili se radi o novotama, propušta opisati neki od specifičnih elemenata takvih kaznenih djela. U najvećem broju slučajeva propusti se odnose na opis radnje izvršenja kaznenog djela i posljedice kaznenog djela, ali i na propuštanje navođenja blanketnog propisa, uopće ili ispravnog.

Od nekih karakterističnih slučajeva valja izdvojiti propust da se kod kaznenih djela čije je jedno od bitnih obilježja dob žrtve, a najčešće se radi o djeci, propušta se uz ime žrtve u činjeničnom opisu napisati, barem, godina njezinog rođenja. Svakako da navođenje uobičajene kratice *mlt.* nije dovoljno da bi se žrtva u činjeničnom opisu opisala kao dijete, štoviše, u slučaju ispravnog i potrebnog navođenja vremena rođenja žrtve, tu kraticu nije uopće potrebno koristiti.

Nadalje, valja imati na umu da kod vlastoručnih kaznenih djela koja mogu počinuti samo službene ili odgovorne osobe, osim navođenje naziva funkcije (položaja) čiji je nositelj okrivljenik bio u vrijeme počinjenja, u činjeničnom opisu svakako treba i opisati koje su joj to, toj funkciji pripadajuće, ovlasti i/ili dužnosti omogućile počinjenje kaznenog djela. To praktički znači da u činjeničnom opisu nije dovoljno navesti da je, primjerice *u svojstvu inspektora* ili *u svojstvu predsjednika uprave* poduzimao (propuštao) radnje koje su dovele do posljedica iz pravnog opisa kaznenog djela već da tim funkcijama valja pridružiti konkretne ovlasti / duž-

²⁰ Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj I Kž-468/11-4 od 30. listopada 2012.

²¹ Radi se o kaznenom djelu krivotvorenja službene isprave iz članka 312. stavka 1. KZ/97.

nosti koje im temeljem njih pripadaju, primjerice *dužan zapečatiti ugostiteljski objekt ili ovlašten za zaključenje ugovora u ime trgovačkog društva*. Tek tako sačinjen činjenični opis kaznenog djela može se smatrati da daje konkretan odgovor na pitanje predstavlja li radnja (propuštanje) primjerice kod kaznenog djela iz članka 291. KZ/11 iskorištavanje, prekoračivanje ili ne obavljanje dužnosti i kao takva je li u uzročno vezi s nastupjelom posljedicom. Ujedno valja naglasiti da kod počinjenja kaznenog djela od strane službene ili odgovorne osobe posredstvom druge osobe, najčešće podređene osobe koja nema svijest o djelu već postupa na temelju dobivenih naloga, u činjeničnim je opisima potrebno točno navesti identitet (imenom i prezimenom) tih osobe, kako su to u nekoliko odluka optužna vijeća smatrajući da činjenični opisi nisu dovoljno jasni bez tih podataka, naložila državnom odvjetniku.²²

Kod navođenja isprava, bilo kao sredstva počinjenja kaznenog djela bilo kao predmeta koji je nastao počinjenjem kaznenog djela, potrebno ih je u činjeničnom opisu primjereno identificirati i opisati. To praktično znači da je, koliko god to ponekad nezgrapno djelovalo, posebice u slučaju kada se radi o većem broju isprava, potrebno u činjeničnom opisu navesti sve one njezine karakteristike koje ju razlikuju od druge slične isprave istog izdatelja (obično su to uz naziv isprave i izdatelja i neki poslovni broj i datum nastanka), kao i, ukoliko se radi o krivotvorenoj ispravi, točno opisati u čemu se to krivotvorenje sastoji, radi li se o preinačavanju isprava, sačinjavanju nove ili unošenju u nju i kojeg (citiranog) sadržaja.

Takva određenost posebno mora postojati kod činjeničnih opisa kaznenih djela počinjenih izgovorenim ili napisanom riječi. U činjeničnom opisu valja točno citirati navode govora ili pisanog teksta koji je bio način počinjenja kaznenog djela. Pa čak i danas, u digitalnom dobu, kada su većini ljudi dostupni i takvi masovni mediji kao što je Internet koji uz vrlo jednostavnu tehnologiju omogućavaju slanje velike količine poruka i pohranu velike količine pisanih informacija. Kao primjer koji upućuje na potrebu sačinjavanja takvih činjeničnih opisa, može se navesti odluka optužnog vijeća općinskog suda koje je općinskom državnom odvjetništvu vratilo optužnicu jer je „...nužno u činjeničnom opisu kaznenog djela jasno naznačiti za što se točno okrivljenika tereti odnosno citirati navode te kada su i gdje izneseni...” i „...naznačiti koji su propisi takvim pojedinačnim navodima povrijeđeni.” Kad se uzme u obzir da se okrivljenika tereti za dva kaznene djela povrede tajnosti postupka koja su počinjena objavom niza dokumenta iz sudskih i prethodnog postupka na internetskim stranicama koje je on kreirao, evidentno je da, poštujući odluku suda, državni odvjetnik mora činjenični opis sastaviti tako da će u njemu biti opisani deseci raznih dokumenta.

I naposljetku, kada je već riječ o određenosti i preciznosti činjeničnih opisa počinjenih govorom, posebnu pozornost treba skrenuti na česte nedostatke u činjeničnim opisima kaznenih djela počinjenih poticanjem. Naime, kao i kod opisa radnji svakog drugog počinitelja ili sudionika, i radnje poticatelja u činjeničnom opisu valja potpuno i određeno opisati te ih smjestiti u vremenski i prostorni kontekst. Prilikom činjeničnih opisa kaznenih djela potrebno je točno opisati način na kojeg se drugog “nagovorilo”, potaklo na počinjenje kaznenog djela; poticanje se mora odnositi na određenu osobu, ne samo na određeno kazneno djelo. Kako je u činjeničnom opisu kaznenog djela počinjenog poticanjem potrebno određeno opisati tu radnju poticatelja, nije dovoljno istu opisivati riječima *na traženje; na zahtjev, na molbu*... Radnja poticanja treba biti aktivno opisana, primjerice *zatražio, zahtijevao, zamolio*...; mora biti jasno opisano prema kojoj je to osobi radnja poticanja bila usmjerena, kao što treba biti i određeno i konkretno navedeno što je to točno poticatelj zatražio da poticani učini pri čemu to zatraženo činjenje mora u svojem opisu sadržavati opis svih bitnih obilježja kaznenog djela na koje se potiče.

4. ZAKLJUČAK

Premda izgleda kao da je ovime što je naprijed izloženo samo zagrebano po površini teme o nedostacima u sačinjavanju činjeničnih opisa u optužnicama i da bi se ovaj niz raznoraznih nedostataka uočenih u njima mogao nastaviti u nedogled, prije donošenja takvog zaključka valja se vratiti na brojke s početka rada. Tada je dojam je bitno drugačiji. Naime, od ukupno podignutih 17538 optužnica u 2016. godini, od čega ih je 10791 bila na kontroli optužnog vijeća, svega ih je 311 vraćeno državnim odvjetništvima, a u odnosu na

²² Rješenja Županijskog suda u Zagrebu broj Kov-Us-93/14 od 10. rujna 2015. i Kov-Us-6/16 od 10. ožujka 2016. te rješenje Županijskog suda u Rijeci broj Kov-Us-6/15 od 05. studenog 2015.

78 osoba je po optužnom vijeću obustavljen postupak. Dakle rezultat od 2,22% nepotvrđenih optužnica od ukupnog broja podignutih odnosno 3,60% od onih koje je razmatralo optužno vijeće, govori da je ogromna većina optužnih akata državnih odvjetnika izrađena na potrebnoj kvalitativnoj razini.

Stoga je prvenstvena svrha izlaganja naprijed opisanih i izdvojenih nedostataka u činjeničnim opisima optužnicama podijeljenih u tri skupine (jezični (pravopisni) nedostaci, stilski nedostaci i nedostaci pravno relevantnog sadržaja) skretanje pozornosti na njih s mojeg kuta gledišta i poziv na raspravu i državnim odvjetnicima i sucima o tim gledištima, s jednim ciljem da svaka nova optužnica koju podignemo, po svojoj kvaliteti, jasnoći i određenosti bude pravi i puni odraz sve one velike količine profesionalne energije, znanja i iskustva koji su uloženi u njezino stvaranje. Jer optužnica je kruna našeg rada u pojedinom predmetu, a njezina izreka dragulj u toj kruni.

LITERATURA

- Komentar Kaznenog zakona, dr. sc. Berislav Pavišić, dr. sc. Velinka Grozdanić, dr. sc. Petar Veić, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007.
- Pravno nazivlje i hrvatski jezik dr. sc. Marin Mrčela i dr. sc. Kristian Lewis, Udruga hrvatskih sudaca, Zagreb, 2016.
- Pravni lijekovi u kaznenom postupku i sudskoj praksi, Ana Garačić, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2006.
- Priručnik za rad državnih odvjetnika, J. Čule i dr., Državno odvjetništvo Republike Hrvatske, Zagreb, 2012.

Sanja Gospočić, mag.iur.*

PREKRŠAJI BANAKA PREMA ZAKONU O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU

Autor se u ovom radu bavi problematikom pravilne primjene Zakona o potrošačkom kreditiranju u odnosu na prekršaje banaka, a naročito vezano uz prekršaj iz članka 26. stavka 1. točke 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju, koji već dulje vrijeme plijeni pozornost kako medija i političara, tako i pravosudnih tijela, a naročito građana koji su sklapali ugovore o kreditima vezanim uz CHF, da bi potom zbog visokog tečaja CHF i rasta kamatne stope, došli u financijske probleme zbog nemogućnosti otplate enormno visokih rata kredita.

1. UVOD

Kako je Zakon o potrošačkom kreditiranju¹ doživio brojne izmjene i dopune („Narodne novine“ broj: 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 9/15, 78/15 i 102/15) radi se o vrlo složenom zakonu, pa je stoga za njegovu pravilnu primjenu nužno tumačiti zakon sa svim njegovim izmjenama i dopunama, kao cjelinu.

Vezano uz Zakon o potrošačkom kreditiranju u ovom trenutku najveću pažnju treba usmjeriti prema prekršaju iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. koji je propisan prvi puta Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13).

Mnogobrojni korisnici kredita u svojstvu oštećenika kao tužitelja podnijeli su prekršajnim sudovima kao stvarno nadležnim sudovima, optužne prijedloge protiv banaka i odgovornih osoba u bankama, tereteći ih za prekršaj iz članka 26. stavka 1. točke 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju, počinjenog time što nisu s korisnikom kredita kao dužnikom temeljem ugovora o kreditu sklopljenog prije stupanja na snagu Zakona o potrošačkom kreditiranju, u kojem je ugovorena promjenjiva kamatna stopa, sklopili aneks ugovora o kreditu kojim bi se ugovorili parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa, najčešće navodeći kao vrijeme počinjenja do 1. siječnja 2014.

2. PRAVNA NORMIRANOST

Članak 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju glasi: Novčanom kaznom od 80.000,00 do 200.000,00 kuna kaznit će se vjerovnik ili kreditni posrednik za prekršaj ako protivno odredbama članka 11a. stavka 5. Zakona za postojeće ugovore o kreditu u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze ne ugovori s dužnikom parametar i to jednu od sljedećih varijabli: EURIBOR, LIBOR,

* Sanja Gospočić, mag.iur., sutkinja Visokog prekršajnog suda RH i predsjednica

¹ Zakon o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 9/15, 78/15 i 102/15) stupio je na snagu 1. siječnja 2010.

NRS, prinos na Trezorske zapise Ministarstva financija ili prosječnu kamatnu stopu na depozite građana u odnosnoj valuti te fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa, ili kod stambenih ugovora o kreditu, kod kojih je tečaj ugovorene strane valute u odnosu na ugovoreni tečaj na dan prvog korištenja kredita aprecirao više od 20%, ne primjenjuje zakonsko ograničenje visine kamatne stope ili po prestanku aprecijacije ne ponudi potrošaču konverziju preostalog dijela neotplaćenog kredita u kunski ili kredit s valutnom klauzulom EUR bez naknade ili potrošaču zaračuna bilo kakve troškove ugovaranja i popratne troškove u vezi s tim.

Stavkom 2. članka 26. Zakona o potrošačkom kreditiranju za navedeno djelo propisana je sankcija za odgovornu osobu u pravnoj osobi i to novčana kazna od 10.000,00 do 50.000,00 kuna.

Istim Zakonom izmijenjena je i materijalna odredba članka 11a. stavka 5. na koju se poziva prekršajna odredba članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju.

Materijalna odredba članka 11a. stavka 5. Zakona o potrošačkom kreditiranju glasi: Za sve postojeće ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu ovog Zakona, u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, vjerovnik u skladu s ovim člankom, mora definirati parametar i to jednu od sljedećih varijabli: referentnu kamatnu stopu (EURIBOR, LIBOR) ili NRS ili prinos na Trezorske zapise Ministarstva financija ili prosječnu kamatnu stopu na depozite građana u odnosnoj valuti, te fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa. Pri tome, promjenjiva kamatna stopa kod ugovora o stambenom kreditu sklopljenih uz valutnu klauzulu, kod kojih je tečaj ugovorene strane valute u odnosu na ugovoreni tečaj na dan prvog korištenja kredita aprecirao za više od 20%, za sve vrijeme dok takva aprecijacija postoji, ne smije biti viša od prosječne ponderirane kamatne stope hrvatskih kreditnih institucija uz koju su stambeni krediti u odnosnoj valuti odobravani, umanjene za 30%, zaokruženo na dva decimalna mjesta. To zakonsko ograničenje visine kamatne stope se primjenjuje isključivo jednokratno i tijekom ograničenja kamatna stopa je nepromjenjiva, a ovo ograničenje konačno se prestaje primjenjivati s prvim dospijanjem kreditne obveze nakon što ugovoreni tečaj odnosne valute deprecira na razinu ispod navedene aprecijacije, kontinuirano u razdoblju od 30 kalendarskih dana. Hrvatska narodna banka će do 15. prosinca 2013. godine objaviti podatak o prosječnoj kamatnoj stopi iz ovog stavka.

Potrebno je pojasniti što su u stvari propisane varijable parametara koje se navode u odredbi članka 11a. stavka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) a koje je banka prema navedenoj materijalnoj odredbi zakona dužna definirati.

1. LIBOR ili Londonska međubankarska stopa (London Interbank Offered Rate) predstavlja dnevnu referentnu kamatnu stopu po kojoj banke jedna drugoj nude novac za posuđivanje na Londonskom međubankarskom tržištu. LIBOR se koristi kao referentna stopa za financijske instrumente kao što su kamata na valute, kod forward ugovora, swap kamatnih stopa i terminskih ugovora. Za valutu EUR također postoji LIBOR ali se isti manje koristi i to kod SWAP kredita. Svakog dana u 11 sati prije podne po londonskom vremenu objavljuju se LIBOR stope, koje predstavljaju filtrirani prosjek međubankarskih stopa. Tijekom dana stvarna kamatna stopa varira. LIBOR se primjenjuje za slijedeće valute: američki dolar, funtu sterlinga, švicarski franak, japanski jen, kanadski dolar i dansku krunu.
2. EURIBOR ili Europska međubankarska stopa (Euro Interbank Offered Rate) predstavlja dnevnu referentnu kamatnu stopu po kojoj banke jedna drugoj nude novac za posuđivanje na međubankarskom tržištu. Koristi se kao referentna stopa za financijske instrumente kao što su kamata na EUR, kod forward ugovora, swap kamatnih stopa i terminskih ugovora. EURIBOR određuje Europska bankarska federacija oko 11 sati prije podne po srednjeeuropskom vremenu. Predstavlja filtrirani prosjek međubankarskih kamatnih stopa.
3. NRS (Nacionalna referentna stopa prosječnog troška financiranja hrvatskog bankovnog sektora) je prosječni trošak izvora sredstava hrvatskog bankovnog sektora (banaka i štednih banaka) s obzirom na određeni protekli period, vrstu izvora i relevantnu valutu, odnosno NRS je prosječna kamata koju bankovni sektor plaća kako bi pribavio sredstva potrebna za kreditno poslovanje.² NRS se u pravilu koristi kod kunskih kredita, a može se koristiti i kod kredita vezanih uz valutnu klauzulu EUR.

² Odredba članka 15. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine 112/12) propisuje definiciju NRS (Nacionalna referentna stopa prosječnog troška financiranja hrvatskog bankovnog sektora), dok za ostale parametre nema definicije u zakonu. Stoga su u ovom radu korištene definicije ostalih parametara dostupne na internetskim tražilicama (npr. Wikipedia i sl.)

4. PRINOSI NA TREZORSKE ZAPISE MINISTARSTVA FINANCIJA – Trezorski zapisi Ministarstva financija su kratkoročni vrijednosni papiri s rokovima dospjeća od 91, 182 i 364 dana. Upis trezorskih zapisa vrši se na aukcijama koje objavljuje Ministarstvo financija Republike Hrvatske. Trezorski zapisi su dužnički instrumenti Ministarstva financija. Smatra se nerizičnim instrumentom.
5. PROSJEČNA KAMATNA STOPA NA DEPOZITE GRAĐANA U ODNOSNOJ VALUTI izračunava se kao vaga-na prosječna kamatna stopa na depozite kreditnih institucija na tržištu Republike Hrvatske.

Za istaknuti je da navedene parametre banke detaljno razrađuju u svojim Općim uvjetima poslovanja, te tamo definiraju i razdoblja promjene kamatnih stopa, konkretno da li će se pojedini parametar obračunavati tromjesečno, šestomjesečno ili godišnje kod promjenjivog dijela kamatne stope.

Uvidom u spise predmeta o kojima odlučuje povodom žalbe Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske vidljivo je da su u pravilu definirani kao parametri za obračun promjenjivog dijela kamatne stope LIBOR za kredite vezane uz CHF, a EURIBOR za kredite vezane uz EUR, dok se NRS koristi kao parametar u kreditima s promjenjivom kamatnom stopom u HRK. Prinosi na Trezorske zapise Ministarstva financija i prosječna kamatna stopa na depozite građana u valuti u kojoj se odobrava kredit, nisu zamijećeni kao parametri korekcija promjenjivog dijela kamatne stope do sada niti u jednom predmetu.

Govoreći o parametrima korekcije promjenjive kamatne stope potrebno je istaknuti da je odredbom članka 11a. stavka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) bilo propisano da definirani parametri mogu biti referentna kamatna stopa (npr. EURIBOR, LIBOR), indeks potrošačkih cijena, premija na kreditni rizik Republike Hrvatske i slični parametri čija promjena ne ovisi o volji jedne ugovorne strane. Kao što je već navedeno Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) sada kao mogući parametar navodi samo točno određenih, naprijed navedenih, pet vrsta parametara.

3. ANALIZA ZAKONSKIH ODREDBI

Analizom citirane materijalne i prekršajne odredbe vidljivo je da je prekršajna odredba drugačija od materijalne odredbe, te se u istoj navodi obveza ugovaranja, dok se u materijalnoj odredbi navodi obveza definiranja, iz čega je evidentno da materijalna i prekršajna odredba nisu usklađene, a što predstavlja i česti žalbeni navod okrivljenika obzirom da se prekršajna odredba ujedno i poziva na povredu materijalnog propisa, konkretno članka 11a. stavka 5. Zakona.

Tumačeći relevantne odredbe Zakona o potrošačkom kreditiranju, u svrhu pravilne primjene materijalnog prava, primjećuje se da zakonodavac koristi različitu terminologiju vezanu za propisane radnje, a u krajnjem slučaju i za kažnjive radnje, odnosno propuste vjerovnika, na način da je u materijalnoj odredbi članka 11a. stavka 5. Zakona propisano da je za sve postojeće ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu Zakona, u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, vjerovnik dužan **definirati** parametar, dok se u prekršajnoj odredbi članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona propisuje sankcija za vjerovnika ako protivno odredbama članka 11a. stavka 5. Zakona za postojeće ugovore o kreditu u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno-posljedične veze **ne ugovori s dužnikom parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa**. Nadalje, odredbom članka 13. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju propisano je da za postojeće kredite sklopljene do stupanja na snagu ovog Zakona, u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno-posljedične veze, vjerovnici **mora u skladu s dužnikom uskladiti** kamatnu stopu, određivanjem parametra i fiksne marže, te razdoblja promjene kamatnih stopa.

Iz Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju vidljivo je da je tamo u odredbi članka 11a. stavka 5. Zakona bilo navedeno da za postojeće ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu ovog Zakona, u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, vjerovnik u skladu s ovim člankom **mora uskladiti s dužnikom parametar**, no u donesenom Zakonu od strane Hrvatskog sabora u tom članku propisano je da su vjerovnici **dužni definirati parametar**. Potrebno je istaknuti da je ranijim Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) kako materijalnom odredbom članka 11a. stavka 1., tako i prekršajnom odredbom članka 26. stavka 1. podstavka 26. Zakona bila propisana isključivo **obveza definiranja parametra, njegovih**

uzročno posljedičnih veza i razdoblja promjene kamatne stope, te se sankcioniralo samo **propuštanje definiranja parametara, njegovih uzročno posljedičnih veza i razdoblja promjene kamatnih stopa**.

Ovakvim terminološki različitim propisivanjem obveza vjerovnika, zakonodavac je sam smisao odredbe Zakona učinio nejasnim, a što izravno utječe na pravnu sigurnost i jednakost građana pred sudovima, a ujedno je na taj način dan prostor različitim tumačenjima odredbe članka 11a. stavka 5. Zakona, ne samo od strane Ministarstva financija Republike Hrvatske i Hrvatske narodne banke, čija mišljenja su i javno priopćena, već i od strane raznih udruga potrošača i samih građana. Za istaknuti je da, iako Ministarstvo financija Republike Hrvatske i Hrvatska narodna banka nisu institucije ovlaštene za autentično tumačenje zakona, neprijepono je da na postupanje banaka navedene institucije djeluju svojim autoritetom, te iste njihovo mišljenje smatraju mjerodavnim za svoje postupanje, naročito iz razloga što je sama zakonska odredba nejasna.

Daljnjom analizom vidljivo je da i citirana materijalna i prekršajna odredba spominju postojeće ugovore o kreditu u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze.

Iz navedenog može se zaključiti da bi se i materijalna odredba članka 11a. stavka 5. i prekršajna odredba članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju odnosila na kredite sklopljene do stupanja na snagu Zakona samo ako u postojećim (otvorenim) ugovorima o kreditu nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze.

U prilog takvom tumačenju navedenih odredbi Zakona ide i odredba članka 13. stavka 2. Prijelaznih i završnih odredbi Zakona prema kojoj za postojeće ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu ovog Zakona, u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, vjerovnici moraju s dužnikom uskladiti kamatnu stopu, određivanjem parametra i fiksne marže (fiksni dio kamatne stope), te razdoblja promjena kamatnih stopa, najkasnije do 1. siječnja 2014.

Evidentno je stoga da zakonodavac pravi razliku između postojećih ugovora u kojima su bili definirani parametri i njihove uzročno-posljedične veze, od onih postojećih ugovora u kojima ti parametri i njihove uzročno-posljedične veze nisu bili definirani.

Dakle za pravilnu primjenu zakona nužno je imati u vidu i odredbe Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) kojim je zakonodavac htio uvesti dodatne obveze za vjerovnike koji su sa potrošačima sklopili ugovore o kreditima u kojima su ugovorene promjenjive kamatne stope, na način da su vjerovnici u tom slučaju dužni definirati parametre, njihove uzročno-posljedične veze i razdoblja promjene kamatne stope (raniji članak 11a. stavka 1.)

U skladu s odredbom stavka 5. i 6. članka 11a. Zakona vidljivo je da je vjerovnik o promjeni ugovorene promjenjive kamatne stope bio dužan poslati obavijest o povećanju kamatne stope 15 dana prije njegove provedbe i temeljem toga u roku od 3 mjeseca od primitka obavijesti, potrošač je mogao prijevremeno vratiti kredit bez obveze plaćanja naknada vjerovniku. Stavkom 6. članka 11a. Zakona izričito se navodi da se stavak 5. tog članka odnosi na postojeće ugovore o kreditu odobrene prije stupanja na snagu Zakona.

Vjerovnici su dakle mogli u roku od 90 dana od objave Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) definirati parametre i njihove uzročno posljedične veze, te razdoblja promjene kamatnih stopa. O tome su bili dužni obavijestiti potrošača temeljem odredbe članka 11. u svezi članka 29. Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09).

Nepostupanjem po navedenoj materijalnoj odredbi vjerovnici su mogli biti proglašeni krivima i kažnjeni za prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 26. Zakona o potrošačkom kreditiranju, kojim je bila propisana novčana kazna ukoliko postupe protivno odredbi članka 11a. Zakona (dakle ako ne definiraju parametre, njihove uzročno-posljedične veze i razdoblja promjene kamatnih stopa). Prema saznanju Vijeća za financijske prekršaje Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, niti jedan postupak nije se vodio za taj prekršaj, iz čega bi se moglo zaključiti da su banke definirale parametre, njihove uzročno-posljedične veze i razdoblja promjene kamatnih stopa po Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2012. godine.

Kako bi do kraja pojasnili stajalište Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske vezano uz pravilnu primjenu članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju prikazat ćemo slijed normiranosti sadržaja ugovora o kreditu s prikazom zakonskih rješenja od stupanja na snagu Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09) do danas.

- *Zakon o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09) stupio je na snagu 1. siječnja 2010., te je njegovim člankom 10. prvi puta propisan sadržaj ugovora o kreditu (točka f) govori o kamatnoj stopi). Imajući u vidu navedeno, ugovori sklopljeni tijekom 2005., 2006., 2007., 2008. i 2009., dakle prije stupanja na snagu Zakona o potrošačkom kreditiranju, bili su zaključivani u skladu s odredbama Zakona o obveznim odnosima.³*
- *Članak 29. prijelaznih i završnih odredbi tog zakona propisuje da se taj zakon ne primjenjuje na ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu tog zakona, osim odredbe, za nas važnog članka 11. tog Zakona (vezanog uz promjenjivu kamatnu stopu), a kojim se propisuje obveza obavještanja potrošača o promjenama ugovorene kamatne stope u pisanom obliku ili nekom drugom trajnom mediju, pri čemu se ta odredba primjenjuje i na otvorene ugovore o kreditu sklopljene do dana stupanja na snagu ovog Zakona.⁴*
- *Sankcija je propisana za neobavještanje dužnika o promjenama kamatne stope u skladu s člankom 11. Zakona*
- *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine broj: 112/12) unosi obvezu definiranja parametara, njihovih uzročno posljedičnih veza i razdoblja promjene kamatne stope, te propisuje sankciju za njihovo nedefiniranje.*
- *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) propisuje obvezu definiranja parametara, fiksnog dijela kamatne stope i razdoblja promjene kamatne stope, te propisuje sankciju za njihovo neugovaranje.*

Predmet: Obavijest o parametrima kamatne stope

Poštovani,

obavještavamo Vas da je [REDACTED], sukladno Zakonu o potrošačkom kreditiranju (u daljnjem tekstu Zakon) uskladila svoje kreditno poslovanje s potrošačima, a vezano uz promjenjivost kamatnih stopa.

Ovom prilikom želimo Vas obavijestiti da smo Vaš kredit uskladili sa Zakonom na način da smo definirali parametre i njihove uzročno posljedične veze, a koji formiraju kamatnu stopu Vašeg kredita Ugovor broj 1306/2002, kreditna partija broj 53105507.

Ovim usklađenjem visina kamatne stope ostaje nepromijenjena.

Banka će u narednom razdoblju na Vaš gore označeni kredit naplaćivati kamatnu stopu koja predstavlja zbroj promjenjivog dijela kamatne stope (bazne kamatne stope) i fiksnog dijela kamatne stope.

Na Vaš kredit trenutno se primjenjuje kamatna stopa u visini 7,50, a nju čini suma sljedećih parametara:

Promjenjivi dio kamatne stope (bazna kamatna stopa) trenutno u visini 0,50
Fiksni dio kamatne stope u visini 7,00

Promjenjivi dio kamatne stope naziva se još i bazna kamatna stopa, a vezan je za 6M EURIBOR (šestomjesečni EURIBOR) zaokružen na gornju četvrtinu, u skladu s kojim se kamatna stopa usklađuje odnosno mijenja. Banka utvrđuje vrijednost bazne kamatne stope dva puta godišnje, 31. svibnja i 30. studenog, te ih primjenjuje u narednom šestomjesečnom razdoblju koje započinje s 30. lipnjem odnosno s 31. prosincem. EURIBOR (engl. Euro Interbank Offered Rate) je referentna kamatna stopa koja se utvrđuje na europskom međubankarskom tržištu.

EURIBOR predstavlja prosjek kamatnih stopa po kojima više od 50 europskih banka međusobno posuđuje sredstva i kao takav smatra se najvažnijom referentnom kamatnom stopom europskog novčanog tržišta. EURIBOR kao tržišni indeks mijenja se sukladno promjenama na tržištu novca i na njegovu promjenu Banka nema utjecaja.

Trenutno se primjenjuje 6M EURIBOR na 30. studeni 2013. godine u visini 0,33, a zaokružen na gornju četvrtinu iznosi 0,50.

Fiksni dio kamatne stope ne mijenja se tijekom otplate kredita.

Ukoliko tijekom otplate kredita ovako utvrđena kamatna stopa postane viša od maksimalne kamatne stope utvrđene Zakonom obavještavamo Vas da će se tada na Vaš kredit primjenjivati maksimalna kamatna stopa na način definiran Zakonom za ovu vrstu kredita.

Zahvaljujemo na povjerenju.

[REDACTED]

³ Zakon o obveznim odnosima („Narodne novine“ broj: 35/05, 41/08, 78/15)

⁴ Člankom 11. Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine broj: 75/09) i to stavkom 1. propisano je da ako su ugovorene promjenjive kamatne stope, vjerovnik je dužan obavijestiti potrošača o svim promjenama tih stopa, u pisanom obliku ili nekom drugom trajnom mediju, najmanje 15 dana prije nego što se one počnu primjenjivati. Informacije moraju sadržavati iznos anuiteta koji se trebaju uplaćivati nakon stupanja na snagu nove kamatne stope te, ako se promijeni broj ili učestalost anuiteta, pojedinih o anuitetima. Stavkom 2. navedenog članka Zakona propisano je da u ugovoru o kreditu stranke mogu ugovoriti da se informacije iz stavka 1. ovoga članka potrošaču pružaju periodično ako je promjena kamatne stope vezana za promjenu referentne stope, pod uvjetom da je nova referentna stopa javno dostupna, odnosno da je dostupna u poslovnim prostorima vjerovnika. Člankom 29. stavka 1. navedenog Zakona propisano je da se ovaj Zakon ne primjenjuje na ugovore o kreditu sklopljene do dana stupanja na snagu ovoga Zakona, osim u slučajevima iz stavka 2. ovoga članka, dok je stavkom 2. propisano da se odredbe članaka 9., 11., 12., 13. i 17., druga rečenica članka 18. stavka 1. i članak 18. stavak 2., a kojima se propisuju obveze obavještanja potrošača o promjenama uvjeta ugovora, primjenjuju se i na otvorene ugovore o kreditu sklopljene do dana stupanja na snagu ovoga Zakona.

To znači da ranije sklopljeni ugovori koji su predmetom prekršajnih postupaka nisu niti mogli imati definiran parametar i njegove uzročno posljedične veze već u samom ugovoru o kreditu, jer to niti jedan zakon nije u vrijeme njihovog sklapanja propisivao, obzirom da se parametri i njihove uzročno posljedične veze spominju tek u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2012. godine. Stoga se sastavnim dijelom tih ugovora (a što je i u samim ugovorima o kreditu navedeno) smatraju i Opći uvjeti kreditiranja koje donosi banka, a temeljem kojih su sastavljene obavijesti kojima su dužnici od strane banke bili obavještavani o promjeni kamatne stope, temeljem članka 11. Zakona („Narodne novine“ broj: 75/09), o definiranju parametra, njegovim uzročno posljedičnim vezama i razdoblju promjene kamatnih stopa, temeljem članka 11a. stavka 1. Zakona („Narodne novine broj: 112/12), te obavijesti o povećanju promjenjive kamatne stope, temeljem članka 11a. stavka 5. istog Zakona.

Vezano uz česte žalbene navode oštećenika kao tužitelja da se odredba članka 11a. Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) izuzev stavka 5. tog članka ne primjenjuje na tada postojeće ugovore o kreditu, potrebno je istaknuti da je takav stav neosnovan, obzirom da je prijelaznim i završnim odredbama Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) i to odredbom članka 14. stavka 2. propisano da vjerovnik koji ne postupi u skladu s odredbama članka 5. ovoga Zakona, a u dijelu kojim je u Zakon o potrošačkom kreditiranju (»Narodne novine«, br. 75/09.) dodan članak 11a. stavak 1. ne smije mijenjati postojeće kamatne stope na štetu potrošača i ne smije plasirati nove kredite s promjenjivom kamatnom stopom sve dok se ne uskladi s odredbama članka 5. ovoga Zakona kojim je u Zakon o potrošačkom kreditiranju dodan članak 11a. stavak 1. Zakona.

Upravo iz navedenog jasno je da se usklađenje s odredbom članka 11a. stavka 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) odnosi i na ranije sklopljene ugovore, obzirom da do usklađenja s tom odredbom Zakona, dakle dok ne definira parametre i njihove uzročno-posljedične veze, te razdoblja promjene kamatnih stopa kao što to propisuje odredba članka 11a. stavka 1., vjerovnik ne bi smio **mijenjati postojeće kamatne stope** na štetu potrošača (dakle u postojećim ugovorima o kreditu naročito vezanim uz CHF u kojima su kamatne stope rasle) **niti plasirati nove kredite** s promjenjivom kamatnom stopom.

Za pretpostaviti je da su se vjerovnici upravo stoga i uskladili s odredbama članka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) definiranjem, u smislu odredbe članka 11a. stavka 1. navedenog Zakona, parametra, njegovih uzročno posljedičnih veza i razdoblja promjene kamatnih stopa, kako bi mogli mijenjati postojeće kamate, povećanjem istih, obzirom da je u to vrijeme bio sveprisutan trend rasta kamatne stope u kreditima vezanim uz CHF.

Odredba stavka 4. članka 11a. Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) na koju se žalitelji pozivaju, odnosi se upravo na nove ugovore o kreditu, obzirom da je propisano da ukoliko se nudi ugovaranje promjenjive kamatne stope, da je vjerovnik dužan jasno i nedvojbeno predočiti potrošaču prije sklapanja ugovora o kreditu elemente iz stavka 1. ovoga članka, kao i upozoriti potrošača o svim rizicima ove promjenjivosti te jasno i nedvojbeno ugovoriti u samome ugovoru o kreditu promjenjive elemente na temelju kojih se izračunava promjenjiva kamatna stopa.

Dakle, iako decidirano nije tim zakonom propisano da su vjerovnici dužni definirati parametre, njihove uzročno posljedične veze i razdoblja promjene kamatne stope i u postojećim ugovorima o kreditu, zakon im je s jedne strane pružio mogućnost da to učine kroz smisao odredbe članka 14. stavka 2. zakona, propisavši s druge strane i sankciju za vjerovnike koji postupaju protivno odredbama članka 11a. zakona.

Vezano uz navedeno, potrebno je naglasiti da je moguće da je u postupanju pojedine banke došlo do kršenja odredbe članka 11a. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12), na način da je banka suprotno odredbi članka 14. stavka 2. prijelaznih i završnih odredbi tog Zakona, mijenjala postojeću kamatnu stopu na štetu potrošača, dakle povisila je, a da prethodno nije definirala parametar, njegove uzročno posljedične veze i razdoblja promjene kamatnih stopa u skladu s odredbom članka 11a. stavka 1. Zakona. To stoga što je navedeni Zakon upravo radi usklađenja s odredbom članka 5. Zakona vjerovnicima ostavio rok od 90 dana. Dakle protekom roka od 90 dana od dana stupanja na snagu samog Zakona, konkretno od 19. siječnja 2013. banke su morale imati definirane parametre, njihove uzročno posljedične veze i razdoblja promjene kamatnih stopa, ukoliko su imale namjeru povisivati kamatne stope u postojećim ugovorima o kreditu, a evidentno je i općepoznato da su kamatne stope povisivane naro-

čito u kreditima vezanim u CHF. Samo definiranje parametara, njihovih uzročno posljedičnih veza i razdoblja promjene kamatnih stopa u Općim uvjetnima kreditiranja koje donosi banka, ne bi imalo smisla u odnosu na status svakog pojedinog korisnika kredita, ukoliko bi izostala obavijest o tome korisniku kredita. Upravo je slanje obavijesti korisniku kredita od izuzetne važnosti za korisnika kredita obzirom da se na točno određeni ugovor o kreditu odnosi točno određeni parametar, njegove uzročno posljedične veze oko formiranja kamatne stope, te razdoblja promjene kamatne stope. Stoga definiranje elemenata formiranja kamatne stope i razdoblja njezine promjene, nužno uključuje i obavještanje o tome korisnika kredita, u smislu odredbe članka 11. Zakona o potrošačkom kreditiranju, koji nosi naslov „Informacije o kamatnoj stopi“.

Vijeće za financijske prekršaje Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske nema saznanja o eventualnim kršenjima te odredbe Zakona o potrošačkom kreditiranju, obzirom da niti jedan optužni prijedlog nije podignut radi počinjenja prekršaja iz članka 26. stavka 1. podstavka 26. i stavka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12), niti od strane Hrvatske narodne banke, niti od strane oštećenika kao tužitelja, a niti od strane nadležnog državnog odvjetnika.

Dakle, ukoliko banka nije definirala parametar i njegove uzročno posljedične veze, te razdoblja promjene kamatne stope i dostavila o tome obavijest korisniku kredita, smatra se da se radi o postojećim ugovorima u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, uslijed čega je vjerovnik obvezan ugovoriti s dužnikom parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa.

Kod novih ugovora o kreditu, dakle onih sklopljenih nakon 1. siječnja 2010. kao dana stupanja na snagu Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09) propisano je što ugovor o kreditu treba sadržavati.⁵

⁵ Odredba članka 10. stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09) propisuje: Ugovor o kreditu mora jasno i sažeto sadržavati:

- a) vrstu kredita,
- b) ime i prezime, odnosno naziv i adresu vjerovnika i potrošača, te ime i prezime, odnosno naziv i adresu uključenoga kreditnog posrednika,
- c) trajanje ugovora o kreditu,
- d) ukupan iznos kredita uključujući valutu u kojoj je nominirana glavnica ili uz koju je vezana glavnica i vrsta tečaja po kojoj se obavlja isplata i naplata kredita, te uvjete kojima je uređeno povlačenje iznosa iskorištenog kredita (tranše),
- e) naziv proizvoda ili usluge i njihovu cijenu za gotovinu u slučaju kredita u obliku odgode plaćanja za specifične proizvode ili usluge ili u slučaju povezanih ugovora o kreditu,
- f) kamatnu stopu, uvjete koji uređuju njezinu primjenu te, kada su ti podaci dostupni, indeksnu ili referentnu stopu koja se primjenjuje na početnu kamatnu stopu, kao i razdoblja, uvjete i postupke promjene te kamatne stope i, ako se u različitim okolnostima primjenjuju različite kamatne stope, informacije iz ove točke u odnosu na sve stope koje se primjenjuju,
- g) EKS i ukupan iznos koji potrošač plaća izračunan u trenutku sklapanja ugovora o kreditu. Potrebno je navesti sve pretpostavke kojima se koristilo u izračunu te stope,
- h) iznos, broj i učestalost uplata koje je potrošač dužan izvršiti te, kada je to primjereno, redoslijed korištenja tih uplata za plaćanje preostalih anuiteta koji se naplaćuju po različitim kamatnim stopama u svrhu povrata,
- i) kada je uključena amortizacija glavnice kredita ugovora o kreditu s fiksnim trajanjem, pravo potrošača na primanje, na zahtjev i besplatno, u bilo kojem trenutku tijekom trajanja ugovora o kreditu, izvještaja u obliku otplatnog plana. U otplatnom planu naznačene su preostale uplate i razdoblja te uvjeti koji se odnose na plaćanje iznosa. Plan sadrži specifikaciju svake uplate iskazujući amortizaciju glavnice, kamate izračunane na temelju kamatne stope i sve eventualne dodatne troškove. Ako kamatna stopa nije fiksna ili ako se dodatni troškovi mogu promijeniti prema ugovoru o kreditu, otplatni plan naznačuje, jasno i određeno, da će podaci ostati valjanima samo do onog trenutka u kojemu se promijene kamatna stopa ili dodatni troškovi u skladu s ugovorom o kreditu,
- j) ako treba platiti naknade i kamate bez amortizacije glavnice, otplatni plan koji pokazuje razdoblja i uvjete plaćanja kamata i svih povezanih jednokratnih i višekratnih naknada,
- k) ako je primjenjivo, naknade za vođenje jednog ili većeg broja računa na kojima su vidljivi i transakcije uplata i povlačenje iznosa iskorištenog kredita, osim ako je otvaranje računa opcionalno, zajedno s pristojbama za korištenje sredstava plaćanja, za transakcije uplata i za povlačenje novca na osnovi ugovora o kreditu, te sve druge eventualne naknade koje proizlaze iz ugovora o kreditu i uvjete prema kojima se te naknade smiju mijenjati,
- l) stopu zatezних kamata koja se primjenjuje pri zakašnjelim uplatama u trenutku sklapanja ugovora o kreditu i mjere za njezinu prilagodbu te sve druge naknade koje se moraju platiti zbog neispunjavanja obveze plaćanja,
- m) upozorenje na posljedice izostalih uplata,
- n) ako je primjenjivo, izjavu o obvezi plaćanja naknada javnog bilježnika,
- o) ime i prezime, odnosno naziv jamca te druge vrste instrumenata, ako se zahtijevaju,
- p) postojanje ili nepostojanje prava na odustanak od ugovora o kreditu, razdoblje tijekom kojega se to pravo može ostvarivati i dru-

4. STAJALIŠTA VISOKOG PREKRŠAJNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE VEZANA UZ PRIMJENU MATERIJALNOG PRAVA S POSEBNIM OSVRTOM NA VRIJEME POČINJENJA PREDMETNOG PREKRŠAJA

Prema postojećoj praksi Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske nema zapreke u primjeni prekršajne odredbe koja je šira od materijalne odredbe na koju se prekršajna odredba poziva. Obzirom na neusklađenost materijalne odredbe članka 11a. stavka 5. Zakona o potrošačkom kreditiranju i prekršajne odredbe članka 26. stavka 1. točke 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju, Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske istaknuo je taj problem u svojem zahtjevu za ocjenu ustavnosti navedenih odredbi Zakona o potrošačkom kreditiranju, koji je podnesen Ustavnom sudu Republike Hrvatske, no Ustavni sud Republike Hrvatske se u odnosu na navedeni problem izjasnio u svojoj odluci broj: U-I-3541/2015, U-I-2780/2015 od 4. svibnja 2016. godine samo na način da prekršajna odredba članka 26. stavka 1. alineje 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju zadovoljava zahtjeve za određenošću i preciznošću pravne norme iz članka 3. Ustava Republike Hrvatske, zaključivši na kraju da je ista suglasna u materijalnom smislu s člankom 3. Ustava Republike Hrvatske.

Bilo bi zanimljivo vidjeti kakav stav bi o takvoj pravnoj situaciji zauzeo Europski sud za ljudska prava, naročito imajući u vidu nedavnu odluku tog suda u predmetu Žaja protiv Hrvatske, od 4. listopada 2016., zahtjev broj 37462/09, u kojem je našao povredu članka 7. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, istaknuvši načelo da kazneno pravo ne smije biti ekstenzivno tumačeno na štetu okrivljenika, te da djelo mora biti jasno definirano, tako da pojedinac zna iz formulacije mjerodavne odredbe koja će ga djela i propusti učiniti kazneno odgovornim.

Usljedom ovakvog zakonskog rješenja, očito je da je došlo do antinomije unutar jednog zakona, pa je stoga bilo je nužno pristupiti kazuističkom tumačenju pravne norme i to primjenom jezične tehnike.⁶ Na taj način može se doći do zaključka da je definiranje jednostrano određivanje od strane vjerovnika (banke) parametara i njihovih uzročno posljedičnih veza, odnosno fiksnog dijela kamatne stope i razdoblja promjene kamatne stope. Za razliku od definiranja, ugovaranje je dvostrani pravni posao za čiju pravnu valjanost je potrebna suglasnost volje obje ugovorne strane.

Obzirom da Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) prvi put uopće spominje i to isključivo kroz zapriječenu sankciju, obvezu vjerovnika da mora ugovoriti s dužnikom parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa, ukoliko to u postojećim ugovorima o kreditu nije definirano, pri čemu odredba članka 13. stavka 2. prijelaznih i završnih odredbi Zakona propisuje da su to usklađenje vjerovnici dužni napraviti najkasnije do 1. siječnja 2014., a sam Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 2014. (članak 15.), to je zbog mišljenja da bi primjenom spornih odredbi tog zakona bilo narušeno načelo zakonitosti, Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske Ustavnom sudu Republike Hrvatske podnio zahtjev za ocjenu suglasnosti spornih odredbi Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) sa odredbama Ustava Republike Hrvatske.

Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske drži prihvatljivim da se odredba članka 11a. stavka 5. Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) retroaktivno odnosi na sve ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu Zakona, u smislu obrazloženja Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju iz listopada 2013. godine, i to stoga što je očita intencija zakonodavca bila izjednačavanje svih potrošača u njihovoj zaštiti kod sklapanja ugovora o kreditu i to kako za ugovore o kreditu sklopljene nakon stupanja na snagu Zakona, tako i za ugovore o kreditu sklopljene prije stupanja na snagu Zakona, a u skladu s Direktivom 2008/48/EZ od 23. travnja 2008. godine.

ge uvjete koji uređuju njegovo ostvarivanje, uključujući i informacije koje se odnose na obvezu potrošača da plati iskorišteni iznos glavnice i kamate u skladu sa člankom 14. stavkom 2. točkom b) ovog Zakona te iznos kamata koji se plaća dnevno,

r) informacije koje se odnose na prava koja proistječu iz članka 15. ovoga Zakona, kao i uvjete za ostvarivanje tih prava,

s) pravo na prijevremenu otplatu i postupak ranije otplate te informacije o pravu vjerovnika na naknadu i način na koji će se ona utvrđivati,

t) postupak prilikom ostvarivanja prava na otkazivanje ugovora o kreditu,

u) postoji li izvansudska pritužba i mehanizam obeštećenja za potrošače te, ako postoje, metode pristupa njima,

v) ako je primjenjivo, ostale ugovorne uvjete i odredbe,

z) ako je primjenjivo, naziv i adresu nadležnog nadzornog tijela.

⁶ Doc.dr.sc. Luka Burazin, Pravni fakultet u Zagrebu, „Pravna tehnika“

Međutim, na takvu suštinsku retroaktivnost zakona, nikako se ne bi mogla, a niti smjela nadovezati vremenska retroaktivnost zakona, jer je to u suprotnosti s opće prihvaćenim načelom zakonitosti suđenja u Republici Hrvatskoj, koje se garantira Ustavom Republike Hrvatske i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Odredbom članka 31. stavka 1. Ustava Republike Hrvatske propisano je da nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ili međunarodnim pravom kao kazneno djelo, niti mu se može izreći kazna koja nije bila određena zakonom.⁷

Odredbom članka 5. Ustava Republike Hrvatske propisano je da u Republici Hrvatskoj zakoni moraju biti u suglasnosti s Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom.

Odredbom članka 7.1 stavka 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁸ propisano je da nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po unutarnjem ili po međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao kazneno djelo.

Upravo stoga je Ustavni sud Republike Hrvatske svojom odlukom broj U-I-3541/2015, U-I-2780/2015 od 4. svibnja 2016. ukinuo članak 13. stavka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) u dijelu koji glasi: „najkasnije do 1. siječnja 2014.“, te je utvrdio da u razdoblju od 1. siječnja 2014. do 1. travnja 2014. nitko ne smije podlijegati prekršajnoj odgovornosti za prekršaj iz članka 26. stavka 1. alineje 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju. Obrazlažući svoju odluku Ustavni sud RH je u bitnom naveo da ne postoji mogućnost da se pravnim subjektima nameće izvršenje obveze, propisane novim zakonom, već na dan publikacije zakona u službenom glasilu, a koje bi se trebale izvršiti do dana njegova stupanja na snagu, s posljedicom da se neizvršenje obveze na dan njegova stupanja na snagu smatra prekršajem.

Iz obrazloženja navedene odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske proizlazi da je za određivanje duljine primjerenog roka za izvršenje obveze vjerovnicima iz članka 11a. stavka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2013. godine, odnosno za prilagodbu na novi zakonski režim, nakon čega može nastupiti prekršajna odgovornost zbog neizvršenja zakonske obveze, Ustavnom sudu Republike Hrvatske poslužilo kao mjerilo rok od 90 dana od dana stupanja na snagu tog Zakona, koji rok je u zakonodavnoj proceduri predložio Odbor za zakonodavstvo Hrvatskog sabora.

Tu dolazimo do problema oko utvrđivanja vremena počinjenja predmetnog prekršaja. Općenito gledano oštećenici kao tužitelji u optužnom prijedlogu navodili su u pravilu da od dana sklapanja ugovora o kreditu do 1. siječnja 2014. pa ni do dana podnošenja optužnog prijedloga vjerovnici nisu s njima sklopili aneks ugovora u kojem bi se odredili parametri, njihove uzročno posljedične veze, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjena kamatnih stopa. Iz ovakvih optužnih prijedloga moglo se jedino zaključiti da tužitelji smatraju da se radi o trajnom djelu, no međutim ovaj prekršaj ne može se tretirati kao trajni prekršaj i to stoga što trajni prekršaj mora kao takav biti sankcioniran od početka protupravne radnje do dovršetka radnje, a što za prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju nije slučaj (ugovaranje je sankcionirano tek Zakonom koji je stupio na snagu 1. siječnja 2014. godine, a ugovori o kreditu sklapani su u razdoblju od 2005. do 2009. godine).

Stoga, imajući u vidu odluku Ustavnog suda RH, predmetni prekršaj nije mogao biti počinjen do 1. siječnja 2014. kako su to u nekim optužnim prijedlozima oštećenici kao tužitelji navodili, pa su u takvim slučajevima, kad se isključivo kao vrijeme počinjenja navodi taj datum, prvostupanjski sudovi zakonito donosili presude kojima se okrivljenici oslobađaju od optužbe.⁹ Ukoliko se takva situacija uoči već u fazi ispitivanja optužnog prijedloga, zakonito je i u tom slučaju donijeti oslobađajuću presudu temeljem članka 161. stavka 6. Prekršajnog zakona, obzirom da u to vrijeme djelo koje se okrivljeniku stavlja na teret nije bilo prekršaj.

Međutim u praksi je vidljivo da sudovi u takvim slučajevima često donose presudu kojom se optužba odbija temeljem članka 161. stavka 5. točke 2. Prekršajnog zakona, uz obrazloženje da postoje okolnosti koje isključuju prekršajni progon. Pravna osnova takve odluke je pogrešna, jer su, prema odredbi članka 181. Pre-

⁷ 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)

⁸ Europska 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)

⁹ Presuda Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske broj: FPŽ-980/15 od 1. srpnja 2016.

kršajnog zakona, razlozi koji isključuju prekršajni progon npr. zastara i sl.¹⁰ Uz to takva odluka ima i dalekosežne posljedice kod odluke o troškovima branitelja okrivljenika jer u slučaju presude kojom se optužba odbija okrivljenik nema pravo na troškove branitelja, iako je iz obrazloženja presude vidljivo da je razlog donošenja presude to što djelo nije bilo propisano kao prekršaj, temeljem čega bi okrivljenik u smislu odredbe članka 140. stavka 2. Prekršajnog zakona imao pravo na troškove branitelja iz članka 138. stavka 2. točke 7. Prekršajnog zakona.¹¹

Ukoliko se u optužnom prijedlogu navodi kao vrijeme počinjenja do 1. siječnja 2014. pa ni do dana podnošenja optužnog prijedloga, imamo drugačiju situaciju, u kojoj sud treba utvrđivati činjenice. Konkretno, sud će putem relevantnih dokaza (ispitivanjem okrivljenika ili putem pisane obrane okrivljenika, vršenjem uvida u dokumentaciju vezanu uz sklopljeni ugovor o kreditu, a naročito u obavijesti koje je banka slala dužnicima tijekom kreditnog odnosa i saslušanjem oštećenika u svojstvu svjedoka) utvrditi da li je vjerovnik postupio po Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) i dostavio obavijest dužniku sa svim traženim podacima iz članka 11a. stavka 1. tog Zakona i kada¹² (to je moralo biti do 1. siječnja 2014. godine kada je stupio na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13). Ukoliko je vjerovnik dostavio dužniku obavijest sa svim potrebnim podacima, tada vjerovnik prema stajalištu Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske nije niti mogao počinuti prekršaj iz članka 26. stavka 1. postavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju.¹³

Iz pojedinih spisa predmeta vidljivo je da banke smatraju da kod zakonskog ograničenja kamatne stope u stambenim kreditima u CFH ne bi bili u obvezi definirati parametar promjenjivog dijela kamatne stope, no Vijeće za financijske prekršaje, Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske smatra da je i u slučaju kad se radi o stambenom kreditu u CHF u kojem je došlo do aprecijacije ugovorenog tečaja na dan prvog korištenja kredita više od 20%, uslijed čega je zakonom ograničena promjenjiva kamatna stopa, banka bila u obvezi definirati parametar, njegove uzročno posljedične veze i razdoblja promjene kamatne stope u smislu odredbe članka 11a. stavka 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2012. godine. To stoga što kad ograničenje visine kamatne stope prestane, uslijed ispunjenja zakonskih uvjeta za to, tada će se nastavak otplate kredita vršiti prema ugovorenim uvjetima, pa stoga moraju biti definirani kriteriji određivanja kamatne stope i razdoblja njezine promjene. Ukoliko banke u takvom slučaju nisu postupile u skladu s odredbom članka 11a. stavka 1. Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2012., bile su u obvezi s dužnicima sklopiti aneks ugovora.

Ukoliko sud utvrdi da obavijest sa definiranim parametrima, njihovim uzročno posljedičnim vezama i razdobljima korekcije visine kamatne stope (članak 11a. stavka 1. Zakona o potrošačkom kreditiranju –NN 112/12) nije poslana dužniku, te ukoliko je obavijest (ili više njih) poslana ali ne sadržavaju u svojoj ukupnosti sve navedeno, tada je banka trebala sklopiti aneks ugovora s dužnikom i ugovoriti sve ono što je propisano člankom 11a. stavka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13), pa ako je to propustila učiniti ostvarila je biće djela iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju s tim da vrijeme počinjenja prekršaja treba utvrditi unutar razdoblja od 2. travnja 2014. do dana podnošenja optužnog prijedloga.

Konkretno banke koje se nisu uskladile s odredbom članka 11a. stavka 1. Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2012. godine i nisu poslale o traženim podacima obavijest dužnicima do 1. siječnja 2014., bile su u obvezi s njima sklopiti aneks ugovora do 1. travnja 2014., a protekom tog vremena, bile bi u prekršaju.

¹⁰ Komentar Prekršajnog zakona, autori: I. Josipović, D. Tripalo, G. Korotaj, G. Klarić i M. Rašo u izdanju „Narodnih novina“ 2014. godine, stranica 394.

¹¹ Prekršajni zakon u odredbi članka 138. stavka 2. propisuje što sve obuhvaća troškove prekršajnog postupka, te nadalje u odredbi članka 140. stavka 2. propisuje da će se u slučaju oslobađajuće presude i presude kojom se optužba odbija izreći u presudi da troškovi prekršajnog postupka iz članka 138. stavka 2. točke 2. do 4. Zakona padaju na teret proračunskih sredstava suda, osim ako Zakonom nije drugačije određeno, dok će troškovi iz članka 138. stavka 2. točke 5. i 7. Zakona pasti na teret proračunskih sredstava suda samo ako se presudom okrivljenik oslobađa od optužbe jer djelo nije prekršaj odnosno nema dokaza da je počinio prekršaj. Iz navedenog zakonskog rješenja vidljivo je da okrivljenik u slučaju donošenja presude kojom se optužba odbija i to iz bilo kojeg razloga iz članka 181. Prekršajnog zakona, nema pravo na naknadu svojih putnih troškova i nužnih izdataka i nagradu za svojeg branitelja.

¹² Rješenje Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, broj: FPŽ-1116/16

¹³ Presuda Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske broj: FPŽ-1106/16 od 1. veljače 2017.

Za procjenu postojanja tog prekršaja, relevantan bi bio i dan slanja obavijesti, nakon 2. travnja 2014. godine, od strane vjerovnika dužniku u kojem bi bio definiran parametar, fiksni dio kamatne stope, odnosno razdoblje promjene kamatnih stopa, obzirom da je u takvom slučaju vjerovnik to bio dužan ugovoriti s dužnikom.

5. OŠTEĆENIK KAO TUŽITELJ

Odlučujući o žalbama u predmetnima vezanim uz prekršaj iz članka 26. stavka 1. postavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju, primijećeno je da se odlukama nekih sudova oštećeniku osporava svojstvo tužitelja, na koje odluke se oštećenici i žale, no to su ujedno i česti navodi žalbe okrivljenika u predmetima u kojima su proglašeni krivima, obzirom da smatraju da u konkretnom spisu sud nije sudio temeljem optužnog prijedloga ovlaštenog tužitelja.

Stoga se vezano uz predmetni prekršaj postavilo pitanje da li korisnik kredita može podnijeti optužni prijedlog protiv banke u svojstvu oštećenika kao tužitelja. Neki prvostupanjski sudovi zauzeli su stav da je jedini ovlašten tužitelj za podnošenje optužnog prijedloga protiv banke za prekršaje iz Zakona o potrošačkom kreditiranju, pa tako i za prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Hrvatska narodna banka koja temeljem odredbe članka 22. stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju provodi nadzor nad provođenjem tog zakona od strane kreditnih institucija, kreditnih unija i institucija za platni promet.¹⁴

Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske zauzeo je stajalište da činjenica da nadzor nad provedbom Zakona o potrošačkom kreditiranju u odnosu na poslovanje banaka provodi isključivo Hrvatska narodna banka, nije od utjecaja na dopuštenost podnošenja optužnog prijedloga od strane oštećenika kao tužitelja.

Naime, odredbom članka 113. stavka 1. Prekršajnog zakona¹⁵ propisano je da je oštećenik, kojem je prekršajem povrijeđeno ili ugroženo kakvo imovinsko ili osobno pravo, ovlašten sudu za taj prekršaj podnijeti optužni prijedlog.

Rukovodeći se time da je korisnik kredita, kao dužnik sklopio ugovor o kreditu s bankom, kao vjerovnikom, a da je odredbom članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju propisana sankcija za prekršaj ako vjerovnik, protivno odredbi članka 11a. stavka 5. Zakona o potrošačkom kreditiranju za postojeće ugovore o kreditu u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, ne ugovori s dužnikom parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa, to Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske smatra da bi postupanjem banke protivno odredbi članka 11a. stavka 5. Zakona o potrošačkom kreditiranju, i povećanjem kamatne stope, bilo povrijeđeno, odnosno ugroženo imovinsko pravo korisnika kredita, iz čega se može zaključiti da je korisnik kredita ovlašten u svojstvu oštećenika kao tužitelja pokrenuti prekršajni postupak protiv banke s kojom je sklopio ugovor o kreditu.¹⁶

Za naglasiti je, međutim, da problem kredita vezanih uz CHF nije niti bio toliko u promjeni kamatne stope, već u rastu tečaja CHF, no to je regulirano drugim dijelom članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju koji govori o ugovorima o stambenim kreditima sa valutnom klauzulom, kod kojih je tečaj ugovorene strane valute aprecirao više od 20%, te je kod takvih kredita zakonodavac ograničio rast promjenjive kamatne stope.

Međutim, imajući u vidu navedeni pojam oštećenika, upitno je da li bi korisniku kredita bilo zakonito priznati status oštećenika i u slučaju kad je iz sadržaja spisa vidljivo da je banka snizila kamatnu stopu po konkretnom ugovoru o kreditu i o tome korisniku kredita dostavila obavijest. Visoki prekršajni sud Republike

¹⁴ Odredbom članka 22. stavka 1. Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09) propisano je: „Nadzor nad provođenjem ovoga Zakona obavljaju nadležni inspektori Državnog inspektorata Republike Hrvatske.“

Odredbom stavka 2. članka 22. navedenog Zakona propisano je: „Iznimno od stavka 1. ovog članka, nadzor nad provođenjem ovoga Zakona nad vjerovnicima koji posluju na temelju odobrenja za rad, odnosno odobrenja za pružanje usluga koje izdaje Hrvatska narodna banka prema zakonima koji uređuju poslovanje kreditnih institucija, kreditnih unija i institucija za platni promet, provodi Hrvatska narodna banka na način i u opsegu kako je propisano tim zakonima. Hrvatska narodna banka također provodi nadzor nad primjenom ovoga Zakona i nad drugim vjerovnicima koji sukladno zakonu koji uređuje poslovanje kreditnih institucija pružaju usluge odobravanja kredita u Republici Hrvatskoj neposredno ili preko podružnice.“

¹⁵ Prekršajni zakon („Narodne novine“ broj: 107/07, 39/13, 157/13, 110/15)

¹⁶ Odluka Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske broj: FPŽ-1125/14 od 1. srpnja 2015.

Hrvatske smatra da u tom slučaju korisniku kredita ne bi mogao biti priznat status oštećenika, pa stoga ne bi mogao podnijeti niti optužni prijedlog protiv banke kao ovlaštenu tužitelj. Stoga u svakom pojedinom slučaju treba utvrđivati da li podnositelj optužnog prijedloga ima status oštećenika, naročito iz razloga što se pojedini predmeti vode protiv banaka s kojima su oštećenici potpisivali ugovore o kreditu vezane uz EUR, čija kamatna stopa je u jednom vremenskom razdoblju imala tendenciju pada.

Uz oštećenika kao tužitelja, čije svojstvo, kao što je već istaknuto, treba utvrđivati u svakom pojedinom predmetu, te naravno Hrvatsku narodnu banku koja je zakonski ovlaštenik provođenja nadzora nad bankama vezano uz Zakon o potrošačkom kreditiranju, ovlaštenu tužitelj za predmetni prekršaj je svakako i državni odvjetnik koji je temeljem odredbe članka 110. stavka 1. Prekršajnog zakona ovlašten podnijeti optužni prijedlog za sve prekršaje.

Kad već govorimo o oštećeniku kao tužitelju i njegovoj procesnoj ulozi u prekršajnom postupku kojeg je pokrenuo podnošenjem optužnog prijedloga, potrebno je istaknuti da njegova uloga u postupku mora biti aktivna i to s jedne strane, zato što je teret dokazivanja u prekršajnom postupku isključivo na tužitelju, a s druge strane, u takvom prekršajnom postupku će sudac prvostupanjskog suda u pravilu trebati ispitati oštećenika kao svjedoka u smislu odredbe članka 113. stavka 2. Prekršajnog zakona, kako bi utvrdio sve pravno relevantne činjenice konkretnog slučaja.

Međutim, iz pojedinih spisa predmeta vidljivo je da oštećenik kao tužitelj nije kao prilog optužnom prijedlogu dostavio čak niti ugovor o kreditu i drugu relevantnu dokumentaciju koja može poslužiti kao dokaz u postupku, a uz to je evidentno da se neki oštećenici nakon što su podnijeli optužni prijedlog više ne odazivaju pozivu suda na ročište na kojem trebaju biti ispitani kao svjedoci. Za napomenuti je da je u takvim situacijama moguće obvezati oštećenike kao tužitelje da, neovisno o ishodu postupka, podmire troškove odgode glavne rasprave i druge troškove postupka koje su prouzročili svojom krivnjom i to temeljem odredbe članka 139. stavka 1. i 2. Prekršajnog zakona. Uz to treba naglasiti, da u situaciji kad okrivljenici poriču počinjenje prekršaja, kao što je to slučaj u postupcima za prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju, ukoliko sud ne raspolaže kvalitetnim dokaznim sredstvima kojima se može utvrditi krivnja okrivljenika, sud će u konačnici primjenom načela *in dubio pro reo*, morati donijeti oslobađajuću presudu, odlučujući u slučaju dvojbe, u korist okrivljenika.

6. MJESTO POČINJENJA PREDMETNOG PREKRŠAJA VEZANO UZ MJESNU NADLEŽNOST PRVOSTUPANJSKIH SUDOVA

U praksi, vezano uz prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju, vidljivi su u odlukama prvostupanjskih sudova česti prijepori oko mjesta počinjenja predmetnog prekršaja, a uslijed toga i mjesne nadležnosti prvostupanjskih sudova.

Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske zauzeo je stajalište da je predmetni prekršaj počinjen u mjestu u kojem je banka s korisnikom kredita sklopila ugovor o kreditu, jer je upravo tamo i trebao biti sklopljen aneks ugovora o kreditu kojim bi banka s dužnikom ugovorila parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa¹⁷

Neki prvostupanjski sudovi izražavali su u svojim odlukama stav da bi mjesto počinjenja predmetnog prekršaja bilo mjesto u kojem okrivljena banka ima sjedište, obrazlažući svoju odluku time da je poslovna politika banke kreirana u njezinom sjedištu.

Iako je točno da se poslovna politika banke kreira unutar njezine uprave, dakle u pravilu u njezinom sjedištu, imajući u vidu da je većina banaka u Republici Hrvatskoj danas u vlasništvu stranog kapitala, upitno je gdje je doista kreirana poslovna politika svake pojedine banke. Stoga je s aspekta Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske puno prihvatljivije bilo rukovoditi se odredbom članka 17. Prekršajnog zakona kojim je propisano da je prekršaj počinjen u mjestu gdje je počinitelj radio ili bio dužan raditi.

Na ovaj način osigurana je i efikasnost i ekonomičnost u postupanju prekršajnih sudova, obzirom da se u mjestu sklapanja ugovora o kreditu u pravilu nalazi i prebivalište oštećenika kao tužitelja kojeg u postupku treba saslušati u svojstvu svjedoka, a na taj način i dostupnija je dokumentacija o samom kreditu koja će se

¹⁷ Odluka Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske broj: IR-50/17 od 25. siječnja 2017.

koristiti u dokaznom postupku, a kojom poslovnica banke u kojoj je ugovor o kreditu sklopljen zasigurno raspolaže.

Za istaknuti je da u optužnim prijedlozima oštećenici kao tužitelji pravilno označavaju kao okrivljenike banke, a ne njihove poslovnice, odnosno podružnice, pa stoga konkretno stajalište Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske o mjestu počinjenja predmetnog prekršaja ne treba tumačiti na način da bi trebalo kao okrivljenika naznačiti poslovnicu ili podružnicu banke. To stoga što je poslovnica odnosno podružnica, kao što je već ranije istaknuto, bila samo mjesto sklapanja ugovora o kreditu, pa stoga i mjesto propuštanja sklapanja aneksa ugovora o kreditu, a pritom je ona samo provodila Opće uvjete poslovanja banke koja ih je donijela, tako da se za predmetni prekršaj prema mišljenju Vijeća za financijske prekršaje Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske ne bi mogla niti proglasiti krivom poslovnica, odnosno podružnica banke, unatoč tome što je odredbom članka 59. stavka 4. Prekršajnog zakona otvorena mogućnost da i pravni subjekti koji inače nemaju pravnu osobnost snose prekršajnu odgovornost.¹⁸

7. ODGOVORNOST PREDsjedNIKA I ČLANOVA UPRAVE BANKE ZA PREKRŠAJ IZ ČLANKA 26. STAVKA 1. PODSTAVKA 28. I STAVKA 2. ZAKONA O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU

Oštećenici kao tužitelji u svojim optužnim prijedlozima označavaju uz banku kao okrivljenu pravnu osobu i predsjednika uprave banke, a u mnogim optužnim prijedlozima uz predsjednika uprave i sve ili pojedine članove uprave banke, kao odgovorne osobe, kojih je u nekim slučajevima bilo i više od deset. S druge strane okrivljenici u svojim žalbama ističu da predsjednici uprave ne bi bili neposredno odgovorne osobe za taj prekršaj, a tijekom prekršajnog postupka i neki članovi uprave banke iznosili su razloge zbog kojih smatraju da oni ne bi bili odgovorne osobe za taj prekršaj. Stoga se postavilo pitanje tko bi bio odgovorna osoba unutar banke za prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju.

Kao polazište za odgovor na to pitanje treba uzeti odredbu članka 61. stavka 1. Prekršajnog zakona kojom je propisano da je odgovorna osoba u smislu ovog zakona fizička osoba koja vodi poslove pravne osobe ili joj je povjereno obavljanje određenih poslova iz područja djelovanja pravne osobe.

Prema praksi Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, a i prema izraženom stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske u presudi broj: Kzz 9/08-3 od 22. prosinca 2010.¹⁹ u okrivljenoj pravnoj osobi treba utvrditi što neposrednije odgovornu osobu, odnosno onu kojoj je povjereno obavljanje određenih poslova iz područja djelovanja pravne osobe, što je naročito nužno kod pravnih osoba sa brojnim izdvojenim poslovnim jedinicama i velikim brojem zaposlenika. Međutim vezano uz prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju, Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske zauzeo je stav da je odgovorna osoba upravo predsjednik uprave i članovi uprave banke koji vode poslove pravne osobe. To stoga što isključivo uprava banke kreira Opće uvjete poslovanja kojima su uređeni uvjeti odobravanja kredita i cjelokupna kreditna politika. Stoga unatoč tome, što svaka banka ima svoje poslovnice ili podružnice i velik broj zaposlenika, za predmetni prekršaj može biti odgovorna osoba banke isključivo osoba iz uprave banke.

¹⁸ Odredbom članka 59. stavka 4. Prekršajnog zakona propisano je: "Odredbe ovoga Zakona kao i drugih propisa koji se odnose na prekršajnu odgovornost pravne osobe i u njoj odgovorne osobe primjenjuju se i na s njima izjednačene subjekte: podružnice i predstavništva domaćih i stranih pravnih osoba, druge subjekte koji nemaju pravnu osobnost ali samostalno nastupaju u pravnom prometu te na odgovorne osobe u tim subjektima."

¹⁹ Presudom Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Kzz 9/08-3 od 22. prosinca 2010. prihvaćen je zahtjev za zaštitu zakonitosti u odnosu na okrivljenu odgovornu osobu, a po službenoj dužnosti i u odnosu na okrivljenu pravnu osobu, te je prekršajni postupak protiv okrivljenika obustavljen. U obrazloženju presude navodi se da je odgovorna osoba ona osoba kojoj je povjeren određeni krug poslova u pravnoj osobi, kao i druga osoba koja je ovlaštena postupati u ime pravne osobe. Konstatacija da odgovornost direktora sektora ili službi ne isključuje odgovornost predsjednika uprave bez konkretnog određenja i individualizacije što je točno okrivljeni kao predsjednik uprave u konkretnom slučaju trebao učiniti a to je propustio, a bio je dužan činiti, preopćenita je, te se odgovornost predsjednika uprave proteže na svaki pojedini prekršaj koji bi učinio bilo koji od djelatnika u pravnoj osobi u kojoj je okrivljenik predsjednik uprave, pa prema tome nije utemeljen na krivnji. Zaključno se u obrazloženju predmetne presude navodi da kako radnju prekršaja nije počinio okrivljenik koji je naznačen kao odgovorna osoba i to zato jer nije odgovorna osoba za konkretni prekršaj, da je trebalo obustaviti prekršajni postupak protiv okrivljene odgovorne osobe, a posljedično tome da nema niti prekršaja pravne osobe.

Na prvostupanjskom sudu je da temeljem optužnog prijedloga oštećenika kao tužitelja utvrdi da li su u vrijeme počinjenja prekršaja, konkretno u razdoblju od 2. travnja 2014. godine do podnošenja optužnog prijedloga, predsjednik uprave, odnosno članovi uprave banke, bile osobe koje su naznačene u optužnom prijedlogu. Ukoliko su u optužnom prijedlogu naznačene druge osobe, potrebno je tražiti izmjenu optužnog prijedloga, odnosno eventualno u takvoj situaciji prvostupanjski sud može donijeti odluku kojom se oslobađaju od optužbe osobe koje prema Povijesnom izvratku iz sudskog registra u vrijeme počinjenja prekršaja nisu bile članovi uprave banke. Isto se odnosi i na predsjednika uprave banke, pa stoga treba utvrditi i tko je u vrijeme počinjenja prekršaja bio predsjednik uprave banke.

Pravilno označavanje okrivljene pravne osobe i odgovorne osobe u okrivljenoj pravnoj osobi naročito je važno i u slučaju kad se jedna banka pripoji nekoj drugoj banci, uslijed čega upisom pripajanja imovina pripojene banke i njezine obveze prelaze na banku preuzimatelja, koja postaje pravni slijednik pripojene banke. Takav slučaj imamo npr. kod pripajanja Međimurske banke d.d. Čakovec Privrednoj banci Zagreb d.d. Zagreb. Drugačija situacija je kod npr. Hypo Alpe-Adria-Bank d.d. kojoj je Odlukom skupštine društva od 14. lipnja 2016. promijenjen naziv banke u Addiko Bank d.d. Zagreb. Međutim, svaka takva situacija, u pravilu nosi za sobom i izvjesnu promjenu u upravi banke, bilo u promjeni predsjednika ili članova uprave banke, pa stoga i u tom smislu treba provjeriti osnovanost i opstojnost optužnog prijedloga.

8. STAVOVI NEKIH DRUGIH INSTITUCIJA O OBVEZAMA POSTUPANJA BANAKA PREMA ZAKONU O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU S POSEBNIM OSVRTOM NA IZNESENI STAV USTAVNOG SUDA

Ministarstvo financija Republike Hrvatske u svojem priopćenju za javnost od 14. siječnja 2014. iznijelo je svoje tumačenje primjene odredbe članka 11a. stavka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, istaknuvši da u skladu s novom odredbom Zakona, za sve postojeće ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu ovih izmjena Zakona, u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, vjerovnik mora do 1. siječnja 2014. definirati parametar (jedan od zakonom propisanih) temeljem čije promjene će vršiti promjenu kamatne stope, te mora utvrditi fiksni dio kamatne stope koji se neće mijenjati do kraja otplatnog razdoblja. S ciljem otklanjanja različite primjene te odredbe izneseno je tumačenje da vjerovnici nisu u obvezi postići dogovor sa svakim pojedinim dužnikom oko izbora parametra i utvrđivanja fiksnog dijela kamatne stope, te zaključivati pojedinačne dodatke ugovorima o kreditu u kojima bi bili ugovoreni elementi na temelju kojih se izračunava promjenjiva kamatna stopa. Nadalje se navodi da su vjerovnici ovlašteni samostalno definirati parametar promjenjivosti promjenjive kamatne stope izborom između Zakonom taksativno navedenih parametara te utvrditi fiksni dio kamatne stope i o istome izvijestiti dužnika, čime se jamči transparentnost.

I Hrvatska narodna banka u svojem priopćenju za javnost od 16. ožujka 2015. iznijela je istovjetan stav kao i Ministarstvo financija Republike Hrvatske, pa tako ističe da iz odredbe članka 11a. stavka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 143/13) proizlazi da se radi o obvezi vjerovnika koju je on dužan izvršiti samostalno, primjerice donošenjem internog akta ili putem općih uvjeta, odnosno da iz navedene odredbe ne proizlazi da bi kreditna institucija kao vjerovnik bila dužna parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa ugovoriti s dužnikom. Nadalje su istaknuli da se radi o neusklađenoj pravnoj normi te da prekršajna odredba članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona ne može mijenjati ono što je propisano dispozitivnom normom članka 11a. stavka 5. Zakona, te da se u konkretnom slučaju ne može promijeniti obveza vjerovnika iz obveze da „definira“ u obvezu da „ugovori“, već da se jedino može propisati sankcija za povredu pravila iz članka 11a. stavka 5. Zakona.

U postupku odlučivanja o zahtjevu za ocjenu suglasnosti pojedinih odredbi Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju s odredbama Ustava Republike Hrvatske, Ustavni sud Republike Hrvatske je pribavio očitovanje Ministarstva financija Republike Hrvatske, klasa: 011-01/15-01/277, Ur. broj: 513-06-03-15-5 od 5. studenog 2015., u kojem Ministarstvo financija Republike Hrvatske, prema obrazloženju Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-3541/2015, U-I-2780/2015 od 4. svibnja 2016.²⁰, sad

²⁰ Odluka ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-3541/2015, U-I-2780/2015 od 4. svibnja 2016 donijeta je povodom zahtjeva za ocjenu suglasnosti s Ustavom dijela članka 10. (prekršajne odredbe) te članka 13. stavka 2. i članka 15. (prijelazne i završne odred-

iznosi nešto drugačiji, po mišljenju autora ovog rada, nejasniji stav. U bitnom se ističe da: Zbog činjenice da su određena područja ugovora o potrošačkim zajmovima, odnosno potrošačkom kreditiranju bila nedovoljno precizno regulirana, ili u pojedinim pitanjima nisu bila regulirana, predmetnim Zakonom o potrošačkom kreditiranju dodatno i detaljnije se uređuju važna pitanja iz područja ugovora o potrošačkom kreditiranju, a njihovim uređenjem prvenstveno se nastoji zaštititi prava potrošača kao slabije ugovorne strane u odnosu s vjerovnicima, koji su u najvećoj mjeri kreditne institucije, a sve imajući u vidu činjenicu da kreditne institucije potrošačima plasiraju novac kao predmet svog poslovanja u vidu raznih novčarskih proizvoda i da je njihovo iskustvo i znanje o predmetu ugovora nemjerljivo s onim potrošača. Ističu da smatraju nespornim činjenicu da je odredbom članka 11a. stavka 1. Zakona propisana obveza vjerovnika da je dužan, ako su ugovorene promjenjive kamatne stope, definirati parametre koje prati u kontekstu donošenja odluke o korekciji promjenjive kamatne stope, i to parametre koji su jasni i poznati potrošačima te da je istome za to, člankom 16. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) dan primjeren rok od 90 dana. Nadalje se ističe da je, osim obveze definiranja parametra, istim člankom 11a. stavkom 4. Zakona propisano da je vjerovnik, ako nudi ugovaranje promjenjive kamatne stope, dužan jasno i nedvojbeno predočiti potrošaču prije sklapanja ugovora o kreditu elemente iz stavka 1. ovog članka, kao i upozoriti potrošača o svim rizicima ove promjenljivosti te jasno i nedvojbeno ugovoriti u samom ugovoru o kreditu promjenjive elemente na temelju kojih se izračunava promjenjiva kamatna stopa. Za postojeće ugovore o kreditu sklopljene do stupanja na snagu ovog Zakona, dakle u kojima nisu definirani parametri i njihove uzročno posljedične veze, vjerovnici moraju uskladiti kamatnu stopu, određivanjem parametra i fiksnog dijela kamatne stope, kao i razdoblja promjene kamatnih stopa, najkasnije do 1. siječnja 2014. godine. Tom izmjenom, ističu, usklađuju se postojeće ugovorene kamatne stope s novopropisanim uvjetima - definiranjem parametara i fiksnog dijela kamatne stope, a sve uzimajući u obzir i načela i odredbe ostalih zakona koji reguliraju istu materiju.

Evidentnu proturječnost u zakonu nije uspio otkloniti niti Ustavni sud Republike Hrvatske, pa tako u svojoj odluci broj: U-I-3541/2015, U-I-2780/2015 od 4. svibnja 2006. godine pod točkom 15.1. navodi: „Ne ulazeći u ispitivanje jesu li točne tvrdnje Ministarstva financija ili podnositelja, Ustavi sud ne može zanemariti okolnost da se u osporenom članku 26. stavku 1. alineji 28. ZoPKred-a: 75/09-102/15 navodi i izraz „ne ugovori s dužnikom“, što podrazumijeva izmjenu svakog pojedinačnog ugovora o kreditu s promjenjivom kamatnom stopom koji je bio na snazi u trenutku stupanja na snagu ZIDZoPKred-a: 143/13. To dodatno znači da je trebalo svakom pojedinom dužniku uputiti (barem) obavijest o izmjenama kamatnih stopa sukladno toj zakonskoj obvezi. Ni pravno ni stvarno nije moguće takvu obvezu izvršiti u jedan dan (1. siječnja 2014.). Bilo je nužno za izvršenje takve obveze vjerovnicima odrediti zakonski rok od dana stupanja na snagu zakona.“

9. OSVRT NA ODLUKU VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE KOJA SE ODNOSI NA POTROŠAČKE KREDITE I ANALIZA ODLUKE SUDA EUROPSKE UNIJE U LUXEMBOURGU VEZANE UZ ZAKON O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU

Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj: Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015. naveo je da nije sporno da je u odredbama ugovora o kreditu koje su se odnosile na ugovorenu kamatnu stopu bilo jasno naznačeno da je ugovorena promjenjiva kamatna stopa, koja se mijenja odlukom banke, pa su stoga te ugovorne odredbe bile jasne i vidno istaknute u ugovorima, dakle bile su lako uočljive, no da je sporno da li su iste bile razumljive potrošačima. Nadalje je navedeno da je terminologija koja je korištena u općim uvjetima poslovanja banke, uključujući i dio koji se odnosi na promjenjivu kamatnu stopu i način njezinog obračunavanja, visoko stručna, te da je kao takva razumljiva isključivo osobama koje imaju ekonomsku naobrazbu, te koje se bave bankarskim poslovanjem, dok je za prosječnog potrošača ovakva terminologija apsolutno nerazumljiva. Isto tako ističe se da je unošenje u ugovore o kreditu potpuno neodređene formulacije glede

be) Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju (NN-143/13) podnesenog od strane Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske aktom broj 1-Su-731/15 od 26. kolovoza 2015. te povodom prijedloga za ocjenu suglasnosti u Ustavom dijela članka 10. (prekršajne odredbe) te članka 13. stavka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju (NN-143/13) podnesenog od strane Privredne banke zagreb d.d. Zagreb, zastupane po Miroslavu Lekiću, odvjetniku iz Zagreba.

promjenjive kamatne stope, kako su to činile tužene banke u spornom razdoblju bilo suprotno navedenim načelima obveznog prava, jer je time od samog početka tog ugovornog odnosa, korisnik kredita kao potrošač doveden u neravnopravni položaj u odnosu na banku kao trgovca. Navodi se, nadalje da je znanje i iskustvo banaka u kreditnom poslovanju u odnosu na znanje o tim poslovima prosječnog potrošača toliko superiorno da je nemjerljivo, pa su upravo zato u utuženom razdoblju banke bile dužne svakog potrošača ozbiljno informirati o smislu i sadržaju odredbi o promjenjivoj kamatnoj stopi i skrenuti mu pozornost na parametre o kojima ovisi kamatna stopa u budućem razdoblju trajanja kredita, a što one međutim, nisu na valjani način činile u spornom razdoblju, zadovoljivši se nedorečenim i nerazumljivim formulacijama o promjenjivoj kamatnoj stopi iz unaprijed formuliranog standardnog ugovora, koja je kao takva potrošačima ostala potpuno nerazumljiva. Zaključno se ističe da su takvo nezakonito postupanje tužene banke kasnije otklonile nakon što je odredbom članka 11a. Zakona o potrošačkom kreditiranju (NN 75/09 i 112/12) i formalno propisano što sve treba sadržavati ugovorna odredba ako je ugovorena promjenjiva kamatna stopa, no da su odredbe o ugovornoj kamati u ugovorima o kreditu sklapani kod tuženih banaka u utuženom razdoblju, osim u dijelu kojim je visina kamatne stope određena na dan sklapanja ugovora o kreditu, bile nepoštene, a uslijed toga i ništete u smislu Zakona o zaštiti potrošača, kako su to pravilno ocijenili i nižestupanjski sudovi.

Za napomenuti je da stav Vrhovnog suda Republike Hrvatske izražen u odluci broj: Revt 249/14-2 od 9. travnja 2015., koji se svodi na to da su ugovorne odredbe banaka o promjenjivoj kamatnoj stopi u ugovorima bile nerazumljive i nepoštene, a stoga u smislu Zakona o zaštiti potrošača i ništete, nije od utjecaja na primjenu materijalnog prava za prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju, u prekršajnim postupcima koji se vode povodom optužnih prijedloga korisnika kredita protiv banaka. To stoga što bitno obilježje konkretnog prekršaja nije vezano uz kvalitetu ugovornih odredbi o promjenjivoj kamatnoj stopi (nerazumljivost, odnosno nepoštenost odredbi ugovora o kreditu) iako to oštećenici u prvostupanjskim postupcima ističu, pozivajući se na povrede Zakona o obveznim odnosima. Međutim, ni kod odlučivanja o žalbi oštećenika kao tužitelja Vijeće za financijske prekršaje Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske ne upušta se u ocjenu žalbenih navoda vezanih uz kršenje odredbi Zakona o obveznim odnosima, obzirom da to ne spada u nadležnost Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske.

Za primjenu Zakona o potrošačkom kreditiranju značajna je i Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 87/102/EEZ.²¹

Navedena Direktiva u potpunosti je prenesena u Zakon o potrošačkom kreditiranju, kako to proizlazi iz pisanog očitovanja Sektora za Europsko pravo, Ministarstva vanjskih i europskih poslova Predsjedniku i članovima Suda Europske unije od 4. veljače 2016. godine, u predmetima C-511/15 i C-512/15 koji se vodio pred Sudom Europske unije povodom zahtjeva za prethodnu odluku koju je Prekršajni sud u Bjelovaru podnio tom sudu.

Vezano uz navedenu Direktivu potrebno je istaknuti da iako je već iz Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 75/09) vidljivo da su u Zakon unesene odredbe iz Direktive 2008/48/EZ, tek u odredbi članka 1a. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju („Narodne novine“ broj: 112/12) navedeno je da taj Zakon sadrži odredbe koje su u skladu s Direktivom 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 87/102/EEZ.

Tako Zakon o potrošačkom kreditiranju iz 2009. primjerice u članku 10. stavka 2. propisuje što ugovor o kreditu mora sadržavati, prenoseći na taj način u nacionalni zakon u cijelosti odredbu članka 10. stavka 2. Direktive 2008/48/EZ. Odredbom članka 11. navedene Direktive propisano je da se prema potrebi, potrošača obavještava o svim promjenama kamatne stope, na papiru ili nekom drugom trajnom mediju, prije nego što te promjene stupe na snagu.

Međutim, neka pitanja u Zakonu o potrošačkom kreditiranju uređena su na drugačiji način nego što je to uređeno predmetnom Direktivom. Tako se iz odredbe članka 2. Direktive 2008/48/EZ koja uređuje područje primjene, može uočiti da se ta Direktiva ne odnosi na ugovore o kreditu osigurane hipotekom ili nekim drugim sličnim instrumentom osiguranja koji se obično upotrebljava u dotičnoj državi članici za nepokretnu

²¹ Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 87/102/EEZ, objavljena je u Službenom listu Europske unije broj: L 133 od 22. svibnja 2008.

imovinu ili osigurane pravom u vezi s tom nepokretnom imovinom (članak 2. točka 2a.). Isto tako odredbom članka 30. Direktive 2008/48/EZ izričito je propisano da se navedena Direktiva ne primjenjuje na ugovore o kreditu koji već postoje na dan stupanja na snagu nacionalnih provedbenih mjera.

Imajući u vidu propisana isključenja od primjene predmetne Direktive, a rukovodeći se pravilom da direktive EZ, kao izvor europskog prava, obvezuje države članice neovisno o tome da li su implementirane u nacionalni zakon i neovisno o tome da li su implementirane na pravilan način, Prekršajni sud u Bjelovaru pod brojem 6.Pp G-275/14 od 22. srpnja 2015. podnio je Sudu Europske unije zahtjev za pokretanje prethodnog postupka²², fokusirajući se na pitanje da li se prekršajna odredba članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju može tumačiti prema odredbi članka 23. Direktive 2008/48/EZ vezano uz odredbu članka 30. Direktive 2008/48/EZ, odnosno da li se sankcija za kršenje odredbi nacionalnog zakonodavstva donesena na temelju predmetne Direktive može primjenjivati na eventualne povrede koje se odnose na ugovore o kreditu koji već postoje na dan stupanja na snagu nacionalnih provedbenih propisa. Uz to postavljeno je pitanje da li je primjena Zakona o potrošačkom kreditiranju sukladna pravu Unije, naročito odredbi članka 30. Direktive 2008/48/EZ, obzirom da se radi o kršenju ugovora o kreditu koji je sklopljen prije stupanja na snagu nacionalnog zakona kojim je implementirana navedena Direktiva u nacionalno zakonodavstvo.

Odredbom članka 23. Direktive 2008/48/EZ propisano je da države članice utvrđuju pravila o sankcijama koje se primjenjuju na povrede nacionalnih odredaba koje se donose na temelju ove Direktive i poduzimaju sve mjere potrebne za osiguravanje njihove provedbe. Predviđene sankcije moraju biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće.

Za primijetiti je da tom prilikom Sudu Europske unije nije postavljeno pitanje vezano uz hipotekarne kredite, na koje se prema izričitoj odredbi članka 2. točke 2a. Direktive, ista ne primjenjuje.

No iako to u kontekstu navedenog može izgledati kao značajan propust Prekršajnog suda u Bjelovaru, vidjet ćemo da i postavljanjem pitanja Sudu Europske unije vezano uz odredbu članka 2. točke 2a. Direktive 2008/48/EZ, odluka Suda Europske unije ne bi bila bitno drugačija, od ove koja je u tom predmetu donesena.

Naime, na traženje Suda Europske unije, u navedenom predmetu očitovao se Sektor za Europsko pravo, Ministarstva vanjskih i europskih poslova, navodeći da su sporne nacionalne odredbe članka 11a. Zakona o potrošačkom kreditiranju upravo odredbe koje uređuju pitanje koje nije uređeno Direktivom 2008/48/EZ i koje nije predmetom usklađivanja, obzirom da propisivanje kriterija promjenjivosti kamatne stope u obliku točno određenih parametara nije obuhvaćeno odredbama te Direktive, te da se radi o pitanju čije se detaljnije uređenje prepustilo državama članicama, kako bi odabrale rješenja koja im najviše odgovaraju. Navedeno je stoga da je nacionalnom zakonodavstvu ostavljeno da u okviru nacionalnih propisa uredi promjenjivu kamatnu stopu, uz uvjet da se u konačnici postigne svrha Direktive, odnosno vezano uz kamatnu stopu, a to je da se potrošaču pruže sve informacije o istoj, neovisno da li je riječ o fiksnoj ili varijabilnoj kamatnoj stopi, te informacije o tome što može utjecati na promjenjivost kamatne stope. Iznoseći svoje stavove Ministarstvo vanjskih i europskih poslova pozvalo se na presudu SC Volksbank Romania C-602/10, (ECLI:EU:C:2012:443, t. 65. i 67.)²³

Sud Europske unije dana 12. listopada 2016. u spojenim predmetima C-511/15 i C-512/15, Horžić i Pušić protiv Privredne banke Zagreb d.d. i Bože Prke, svojim rješenjem²⁴, očito uvaživši iznesene stavove Mini-

²² Preporuke nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka objavljene su u Službenom listu Europske unije broj: C 439 od 25. studenog 2016.

²³ U presudi od 22. srpnja 2012. „SC Volksbank Romania C-602/10, (ECLI:EU:C:2012:443) Sud Europske unije navodi da nacionalni zakonodavac može u nacionalnom propisu kojim se prenosi Direktiva 2008/48 definirati vremensku primjenu na način da se primjenjuje na ugovore o kreditu koji su isključeni iz materijalnog područja primjene Direktive 2008/48 i koji su već postojali na dan stupanja na snagu te nacionalne provedbene mjere, odnosno da se članak 30. stavka 1. Direktive 2008/48 ne protivi takom rješenju (točka 54). U točki 40. predmetne presude navedeno je da se usklađivanje predviđeno Direktivom 2008/48 ne protivi tome da države članice ugovore koji ne ulaze u područje primjene Direktive 2008/48, odnosno u ovom slučaju hipotekarne stambene kredite, uključi u područje primjene nacionalne mjere prijenosa Direktive 2008/48.

²⁴ U točki 29. rješenja od 12. listopada 2016. u spojenim predmetima C-511/15 i C-512/15 Sud Europske unije naveo je da države članice mogu u skladu s pravom Unije, kako to proizlazi iz uvodne izjave 10. Direktive, primijeniti njezine odredbe na područja koja nisu obuhvaćena njezinim područjem primjene, pa tako zaključuje u točki 31. da je na državama članicama da mogu direktivu proširiti i na ugovore o kreditu koji ne spadaju u jedno od područja za koje je zakonodavac Unije namjeravao utvrditi usklađene odredbe. U točki 32. navedeno je da države članice mogu u svoje nacionalne propise kojim prenose Direktivu uvrstiti i mjeru koja

starstva vanjskih i europskih poslova i postupivši u skladu s dosadašnjom sudskom praksom izraženom u predmetu SC Volksbank Romania C-602/10 od 22. srpnja 2012., odlučio je da članak 23. i članak 30. stavka 1. Direktive 2008/48/EZ treba tumačiti na način da im nisu protivne nacionalne odredbe kojima se vjerovniku pod prijetnjom prekršajnih sankcija, nameće dužnost poštivanja obveza u pogledu promjenjive kamatne stope u vezi s ugovorima o kreditu koji postoje na dan stupanja na snagu tih odredbi jer ti ugovori o kreditu ne potpadaju pod materijalno područje primjene navedene Direktive, a ni te obveze ne predstavljaju njezinu provedbu.

10. JOŠ NEKA RAZMIŠLJANJA O PREKRŠAJNOJ ODGOVORNOSTI BANAKA ZA PREDMETNI PREKRŠAJ

Za istaknuti je da je u smislu Prekršajnog zakona, prekršajna odgovornost osobna odgovornost okrivljenika za izvjesno činjenje ili propuštanje činjenja neke radnje, dok je odredbom članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju propisana sankcija za banku koja ne ugovori s dužnikom parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa, uslijed čega odgovornost banke prestaje biti osobna odgovornost, već naprotiv ista postaje ovisna o volji i postupanju neke druge osobe, konkretno dužnika, kao druge ugovorne strane u ugovoru o kreditu. Navedeno proizlazi iz same prirode dvostrano pravnih ugovora, kakav je i ugovor o kreditu u smislu Zakona o obveznim odnosima.

S tim povezano potrebno je naglasiti da su potpisnici ugovora o kreditu, a naročito stambenih kredita, ne samo banka i dužnik, već se na strani dužnika pojavljuju i sudužnici, te jamci. Gledano u praksi, gotovo svaki građanin ima jedan ili više kredita u jednoj ili više različitih banaka, pa je stoga lako stvoriti sliku koliko bi građani morali svojeg vremena provesti u bankama, kad bi se kod svake promjene kamatne stope, pa čak i kod njezinog smanjenja, trebao potpisivati aneks ugovora.

Uz to gotovo je nemoguće da banka uspije doći nakon toliko godina do svih tih osoba vezanih uz isti kreditni odnos, obzirom da aneks ugovora o kreditu obvezuje sve sudionike ugovora, odnosno aneks ugovora o kreditu koji ne bi bio potpisan i po sudužniku i jamcima, ne bi prema njima proizvodio pravni učinak, ukoliko bi došlo do ovrhe na njihovoj imovini, ukoliko bi dužnik prestao plaćati rate kredita. Naime, kako se najvećim dijelom radi o kreditima iz 2005., 2006., 2007., 2008. i 2009. godine, mnogi dužnici, sudužnici i jamci su promijenili adrese stanovanja, neki možda i odselili iz Republike Hrvatske, a neki i preminuli, pa je stoga nerealno očekivati da banka može sve njih ponovno okupiti kako bi potpisali aneks ugovora o kreditu. Stoga kad je zakonodavac propisao sankciju za banku ukoliko ne ugovori s dužnikom parametar, fiksni dio kamatne stope i razdoblja promjene kamatnih stopa, nije imao u vidu da u većini kreditnih odnosa na strani dužnika ima više osoba, pa je stoga upitno kakav značaj bi imao takav aneks ugovora o kreditu koji bi bio sklopljen samo s dužnikom, obzirom da i sudužnik i jamci odgovaraju svojom imovinom za nepodmirene obveze dužnika prema banci.

Nadalje, ukoliko bi dužnik ili bilo koja osoba unutar kreditnog odnosa koja je potpisala ugovor o kreditu na strani dužnika, odbila potpisati aneks ugovora, opstojnost i samog ugovora o kreditu postala bi upitna, te bi se ugovor o kreditu mogao raskinuti, temeljem čega bi korisnik kredita bio u obvezi vratiti banci cjelokupni preostali dio kredita. Imajući u vidu takve potencijalne mogućnosti, pravno je nemoguće da banka snosi prekršajnu odgovornost i bude kažnjena u situaciji kad dužnik ne želi potpisati aneks ugovora o kreditu, jer smatra da mu kao parametar ne odgovara npr. LIBOR kojeg banka prema Općim uvjetima poslovanja koristi u kreditima vezanim uz CHF, već bi dužnik htio za određivanje kamatne stope u ugovoru o kreditu vezanim uz CHF kao parametar EURIBOR, koji se u pravilu koristi za kredite u EUR.

U takvim situacijama, naravno u slučajevima kad se utvrdi da banka nije po odredbama Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2012. godine definirala parametre, njihove uzročno posljedične veze i razdoblja promjene kamatnih stopa i o tome obavijestila dužnika, Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske smatra da bi banka otklonila svoju prekršajnu odgovornost za prekršaj iz članka 26. stavka

predviđa da se navedeni propisi primjenjuju i na ugovore koji postoje na dan njezina stupanja na snagu, a stoga da država članica može propisati sankcije u svojem nacionalnom zakonu koje se odnose na postojeće ugovore o kreditu koji ne potpadaju pod materijalno područje primjene Direktive 2008/48 (točka 33.)

1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju time što je pozvala dužnika na sklapanje aneksa ugovora o kreditu. Činjenica da se dužnik npr. oglasio na poziv banke radi potpisivanja aneksa ugovora, odnosno činjenica da dužnik nije htio potpisati aneks ugovora o kreditu, ne smije se cijeliti na štetu okrivljenika. To stoga što je sklapanje ugovora o kreditu, kao i sklapanje aneksa takvog ugovora dvostrani pravni posao za čije sklapanje je potrebna volja obje ugovorne strane, pa ukoliko nema volje dužnika da potpiše aneks ugovora o kreditu, zbog same te činjenice banka ne može snositi prekršajnu odgovornost za prekršaj iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. Zakona o potrošačkom kreditiranju. Takav zaključak proizlazi iz članka 4. Prekršajnog zakona kojim je propisano da nitko ne može biti kažnjen niti se prema njemu može primijeniti druga prekršajna pravna sankcija, ako nije kriv za počinjeni prekršaj.

Uz to, potrebno je istaknuti da oštećenici kao tužitelji traže da se banke kazne maksimalnim novčanim kaznama propisanim za ovakvu vrstu prekršaja, no svrha vođenja prekršajnog postupka i kažnjavanja okrivljenika nikako nije, primarno gledano, punjenje državnog proračuna, već sankcija mora biti takva da se istom u prvom redu postiže svrha specijalne i generalne prevencije, odnosno da utječe na okrivljenika da ubuduće ne čini takve i slične prekršaje, a ujedno da se i drugi klone činjenja takvih i sličnih prekršaja.²⁵

11. ZAKLJUČAK

Iz svega naprijed navedenog vidljivo je da loše sročena zakonska odredba uvijek, pa tako i u konkretnom slučaju, iscrpljuje u tumačenjima, kako institucije koje provode nadzor nad njezinom primjenom, tako i pravosudna tijela koja moraju pravilno primijeniti tu normu. Na taj način otvara se i mogućnost različitih pristupa tumačenju norme, uslijed čega dolazi u pitanje pravna sigurnost građana pred sudom, a što je nužno spriječiti ujednačavanjem sudske prakse. Ugovore o kreditu koji su predmetom konkretnih prekršajnih postupaka treba prvenstveno gledati kao dvostrano pravne poslove, na čije sklapanje korisnici kredita nisu bili prisiljeni, već je sklapanje tih ugovora bio odraz njihove slobodne volje. Potpisivanjem ugovora o kreditu preuzeli su obveze koje proizlaze iz kreditnog odnosa, uključujući i rizik koji je sastavni dio svakog kreditnog odnosa, a da li su pojedine odredbe ugovora o kreditu, a naročito one vezane uz povećanje tečaja strane valute ili pak uz enormno povećanje kamatne stope, rezultat nepoštenog postupanja banaka, Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske nije nadležan odlučivati, obzirom da je za takvo utvrđenje mjerodavan Zakon o obveznim odnosima, čija primjena nije u nadležnosti Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske. Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske, kao žalbeni sud usmjerit će svoju pažnju na pravilnu primjenu materijalnog prava u postupcima pokrenutim za prekršaje iz članka 26. stavka 1. podstavka 28. i stavka 2. Zakona o potrošačkom kreditiranju, rukovodeći se isključivo načelom zakonitosti, s jasnom porukom da kako je suđenje u ovim predmetima od velikog značaja, naročito zbog javnog interesa, potrebno se maksimalno izolirati od svakog oblika utjecaja na suđenje, koje se događa najčešće putem medija, te se rukovoditi, kao i uvijek, jedino zakonom prilikom donošenja odluka u ovim predmetima.

²⁵ Člankom 6. Prekršajnog zakona propisano je da je opća svrha propisivanja i izricanja ili primjene svih prekršajno pravnih sankcija da svi građani poštuju pravni sustav i da nitko ne počinji prekršaj, te da se počinitelji prekršaja ubuduće tako ponašaju.

Člankom 32. Prekršajnog zakona propisano je da je svrha kažnjavanja da se, uvažavajući opću svrhu prekršajno pravnih sankcija, izrazi društveni prijekor zbog počinjenog prekršaja, utječe na počinitelja i sve ostale da ubuduće ne čine prekršaje, a primjenom propisanih kazni utječe na svijest građana o povredi javnog poretka, društvene discipline i drugih društvenih vrijednosti, te pravednosti kažnjavanja njihovih počinitelja.

