

HRVATSKI LJETOPIS ZA KAZNENE ZNANOSTI | PRAKSU

VOL. 28 - BROJ 1/2021.



hljkzp.pravo.unizg.hr

HRVATSKO UDRUŽENJE ZA KAZNENE ZNANOSTI I PRAKSU
CONSOCIATIO CROATICA STUDIORUM PRAXISQUE CRIMINALIUM
CROATIAN ASSOCIATION OF CRIMINAL SCIENCES AND PRACTICE

HRVATSKI LJETOPIS ZA KAZNE NE ZNANOSTI I PRAKSU
CROATIAN ANNUAL OF CRIMINAL SCIENCES AND PRACTICE

hljkzp.pravo.unizg.hr

Vol. 28 - br. 1 (2021) Zagreb, str. 1-209

Polugodišnjak / Semiannually

Nakladnik / Publisher

*Hrvatsko udruženje za kaznene
znanosti i praksu*

*Croatian Association of Criminal
Sciences and Practice*

Uredništvo / Editorial board

*Marin Bonačić (Pravni fakultet u Zagrebu), Ivo Josipović (Pravni fakultet u Zagrebu),
Irma Kovčo Vukadin (Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet u Zagrebu), Anita Kurtović Mišić
(Pravni fakultet u Splitu), Vladimir Ljubanović (Pravni fakultet u Osijeku), Maja Munivrana
Vajda (Pravni fakultet u Zagrebu), Petar Novoselec (Pravni fakultet u Zagrebu),
Marissabell Škorić (Pravni fakultet u Rijeci)*

Međunarodno uredništvo / International editorial board

*Mirjan R. Damaška (Pravni fakultet Sveučilišta Yale, New Haven, SAD), Katalin Ligeti
(Fakultet za pravo, ekonomiju i financije Sveučilišta u Luksemburgu), Joseph Marko (Institut
za javno pravo Sveučilišta u Grazu, Austrija), A. M. van Kalmthout (Katoličko sveučilište
Brabant u Tilburgu, Nizozemska), Katja Šugman Stubbs (Pravni fakultet Sveučilišta u Ljubljani,
Slovenija), John A. E. Vervaele (Pravni fakultet Sveučilišta u Utrechtu, Nizozemska)*

Glavna i odgovorna urednica / Editor in Chief

Zlata Đurđević

Izvršna urednica / Executive Editor

Elizabeta Ivičević Karas

Lektor / Proofreading

Petar Vuković

Lektor za engleski jezik / Proofreading for English language

Mark Davies

Likovno rješenje / Cover Design

Mihajlo Arsovski

Adresa uredništva / Address of the Editorial Board

*Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, Pravni fakultet u Zagrebu,
Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, Hrvatska, tel. (01) 4564-317, faks (01) 4564-381*

*Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu indeksiran je
u međunarodnim bibliografskim bazama podataka:
HeinOnline (od 2017.); Criminal Justice Abstracts with Full Text - EBSCO (od 2013.);
ProQuest Criminal Justice Database (od 2009.); ProQuest Social Sciences
Premium Collection (od 2009.)*

Kompjutorski slog i tisak / Layout & Print

Sveučilišna tiskara d.o.o., Trg Republike Hrvatske 14, Zagreb

HRVATSKI LJETOPIS ZA KAZNENE ZNANOSTI I PRAKSU CROATIAN ANNUAL OF CRIMINAL SCIENCES AND PRACTICE

SADRŽAJ

Uvodna riječ

Z. ĐURĐEVIĆ: Crtica o slobodi izražavanja sutkinja i sudaca

ČLANCI

M. CARIĆ, M. PLEIĆ, I. RADIĆ: Primjena maloljetničkog prava u kaznenom postupku prema mlađim punoljetnicima 3

M. GORETA: Budućnost forenzičke psihijatrije 39

N. ALJINOVIĆ: Pravna priroda mjera za prevenciju i sankcioniranje kažnjivih ponašanja u neposrednoj korelaciji s COVID-19 61

D. JAVORIĆ BARIĆ: Nevladine organizacije i pojam *actio popularis* pred Europskim sudom za ljudska prava 93

A. LUKAČ: Zakonitost dokaza u bosanskohercegovačkom i poredbenom pravu 117

IZ PRAVNE POVIJESTI

I. JARAMAZ RESKUŠIĆ, I. MILOTIĆ: *Crimina* protiv spolnog morala u vrsarskoj pravnoj zbirci kanonska narav i rimski uzori (Kanonska pravila kao izvor statutarne prava) 153

SUDSKA PRAKSA

P. NOVOSELEC 183

CONTENTS

Foreword

Z. ĐURĐEVIĆ: On the Freedom of Expression of Judges

ARTICLES

M. CARIĆ, M. PLEIĆ, I. RADIĆ: Application of Juvenile Law in Criminal Proceedings Against Young Adults

M. GORETA: The Future of Forensic Psychiatry

N. ALJINOVIĆ: The Legal Nature of Measures for the Prevention and Sanctioning of Criminal Behaviour in Direct Correlation With COVID-19

D. JAVORIĆ BARIĆ: Non-Governmental Organisations and the Concept of *Actio Popularis* before the European Court of Human Rights

A. LUKAČ: Legality of Evidence in Comparative Law and the Law of Bosnia and Herzegovina

FROM LEGAL HISTORY

I. JARAMAZ RESKUŠIĆ, I. MILOTIĆ: *Crimina* Against Sexual Morality in the Legal Compilation of Vrsar: Their Nature in Canon Law and Roman Foundations (Canon Rules as a Source of Statutory Law)

COURT CHRONICLE

P. NOVOSELEC

PRIKAZI

Z. ĐURĐEVIĆ: Mirjan Damaška, Dokaz krivnje: od rimsko-kanonskog do suvremenog prava *191*

A. NOVOKMET: XXXIII. redovito savjetovanje: Razmjena znanja, iskustva i ideja kaznenopravne znanosti i kaznenog pravosuđa u uvjetima "novog normalnog" *199*

REVIEWS

Z. ĐURĐEVIĆ: M. DAMAŠKA - Discussion of the Book "Proof of Guilt: From Roman-Canon Law to Contemporary Law"

A. NOVOKMET: The 33rd Annual Conference of the Croatian Association of Criminal Sciences and Practice: Exchange of Knowledge, Experience and Ideas of Criminal Science and Criminal Justice in Conditions of the "New Normal"

Uvodna riječ: Crtica o slobodi izražavanja sutkinja i sudaca

Poštovano čitateljstvo,

Nastojanje praćenja aktualnih kaznenopravnih pitanja na međunarodnom, kao i na domaćem planu kao teme uvodnika Ljetopisa u ovoj godini nameće dvije ključne političke slobode koje su ugrađene u popis individualnih prava, ali i u temelje demokratskih poredaka. To su sloboda izražavanja sudaca, kojoj će biti posvećen ovaj uvodnik, te njezina sestrinska sloboda, sloboda udruživanja sudaca, koja će biti tema sljedećeg broja Ljetopisa. Odnos slobode izražavanja i sudstva već je više od desetljeća u fokusu hrvatske stručne i opće javnosti, primarno zbog kontinuiranih presuda Europskog suda za ljudska prava o hrvatskim sudskim odlukama o ograničenju slobode izražavanja radi zaštite časti i ugleda ili zaštite očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti. Sjetimo se da je zbog kritiziranja sudaca, u presudama *Žugić* i *Kovač* iz 2011. potvrđena suglasnost izrečene kazne sa Konvencijom, dok je u druga dva predmeta, *Rado-buljac* iz 2016. i *Narodni list d. d.* iz 2018., utvrđena povreda čl. 10 Konvencije zbog kažnjavanja prvo odvjetnika, a zatim i medija. Međutim u Europi je već duže vremena promijenjen rakurs analize teme slobode izražavanja i sudstva. Umjesto kao agenti države zbog čijih odluka države odgovaraju za povredu slobode izražavanja te kao zaštitni objekti zbog čijeg je autoriteta i neovisnosti dopušteno ograničavati slobodu izražavanja, suci i sutkinje pojavili su se kao subjekti slobode izražavanja. Iz državnih tijela koja ograničavaju ili zbog kojih se ograničava sloboda izražavanja prometnuli su se u njezine nositelje, pojedince koji je koriste i traže zaštitu vlastite slobode izražavanja. Poznato je da se to pitanje otvorilo u istočnoeuropskim državama čije je tranzicijsko razdoblje prema demokraciji završilo u krizi vladavine prava i stvaranju autokratskih poredaka, koje su, demontirajući neovisnost pravosuđa, nasrnule i na tu temeljnu političku slobodu. No jednako tako taj se problem pojavio i u “starim“ zapadnim demokracijama Europske unije u okviru rasprave o uvođenju tzv. novog javnog menadžmenta u sudove (*new public management*) s ciljem jačanja njihove učinkovitosti mjerama u kojima je intelektualni sudački posao primjene prava njegovim tumačenjem degradiran visokim sudačkim normama i upravnom kontrolom.¹ Na istoku, kao i za zapadu, došlo je do kritičkih javnih istupa i izražavanja protivljenja sutkinja i sudaca reformama i mjerama izvršne i zakonodavne vlasti, što je potaknulo političare, kao i javnost, da postave pi-

¹ Npr. Max Visser, Roel Schouteten & Josje Dikkers (2019) Controlling the Courts: New Public Management and the Dutch Judiciary, *Justice System Journal*, 40:1, 39-53.

tanje o granicama njihove slobode izražavanja. Europski sud za ljudska prava također je prihvatio nadležnost jer, iako prema čl. 34. Konvencije nije *ratione personae* nadležan za zahtjeve javnih vlasti i pojedinaca koji djeluju u njihovo ime, proglasio je zahtjeve sutkinja i sudaca dopuštenim jer je smatrao da se radi o zahtjevima pojedinaca podnesenim u njihovo vlastito ime, a ne u ime države. U Hrvatskoj je sve donedavno rasprava o toj temi posve izostala ili se vodila pritajeno i bez znanstvenog ili stručnog javnog diskursa, kakav zaslužuje.

Klasična perspektiva rasprave o pravu sutkinja na slobodu izražavanja ima negativni predznak. Suci imaju dužnost šutnje, diskrecije i suzdržavanja u javnim raspravama. Oni su građani na radnom mjestu, zaposlenici države i kao takvi imaju posebne “dužnosti i odgovornosti“ (čl. 10. st. 2.) koje kolidiraju sa slobodom izražavanja. Svi zaposlenici prema svom poslodavcu imaju dužnosti koje ih u pravilu sprječavaju da javno kritiziraju njihov rad, a to je posebno istaknuto kod državnih službenika jer sama priroda državne službe zahtijeva da je državni službenik (*civil servant*) vezan dužnošću lojalnosti i diskrecije (*Matúz v. Mađarska*, 2014, § 34.). Pravilo da, kad god je u pitanju pravo državnih službenika na slobodu izražavanja, ‘dužnosti i odgovornosti’ poprimaju poseban značaj, što opravdava prepuštanje nacionalnim tijelima određene slobode procjene u određivanju je li sporno miješanje proporcionalno legitimnim ciljevima (*Vogt*, 1995, § 53.), Europski je sud primijenio i na suce (npr. *Wille v. Liechtenstein*, 1999, § 70.). Iako sudstvo nije dio redovite državne službe (*Pitkevich v. Rusija*, 2001) i iako se radi o državnim dužnosnicima, a ne o službenicima, ograničenja iz tog razloga nisu slabija, nego upravo suprotno, čl. 6. Europske konvencije zahtijeva jaka ograničenja slobode izražavanja sudaca. Građani imaju pravo na neovisan i nepristran sud te sloboda izražavanja sutkinja ne smije kompromitirati njihovu poziciju objektivnog primjenjivača zakona i jamca pravde. Povjerenje javnosti u nepristranost sudaca utemeljeno je i na ideji da suci zauzimaju vidljivu distancu u odnosu na aktualne političke rasprave, a s obzirom na to da neizbježno odlučuju i u predmetima s političkim značajem, koji često izazivaju kontroverze u javnosti, njihovi javni istupi nikada ne smiju stvoriti u javnosti impresiju da sudac ili sutkinja nisu lojalni pravnom poretku i da nisu neutralni prema strankama pred sudom (Mišljenje Venecijanske komisije, CDL-AD (2015) 018, § 13.). Stoga sutkinje i suci, da bi održali svoju nepristranost, “podliježu dužnosti diskrecije koja im onemogućuje da na kritiku odgovore“ (*Narodni list d. d.*, 2019, § 61.). Suci govore kroz svoje presude i njihova obrazloženja te se radi osiguranja percepcije neovisnosti i nepristranosti za javnost, kao i za stranke u postupku, moraju suzdržati od sudjelovanja u javnoj raspravi, kao i u raspravi na stručnim skupovima o vlastitim tekućim ili budućim predmetima. Viši zahtjevi pravde i časna narav sudačkog zvanja od sudskih vlasti traži najveću moguću diskreciju o predmetima u kojima postupaju, koja ih treba odvratiti od korištenja tiskom čak i kada su isprovocirani (*Olujić*, 2009, § 59.). Nemogućnost sudaca da javno

odgovore na kritiku jedan je od razloga za uspostavljanje “očuvanja autoriteta i nepristranosti pravosuđa“ kao legitimnog cilja za ograničenje slobode izražavanja građana iz čl. 10. st. 2. Konvencije.

Međutim shvaćanje slobode izražavanja sudaca koje korespondira s konvencionalnom koncepcijom o “tradiciji šutnje sudaca“ nije bilo podoban koncept za zaštitu prava sudaca da kritiziraju zakonodavnu i izvršnu vlast, što se učinilo nužnim ponajprije u slučajevima političkih pritisaka na neovisnost pravosuđa koji su se događali u Mađarskoj, Poljskoj i Rusiji. Osim toga rapidne tehnološke promjene sredstava komunikacije postavile su nove izazove, u prvom redu u pogledu korištenja društvenih mreža (npr. *Facebooka*, *Twittera*) od strane sudaca u njihovoj javnoj, kao i privatnoj funkciji. Sucima i sutkinjama ne može biti zabranjeno sudjelovanje na društvenim mrežama i internetskim forumima, ali pri komentiranju i “lajkanju“ moraju paziti da ne naštete autoritetu sudstva i svojoj sudačkoj funkciji. Stoga je došlo i do redefiniranja odnosa slobode izražavanja sutkinja primarno u odnosu na važnost javnog interesa koji je predmet njihova izražavanja te prirodu i opseg kontrole Europskog suda nad ograničenjima koja toj slobodi nameće država.

Pravo na slobodu izražavanja sutkinja i sudaca zaštićeno je brojnim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima (v. Izvješće Posebnog izvjestitelja o neovisnosti sudaca i pravnika, UN, A/HRC/41/48) te je potvrđeno nizom judikata Europskog suda za ljudska prava (npr. *Wille*, *Harabin*, *Kudeshkina*, *Baka*). Na ograničenje slobode izražavanja sudaca primjenjuju se sve pretpostavke iz st. 2. čl. 10. Konvencije, što znači da mora biti zakonito, imati legitiman cilj i biti nužno u demokratskom društvu. Međutim ljestvica zaštite podignuta je 2004. godine u predmetu *Harabin v. Slovačka* kada je Europski sud rekao da, uzevši u obzir posebno rastuću važnost koja se pridaje podjeli vlasti i važnost jamčenja neovisnosti sudstva, bilo koje miješanje u slobodu izražavanja sutkinja zahtijeva pažljivo ispitivanje (*close scrutiny*) od strane Suda. Četiri su elementa koja će Sud uzeti u obzir: a) važnosti sudačke dužnosti, b) sadržaj izjave u pogledu javnog interesa, c) kontekst u kojem je dana, a demokratska kriza ili slom ustavnog reda prirodno se smatraju važnim elementima konkretnog konteksta predmeta, bitnim u određivanju opsega temeljnih sloboda sudaca (Mišljenje Venecijanske komisije, CDL-AD (2015) 018, § 84.), te d) priroda i težina primijenjene sankcije, koja ne smije obeshrabrati druge sutkinje i suce (“*chilling effect*“) da u budućnosti daju kritičke izjave o javnim tijelima ili politikama (*Kudeshkina v. Rusija*, 2009, § 98.).

Srž je slobode izražavanja kao političkog prava javni interes, stoga se kao ključno postavilo pitanje odnose li se izjave sutkinje na pitanja javnog interesa i pretežu li ona nad dužnosti diskrecije sutkinja. Sud je nebrojeno puta rekao da politički govor, pitanja od javnog interesa kao što su primjedbe o funkcioniranju pravosuđa (*Narodni list*, § 60.) i kritika vlade uživaju visoku razinu zaštite od

uplitanja države i stoga domaće vlasti imaju vrlo usko polje slobodne procjene. Javne rasprave o reformama sudstva i upravljanju pravosuđem od fundamentalne su važnosti za demokratsko društvo i uživaju posebnu zaštitu. Iz tog aspekta, čak i ako neko pitanje u javnoj raspravi ima političke implikacije, to samo po sebi nije dovoljno da spriječi sutkinju da se o tome javno izjasni (*Kudeshkina*, § 96., *Wille*, § 67.). Nasuprot tome izražavanje koje bi bilo radnja motivirana osobnom pritužbom ili osobnim antagonizmom ili očekivanjem osobne prednosti, uključujući i novčanu korist, ne bi opravdalo posebno jaku razinu zaštite (*Kudeshkina*, § 95.). U predmetu *Wille v. Lihtenštajn* iz 1999. lihtenštajnski je princ odbio ponovno imenovati predsjednika Vrhovnog suda zbog stajališta koja je izrazio kroz seriju predavanja na znanstvenom institutu o pitanjima ustavnog prava, koja neizbježno imaju političke implikacije. Veliko vijeće Suda je utvrdilo povredu čl. 10. uzevši posebno u obzir da predavanje nije sadržavalo komentare o tekućim predmetima, jaku kritiku osoba ili javnih tijela ili uvrede za visoke dužnosnike ili princa, pa stoga ono nije imalo utjecaja na njegovu dužnost kao predsjednika suda ili drugi tekući ili predstojeći sudski postupak. Nakon presude *Wille* iz 1999. godine Sud je u nizu predmeta koji se tiču stegovnih postupaka, razrješenja ili imenovanja sutkinja i sudaca zaključio da je čl. 10. Konvencije primjenjiv jer su ti postupci bili potaknuti njihovim izjavama i nisu bili povezani s njihovom profesionalnom sposobnosti obavljanja pravosudnih funkcija ili nedoličnim ponašanjem (*Kudeshkina*, § 96., *Bako*, § 156.).

Daljnje širenje slobode izražavanja sudaca u političkom prostoru dogodilo se u predmetu *Baka v. Mađarska* iz 2016. (*key case*), koji je nadležno sudsko vijeće Europskog suda, uvidjevši da se radi o pitanju koje ima potencijal promijeniti postojeće tumačenje Konvencije i dovesti do rezultata nespojivog s prijašnjom sudskom praksom, prepustilo Velikom vijeću. U predmetu *Baka* predsjednik Vrhovnog suda Mađarske i Nacionalnog vijeća pravde javno je izražavao svoje stajalište o različitim zakonodavnim reformama sudstva i nacrtu Zakona kojim se poništavaju pravomoćne presude, održao je kritički govor u parlamentu o izmjeni Ustava Mađarske te je s drugim predsjednicima sudova poslao pismo predsjedniku i premijeru u kojem je snažno kritizirao ustavne amandmane o smanjenju dobi za umirovljenje sudaca riječima kao što su pretjerano, neustavno te nekontrolabilne ovlasti. Nakon toga u hitnom je postupku donesen zakon koji ne priznaje u sudački staž obavljanje rada na međunarodnim sudovima, čime je *Baka* izgubio uvjete da se javi za predsjednika Vrhovnog suda, što je dovelo od njegove smjene s dužnosti tri godine prije isteka mandata. Europski je sud utvrdio da postoje *prima facie* dokazi veze između korištenja prava na slobodu izražavanja predsjednika Vrhovnog suda i preranog završetka njegova mandata te je teret dokazivanja u postupku prebacio na državu (§ 148.–149). Mađarska nije uspjela dokazati da su zakonodavne izmjene vezane za funkcioniranje Vrhovnog suda i zadaća njegova predsjednika trebali dovesti do prijevremenog

prestanaka mandata suca Baka, pa prijevremeni prestanak mandata predsjednika Vrhovnog suda potaknut stavovima i kritikama koje je javno iznio predstavlja miješanje u ostvarivanje njegova prava na slobodu izražavanja (§ 150.–152.). Nadalje, ispitujući sukladnost miješanja s čl. 10. st. 2., utvrdio je da ograničenje nije imalo legitiman cilj jer se nije radilo o slučaju profesionalne nestručnosti ili nedoličnog ponašanja (§ 156.). Jedna od ključnih sentenca presude je da se radi o izjavama danim u profesionalnom svojstvu predsjednika Vrhovnog suda, što nije samo njegovo individualno pravo, nego on ima dužnost izraziti svoje mišljenje o zakonodavnim reformama koje bi mogle utjecati na pravosuđe i njegovu neovisnost (§ 168.). Stoga kada sutkinje i suci govore o pitanjima od javnog interesa, iz strogo profesionalne perspektive, njihova sloboda izražavanja uživa visok stupanj zaštite, strogu kontrolu svakog uplitanja i usko polje slobodne procjene domaćih vlasti. U presudi *Kövesi v. Rumunjska* iz svibnja 2020. sve navedeno Sud je primijenio na položaj glavne državne odvjetnice i iz istih je razloga utvrdio povredu slobode izražavanja tadašnje rumunjske glavne tužiteljice Državne uprave za borbu protiv korupcije, a sada prve glavne europske javne tužiteljice Laure Kövesi. U listopadu 2020. Europski je sud utvrdio da je Bugarska povrijedila slobodu izražavanja sutkinje Todorove, predsjednice Bugarske unije sudaca, vodeći stegovni postupak i izričući novčanu kaznu i razrješenje nakon što je javno kritizirala rad Vrhovnog sudskog vijeća, osobito u pogledu imenovanja predsjednika sudova te politike vlade prema sudstvu. Njezina pozicija predsjednice najznačajnijeg udruženja sudaca u Bugarskoj vodi nas prema temi sljedećeg uvodnika, slobodi sutkinja i sudaca na udruživanje.

----- o -----

Ljetopis koji je pred vama donosi nam šest raznovrsnih radova o aktualnim kaznenopravnim pitanjima iz maloljetničkog, psihijatrijskog, preventivnog, europskog i poredbenog područja te iz pravne povijesti. Autorice *Carić, Pleić i Radić* napisale su znanstveni rad iz maloljetničkog kaznenog prava utemeljen na teorijskoj, poredbenoj i normativnoj analizi, ali i izvornom znanstvenom istraživanju sudske prakse. Rad popunjava veliku prazninu koja postoji u stručnoj i znanstvenoj literaturi o maloljetničkom kaznenom pravu u odnosu na položaj mlađih punoljetnika obrađujući ga sveobuhvatno iz materijalnog, procesnog i izvršnog kaznenopravnog aspekta te potičući na daljnju analizu otvorenih pitanja. U interdisciplinarnom radu o budućnosti forenzičke psihijatrije jedan od njezinih bardova *Miroslav Goreta* predstavlja nam goruće probleme na koje upućuje aktualna svjetska forenzička psihijatrija, koji se odnose na granice među forenzičkopsihijatrijskim područjima, ubrojjivost, opasnost, sigurnosne mjere i njihovo izvršavanje, klasifikacijske sustave mentalnih poremećaja i dr. te nudi kreativna, znanstveno utemeljena rješenja projicirajući budućnost. Rad otkriva

da se radi o vrsnom znanstveniku s iznimnim osobnim iskustvom u forenzičkoj psihijatriji, koji prati svjetsku forenzičkopsihijatrijsku misao i sudjeluje u njoj. Kaznenopravni aspekt gorućeg pravno-političkog pitanja u postpandemijskoj Hrvatskoj o pravnoj prirodi i postupku za određivanje protuepidemioloških mjera obrađen je u radu *Aljinović*. Autorica je obradila široku problematiku mjera za prevenciju i sankcioniranje kažnjivih ponašanja u vezi s covidom-19, uključujući kaznenu i prekršajnu odgovornost, ustavnopravni i konvencijski aspekt te poredbenu perspektivu, pa rad predstavlja značajan doprinos javnoj diskusiji o tim pitanjima. Rad autora *Javorića Barića* iz područja europskog procesnog prava uredništvo Ljetopisa odlučilo je objaviti procijenivši da se u njemu obrađuju pitanja koja doprinose vladavini prava, zaštiti ljudskih prava, osobito najranjivijih skupina, te stoga može biti od interesa kaznenopravnih stručnjaka. Pitanje *locus standi* nevladinih organizacija bez statusa žrtve pred Europskim sudom za ljudska, koje je riješeno još 2014. godine u ključnoj presudi *Valentin Campeanu v. Rumunjska*, nije do sada obrađeno u našoj znanstvenoj literaturi, pa je i to bio dodatan razlog za objavu tog vrijednog preglednog rada. Iz poredbenog prava donosimo rad *Alena Lukača* o zakonitosti dokaza u Bosni i Hercegovini, što je jedno od najvažnijih pitanja kaznenog procesnog prava uopće. U njemu se, uz poredbenopravni pregled sustava za ocjenu zakonitosti dokaza i judikature ESLJP-a, elaborira normativno uređenje u BiH, kao i rezultati provedenog istraživanja sudske prakse, te se daju prijedlozi za njegovo poboljšanje. Posebno nam je zadovoljstvo što smo rubriku iz pravne povijesti popunili u ovom broju izvrsnim radom autora *Jaramaz Reskušić* i *Milotić* o malo poznatoj Vrsarskoj pravnoj zbirci, jedinom statutarnom izvoru s područja istočne obale Jadrana. Autori se bave kaznenopravnim odredbama zbirke, osobito inkriminacijama koje vrijeđaju temeljne i univerzalne vrijednosti kršćanstva i kršćanskog morala koje ugrožavaju postojeće uređenje (*crimen laesio maiestatis*) te protiv spolnog morala. Istraživanja autora rezultirala su temeljitim, iscrpnim i inspirativnim radom, koji predstavlja vrijedan doprinos proučavanju do sada zaobiđenih izvora hrvatskog pravnog srednovjekovlja. Uz prikaz knjige profesora Mirjana Damaške “Dokaz krivnje: od rimsko-kanonskog do suvremenog prava“ časopis sadrži i dva komentara sudske prakse, koje kontinuirano objavljuje naš stalni suradnik profesor emeritus *Petar Novoselec*, na čemu mu uredništvo posebno zahvaljuje.

Glavna urednica

Prof. dr. sc. Zlata Đurđević

ČLANCI

Dr. sc. Marina Carić*
Dr. sc. Marija Pleić**
Dr. sc. Ivana Radić***

PRIMJENA MALOLJETNIČKOG PRAVA U KAZNENOM POSTUPKU PREMA MLAĐIM PUNOLJETNICIMA

Recentna znanstvena istraživanja pokazuju kako se proces sazrijevanja ličnosti mlade osobe u modernom društvu sve više produljuje i završava tek negdje oko sredine 20-ih godina života. Taj proces nije jednoličan te je zato teško jednoznačno odrediti formalnu dobnu granicu kaznenopravne odgovornosti u kronološkoj dobi. Upravo zato moderna kaznena zakonodavstva poznaju kategoriju mlađih punoljetnika kao jednu vrstu prijelaza iz maloljetničkog u opće kazneno zakonodavstvo, koja obuhvaća u pravilu osobe od navršениh 18 do navršene 21 godine života. Pravni položaj mlađih punoljetnika u Hrvatskoj reguliran je odredbama Zakona o sudovima za mladež. Opće je pravilo da prema mlađim punoljetnicima vrijede odredbe općeg kaznenog zakonodavstva, a pod uvjetima iz čl. 105. ZSM-a i pojedine odredbe maloljetničkog kaznenog zakonodavstva. U radu se analizira materijalnopravni i procesnopravni položaj mlađih punoljetnika u hrvatskom zakonodavstvu, a zatim daje prikaz poredbenopravnih rješenja nekih europskih zakonodavstava. U drugom dijelu rada prikazani su podaci o primjeni maloljetničkog prava u sudskoj praksi. Cilj je rada utvrditi na koji se način u praksi primjenjuju odredbe čl. 105. st. 1. ZSM-a, odnosno u kojoj se mjeri koriste mogućnosti predviđene ZSM-om u kaznenom postupku prema mlađim punoljetnicima. Iznose se zaključci o mogućnostima šire primjene maloljetničkog prava u domaćoj sudskoj praksi, ali ipak ne preširoke primjene, koja bi zamaglila granice maloljetništva i mlađeg punoljetništva, te se iznose neka rješenja de lege ferenda.

* Dr. sc. Marina Carić, docentica na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

** Dr. sc. Marija Pleić, docentica na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

*** Dr. sc. Ivana Radić, poslijedoktorandica na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

Ključne riječi: kazneni postupak, mlađi punoljetnici, maloljetničke sankcije, Zakon o sudovima za mladež

1. UVOD

Adolescencija kao razdoblje prelaska iz djetinjstva u odraslu dob, uz izražene tjelesne, psihičke, intelektualne, društvene i osjećajno-spolne promjene,¹ odražava se i u pravnom položaju osobe koja u toj životnoj fazi počini kazneno djelo. To razdoblje nije jednoznačno određeno, ali obično se smatra kako počinje oko 9.-10. godine života, a završava oko 22.-24. godine, s tim da je razdoblje kasne adolescencije posebno teško odrediti.² S obzirom na to da su granice adolescencije fluidne i individualne, mladi ljudi koji su tek postali punoljetni često se po svom ponašanju, razmišljanju i psihofizičkom razvoju ne razlikuju mnogo od starijih maloljetnika.³ Upravo zato je u maloljetničko kazneno zakonodavstvo uvedena dobna kategorija mlađih punoljetnika kako bi se ublažio nagli prijelaz iz odgojnog prava maloljetnika u represivno pravo punoljetnih osoba.⁴

Možemo reći kako se danas više i ne postavlja pitanje trebaju li mlađi punoljetnici biti tretirani kao posebna kategorija počinitelja, već je samo pitanje na koji način urediti njihov pravni položaj i odrediti dobne granice mlađeg punoljetništva.⁵ Dok je donja dobna granica mlađeg punoljetništva manje-više ista u većini zemalja i nastavlja se na gornju dobnu granicu maloljetništva, veći je problem utvrditi gornju dobnu granicu. Nova znanstvena istraživanja pokazuju kako se u modernim društvima proces sazrijevanja ličnosti dovršava nakon nastupa punoljetnosti, prema nekim podacima tek sredinom 20-ih godina života.⁶ Dobna granica prelaska iz adolescencije u odraslu dob sve se više

¹ Ninčević, M., Izgradnja adolescentskog identiteta u današnje vrijeme, *Odgojne znanosti*, vol. 11, br. 1, 2009, str. 119.

² Graovac, M., Adolescent u obitelji, *Klinika za psihijatriju KBC Rijeka, Medicina fluminensis*, vol. 46, 2010, br. 3, str. 262. Vidi isto: Ninčević, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 120-121.

³ Rittossa, D., Božićević Grbić, M., Zakon o sudovima za mladež – reformski zahvati i praktične dileme, *HLJKPP*, vol. 19, br. 2/2012, str. 643.

⁴ Carić, A., Zakon o sudovima za mladež i odredbe o maloljetnicima u Zakonu o prekršajima s komentarskim bilješkama, poveznicama i sudskom praksom, *Narodne novine*, Zagreb, 2004, str. 172.

⁵ Carić, A., Mlađi punoljetni počinitelji kaznenih djela i novela KZ-a iz 2006., *Zbornik radova posvećen prof. dr. sc. Franji Bačiću*, Skoplje – Zagreb, 2007, str. 280.

⁶ Van der Laan, A., G. C. J. Beerthuis, M., Barendregt, C. S., Juvenile sanctions for young adults in the Netherlands: A developmental perspective, *European Journal of Criminology*, lipanj 2019., str. 2. Isto: Ferwerda, H. B., Juvenile Justice and Juvenile Crime in the Netherlands, u: Winterdyk, J. A. (ur.), *Juvenile Justice: International Perspectives, Models and Trends*, CCR Press, 2015, str. 256.

pomiče promjenom socijalno-društvenih čimbenika (mladi sve kasnije završavaju obrazovanje, stupaju u brak, dobivaju djecu, sve dulje žive s roditeljima) te se u stručnim krugovima sve više govori o odraslosti u nastajanju kao novoj životnoj fazi, koja obuhvaća razdoblje između 18. i 25. godine.⁷ Upravo u tu dobnu kategoriju spadaju mlađi punoljetnici.

U većini europskih zemalja, pa tako i u Hrvatskoj, donja je dobna granica mlađeg punoljetništva 18 godina, a gornja dobna granica 21 godina.⁸ Međunarodni dokumenti također u svojim odredbama preporučuju državama da svojim zakonodavstvima omoguće primjenu odredbi koje vrijede za maloljetne počinitelje kaznenih djela u većem ili manjem opsegu i na osobe do navršene 21 godine.⁹

U radu se analizira zakonodavni okvir položaja mlađih punoljetnika u kaznenom postupku te praktična primjena odredaba Zakona o sudovima za mladež (dalje: ZSM)¹⁰ na mlađe punoljetnike. Nakon analize materijalnopravnog i procesnopravnog položaja mlađih punoljetnika sukladno važećem ZSM-u slijedi poredbenopravni prikaz, a zatim i analiza rezultata istraživanja primjene maloljetničkog prava u sudskoj praksi. Istraživanje obuhvaća statistički pregled kriminaliteta i izrečenih sankcija prema mlađim punoljetnicima u Republici Hrvatskoj te analizu presuda Općinskog suda u Splitu u predmetima mlađih punoljetnika, nakon čega slijede zaključna razmatranja.

⁷ Buljan Flander, G., Adolescencija – izazovi odrastanja, preuzeto s web-stranice Poliklinike Grada Zagreba za zaštitu djece i mladih, rujan 2013. godine, str. 8-9. <https://www.poliklinika-djeca.hr/aktualno teme/adolescencija-izazovi-odrastanja/>.

⁸ Više o dobnim granicama mlađeg punoljetništva u pojedinim europskim državama: Pruin, I., Dünkel, F., Better in Europe? European responses to young adult offending, Full Report, Universität Greifswald, 2015, str. 59-60. https://t2a.org.uk/wp-content/uploads/2015/02/T2A_Better-in-Europe_Report-online.pdf (12. 11. 2020.).

⁹ Detaljnije Dünkel, F., Pruin, I., Young adult offenders in the criminal justice systems of European countries, u: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (ur.), Juvenile Justice Systems in Europe, Current Situation and Reform Developments, vol. 3, Forum Verlag Godesberg, 2011, str. 1584-1585. Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća EU 2016/800 o postupovnim jamstvima za djecu koja su osumnjičeni ili optuženi u kaznenom postupku također potiče države članice da postupovna jamstva iz Direktive jednim dijelom primjenjuju dok osoba ne navrší 21 godinu (recital 12.), OJ L 132, 21. 5. 2016, str. 1–20.

¹⁰ Zakon o sudovima za mladež, Narodne novine (dalje: NN) br. 84/2011, 143/2012, 148/2013, 56/2015, 126/2019.

2. KAZNENOPRAVNI POLOŽAJ MLADIH PUNOLJETNIKA PREMA ZSM-u

U Hrvatskoj se dobna kategorija mlađih punoljetnika po prvi put uvodi novelom Krivičnog zakonika iz 1959. godine, a od 1997. godine njihov pravni položaj reguliran je u okviru Zakona o sudovima za mladež¹¹ i karakterizira ga dvostruki režim primjene kaznenih odredbi.¹² Prema ZSM-u mlađi je punoljetnik osoba koja je u vrijeme počinjenja kaznenog djela navršila 18 godina, a nije navršila 21 godinu,¹³ ali je za mogućnost primjene maloljetničkog prava i izricanje pojedinih maloljetničkih sankcija prema mlađem punoljetniku relevantna i dob u vrijeme suđenja.¹⁴

Sukladno čl. 104. ZSM-a za mlađe punoljetnike primarno vrijede odredbe općeg kaznenog zakonodavstva, Kaznenog zakona (dalje: KZ)¹⁵ i kaznenopravne odredbe drugih zakona RH, a u slučaju ispunjenja zakonskih uvjeta iz čl. 105. ZSM-a i pojedine odredbe maloljetničkog kaznenog zakonodavstva.¹⁶ Premda je donošenjem ZSM-a 1997. godine znatno proširena mogućnost primjene maloljetničkog prava na mlađe punoljetnike, smatramo kako se iz navedenog zakonskog rješenja ipak ne može izvesti jednoznačan zaključak, kako navodi Singer¹⁷ i drugi autori,¹⁸ o intenciji zakonodavca da se na mlađeg punoljetnika u pravilu primjenjuju odredbe koje vrijede za maloljetne počinitelje kaznenih djela budući da je njihova primjena izrijeком vezana uz pret-

¹¹ Više o povijesnom razvoju pravnog položaja mlađih punoljetnika u Hrvatskoj vidi: Pető Kujundžić, L., Djeca u kaznenom pravu, počinitelji i žrtve, Školska knjiga, Zagreb, 2019, str. 156-157.

¹² Dragičević Prtenjača, M., Bezić, R., Perspektiva uvođenja doktrine doli incapax u hrvatsko maloljetničko kazneno pravo, *Macedonian Journal for Criminal Law and Criminology*, 25 (2018), 1, str. 6.

¹³ Čl. 2. ZSM-a. Većina europskih zemalja koje poznaju dobnu kategoriju mlađih punoljetnika njihov pravni status uređuje s obzirom na njihovu dob u vrijeme počinjenja kaznenog djela. Prema: Hirjan, F., Uvodno izlaganje voditelja, Izvješća iz radionica X. savjetovanja Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, HLJKPP, vol. 5, br. 1, 1998, str. 334.

¹⁴ Dob u vrijeme suđenja prema sudskoj praksi ocjenjuje se prema dobi dosegnutoj do kraja postupka po redovnim pravnim lijekovima. Prema: Cvjetko, B., Singer, M., Kaznenopravna odgovornost mladeži u teoriji i praksi, Zagreb, 2011, str. 515.

¹⁵ Kazneni zakon, NN 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019.

¹⁶ Ovo je suprotno od načina na koji je uređen pravni položaj maloljetnih počinitelja kaznenih djela, prema kojima se primarno primjenjuju odredbe ZSM-a, a ostali zakonski opći propisi samo ukoliko ZSM-om nije drugačije propisano. Vidi čl. 3. ZSM-a.

¹⁷ V. Singer, M., Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži, Zagreb, 1998, str. 169.

¹⁸ V. Carić, A., Mrduljaš-Pervan, D., 3. radionica: Mlađi punoljetnici i kaznenopravna zaštita djece i maloljetnika, Izvješća iz radionica X. savjetovanja Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, HLJKPP, vol. 5, br. 1, 1998, str. 370. Hirjan, F., Singer, M., Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika, Zagreb, 2002, str. 213, Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 517.

hodno kumulativno ispunjenje zakonskih uvjeta. Prvi je uvjet vezan uz vrstu i način počinjenja kaznenog djela, a drugi uz ispunjenje svrhe sankcija.

2.1. Mladenački delikt kao uvjet primjene ZSM-a

Prvi uvjet za primjenu maloljetničkog prava jest utvrđenje suda kako je počinjeno kazneno djelo „... s obzirom na vrstu i način njegova izvršenja u velikoj mjeri odraz životne dobi počinitelja...“, odnosno da se radi o mladenačkom deliktu.¹⁹ Zakonodavac je prepoznao kako i kod mlađih punoljetnika postoji povezanost između fenomenologije delinkventnog ponašanja i dobi počinitelja kaznenog djela iako je ta veza slabija nego što je to kod maloljetničkog kriminaliteta.²⁰

ZSM ne isključuje unaprijed nijedno kazneno djelo iz uvjeta za primjenu maloljetničkog prava tako da je u svakom pojedinom slučaju potrebno analizirati sve okolnosti počinjenja djela i procijeniti je li djelo odraz mlade dobi počinitelja. Ipak, smatramo da bi kod najtežih kaznenih djela, za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora, ili stjecaja više teških kaznenih djela odredbu čl. 105. ZSM-a trebalo primjenjivati restriktivno.²¹ Naime teške okolnosti tih djela i njihova pojavnost u recentnoj sudskoj praksi otvaraju sve češće pitanje primjerenosti i adekvatnosti postojećeg okvira maloljetničkih sankcija već i kod maloljetnika,²² pa bi to više bila upitna opravdanost s aspekta obaju zakonskih uvjeta iz čl. 105. primjene maloljetničkih sankcija prema mlađim punoljetnicima. Praksa VSRH pokazuje da je i u nekim slučajevima najtežih kaznenih djela centar za socijalnu skrb predlagao primjenu maloljetničkog prava prema mlađem punoljetniku, ali sud nije prihvatio takav prijedlog.²³ Ipak dosadašnja iskustva iz prakse i kriminoloških istraživanja pokazuju kako u slučaju mlađih

¹⁹ Carić, A., *op. cit.* u bilj. 5, str. 294.

²⁰ Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 516. Postoji fenomenološka i etiološka sličnost između delinkvencije maloljetnika i mlađih punoljetnika. Vidi: Derenčinović, D., Getoš, A., Uvod u kriminologiju s osnovama kaznenog prava, Zagreb, 2008, str. 264.

²¹ Usp. Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 520.

²² Ovo se osobito odnosi na kategoriju mlađih maloljetnika, kojima nije moguće izreći maloljetnički zatvor ni u slučaju počinjenja najtežih kaznenih djela, što se nerijetko kritizira u javnosti. Osim toga u teoriji se razmatraju mogućnosti uvođenja prijelaznog režima s primjenom načela *doli incapax* i *discernimenta* u hrvatsko maloljetničko kazneno pravo za djecu od 10 do 14 godina koja ostvare obilježja ponajprije (težih) kaznenih djela *delicta per se*. V. Dragičević Prtenjača, M., Bezić, R., *op. cit.* u bilj. 12, str. 30-31.

²³ Primjer mlađeg punoljetnika koji je osuđen za dva kaznena djela teškog ubojstva na jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 40 godina, a za kojeg je CZSS u postupku predlagao primjenu maloljetničkog zakonodavstva i izricanje kazne maloljetničkog zatvora. VSRH Kžm 24/2018-8. Vidi i VSRH Kžm 25/2018-15.

punoljetnika odstupanja od uobičajene fenomenologije kriminaliteta mladih osoba u pravilu idu prema životnoj dobi starijeg maloljetnika, a znatno manje prema životnoj dobi odraslih počinitelja.²⁴

Premda ZSM kod ovog uvjeta ističe vrstu kaznenog djela i način počinjenja, ocjena o tome radi li se o mladenačkom deliktu ne može proizlaziti samo iz okolnosti počinjenja djela već i iz analize ličnosti počinitelja. Prilikom donošenja odluke sud se ne smije fokusirati samo na kazneno djelo u pitanju, već mora prikupiti šire podatke o počiniteljevoj ličnosti i životnim okolnostima.²⁵ Sud mora utvrditi kako je počinjeno kazneno djelo pokazatelj nedovoljne emocionalne i socijalne zrelosti počinitelja,²⁶ njegova nedovršenog psiho-socijalnog razvoja, te da je posljedica donošenja naglih i nepromišljenih odluka. Obično su takvu razvoju pridonijeli i nepovoljni socijalno-obiteljski čimbenici i negativni utjecaj uže sredine.²⁷

2.2. Ostvarenje svrhe kažnjavanja izricanjem maloljetničkih sankcija

Drugi uvjet primjene ZSM-a odnosi se na kriminološku prognozu budućeg ponašanja mlađeg punoljetnika, odnosno sud mora biti uvjeren kako okolnosti koje se odnose na ličnost počinitelja opravdavaju uvjerenje da će se „svrha sankcija postići i izricanjem odgojnih mjera ili kazne maloljetničkog zatvora“. Iako zakonodavac ne precizira o svrsi kojih sankcija je riječ, slažemo se da u tom slučaju sud treba uzeti u obzir prvenstveno svrhu maloljetničkih sankcija,²⁸ kao i opću svrhu kaznenih sankcija propisanu u KZ-u.²⁹ Kako bi sud mogao pravilno donijeti odluku o tome, mora detaljno ocijeniti rizične i zaštitne čimbenike iz počiniteljeve okoline: osobne i obiteljske prilike mlađeg punoljetnika (psiho-fizički razvoj, emocionalnu i socijalnu zrelost počinitelja, karakteristike njegove obitelji, socio-ekonomske uvjete života, tijekom školovanja, naznake zloupotrebe alkohola ili opojnih droga, negativan utjecaj iz bliže okoline), ponašanje u trenutku i nakon počinjenja kaznenog djela (pobude iz kojih i okolnosti u kojima je djelo počinjeno, odnos prema oštećeniku i žrtvi, je

²⁴ Hirjan, F., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 18, str. 213.

²⁵ Carić, A., *op. cit.* u bilj. 5, str. 294; Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 516-517, Hirjan, F., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 18, str. 213.

²⁶ Petö Kujundžić, L., *op. cit.* u bilj. 11, str. 161.

²⁷ Carić, A., *op. cit.* u bilj. 5, str. 294; Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 516-517, Hirjan, F., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 18, str. 213.

²⁸ Vidi čl. 6. ZSM-a.

²⁹ Vidi čl. 41. KZ-a. Prema Carić, A., *op. cit.* u bilj. 5, str. 294; Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 517; Hirjan, F., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 18, str. 213.

li pokušao popraviti štetu), ranije ponašanje (prethodnu osuđivanost).³⁰ Evidentno je kako se uvjeti iz čl. 105. st. 1. u jednom dijelu preklapaju s obzirom na to da oba pretpostavljaju analizu ličnosti maloljetnika. Stoga je postupak ocjene svih relevantnih čimbenika iz počiniteljeve okoline ključan jer jedino kada sud ima prikupljene sve podatke može donijeti ispravnu odluku i na određeni način pravilno izvršiti selekciju mlađih punoljetnika prema kojima se mogu primijeniti maloljetničke sankcije. Prilikom prikupljanja podataka sud za mlađe treba se voditi odredbama čl. 78. ZSM-a o načinu prikupljanja podataka u kaznenom postupku prema maloljetniku.³¹

2.3. Izricanje kaznenopravne sankcije

Mogućnost primjene maloljetničkih sankcija ovisi i o dobi mlađeg punoljetnika u vrijeme suđenja. U slučaju kada sud utvrdi da su ispunjeni uvjeti iz čl. 105. st. 1. ZSM-a mlađem punoljetniku može izreći posebne obveze (čl. 10. ZSM-a), mjeru pojačane brige i nadzora (čl. 11. ZSM-a), pojačane brige i nadzora uz dnevni boravak u odgojnoj ustanovi (čl. 14. ZSM-a) i kaznu maloljetničkog zatvora (čl. 24.-30. ZSM-a), a ako počinitelj u vrijeme suđenja nije navršio 21 godinu života, može mu izreći i odgojnu mjeru upućivanja u disciplinski centar (čl. 13. ZSM-a)³² i sve zavodske odgojne mjere (čl. 15.-17. ZSM-a), dakle sve osim sudskog ukora. Izrečene odgojne mjere mogu trajati najdulje do počiniteljeve navršene dvadeset treće godine života.³³ Pored toga, sud ima mogućnost izreći i pridržaj izricanja kazne maloljetničkog zatvora.

Ako je mlađi punoljetnik u vrijeme suđenja navršio 21 godinu života, sud mu može umjesto maloljetničkog zatvora, iako su ispunjeni uvjeti iz čl. 105. st. 1., izreći kaznu zatvora,³⁴ a u slučaju kada je navršio 23 godine života sud će mu umjesto maloljetničkog zatvora izreći kaznu zatvora ili uvjetnu osudu čak i u slučaju kada je žalba izjavljena samo u njegovu korist. Kako u ovom slučaju mlađi punoljetnik koji je u vrijeme suđenja navršio 23 godine života ne bi došao u gori položaj, zakon predviđa da u tom slučaju kazna zatvora ima

³⁰ U ovom dijelu sud može uzeti u obzir sve elemente na koje ga ZSM upućuje prilikom izbora odgojne mjere. Vidi čl. 8. ZSM-a. Carić, A., *op. cit.* u bilj. 5, str. 294; Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 517.

³¹ Vidi čl. 107. st. 1. ZSM-a.

³² Na mlađu punoljetnu osobu neće se primijeniti odredba ZSM-a koja se odnosi na upućivanje u centar za odgoj zbog neizvršavanja posebnih obveza ili dužnosti. Hirjan, F., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 18, str. 214.

³³ Čl. 105. st. 1. ZSM-a.

³⁴ Prema VSRH, prvostupanjski sud nije dužan u presudi obrazlagati zašto je primijenio opće zakonodavstvo, a ne maloljetničko, na mlađeg punoljetnika koji je u vrijeme suđenja pred prvostupanjskim sudom navršio 21 godinu života. VSRH, I Kž 1002/11-4.

glede rehabilitacije i pravnih posljedica osude isti pravni učinak kao i kazna maloljetničkog zatvora.³⁵

Kada se u kaznenom postupku mlađem punoljetniku izriče maloljetnička sankcija, na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZSM-a koje se odnose na svrhu maloljetničkih sankcija (čl. 6. ZSM-a), izbor odgojnih mjera (čl. 8. ZSM-a), na odgojne mjere i maloljetnički zatvor od čl. 10 do čl. 31. ZSM-a te na javnu objavu presude (čl. 34. ZSM-a).³⁶ U slučaju kada se mlađem punoljetniku izriču odgojne mjere i maloljetnički zatvor, mogu mu se izreći i sigurnosne mjere pod istim uvjetima kao i maloljetnicima.³⁷

Ako sud utvrdi kako mlađi punoljetnik ne ispunjava uvjete propisane čl. 105. st. 1. ZSM-a, prema njemu će primijeniti odredbe KZ-a i kaznenopravne odredbe drugih zakona Republike Hrvatske, što znači da će mu se izreći neke od općih kaznenopravnih sankcija. Međutim i u tom su slučaju predviđene posebnosti kažnjavanja mlađih punoljetnika. Tako sud ima mogućnost ublažiti kaznu u granicama propisanim za ublažavanje kazne,³⁸ čime je naš zakonodavac uvažio stajalište prema kojem je mlada dob sama po sebi temelj za blaže postupanja prema takvu počinitelju.³⁹

ZSM je ograničio i mogućnosti izricanje kazne zatvora za mlađe punoljetnike tako da se mlađem punoljetniku u pravilu ne može izreći kazna zatvora u trajanju duljem od 15 godina, osim ako se radi o kaznenom djelu za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili stjecaju najmanje dva kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora dulja od deset godina.⁴⁰ Novelom Kaznenog zakona iz 2006. godine⁴¹ omogućeno je izricanje kazne dugotrajnog zatvora kao najteže kaznenopravne sankcije i mlađim punoljetnicima, što do tada nije bio slučaj. Slažemo se s Carićem⁴² kako je pitanje primjene dugotrajnog zatvora za mlađe punoljetnike trebalo biti regulirano u okviru ZSM-a kao *lex specialisa*, a ne u okviru KZ-a.⁴³ Novo zakonsko rješenje pooštrilo je kazne-

³⁵ Čl. 105. st. 1. i st. 2. ZSM-a. Pri izricanju kazne zatvora u tom slučaju sud će odmjeriti kaznu zatvora u granicama propisanim u čl. 25. ZSM-a, a u slučaju stjecaja kaznenih djela sukladno čl. 26. st. 1. ZSM-a.

³⁶ Čl. 105. st. 4. ZSM-a.

³⁷ Čl. 105. st. 3. ZSM-a. Osobi koja je kazneno djelo počinila kao mlađi punoljetnik ne može se izreći jedino sigurnosna mjera kojom se zabranjuje obavljanje djelatnosti ili dužnosti. Čl. 106. st. 3. ZSM-a.

³⁸ Čl. 106. st. 1. ZSM-a. Vidi čl. 48. i 49. KZ-a.

³⁹ Carić, A., Mlađi punoljetnici i dugotrajan zatvor: Quo vadis hrvatsko maloljetničko zakonodavstvo?, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 3, 2009, str. 508.

⁴⁰ Čl. 106. st. 2. ZSM-a.

⁴¹ Vidi čl. 5. ZID KZ-a/1997 NN br. 71/2006. Vidi Nacrt konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Ministarstvo pravosuđa RH, Zagreb, travanj, 2006, str. 40.

⁴² V. Carić, A., *op. cit.* u bilj. 39, str. 509-510.

⁴³ V. čl. 3. ZSM-a. Nemogućnost primjene kazne dugotrajnog zatvora prema maloljetniku jasno proizlazi iz odredaba ZSM-a (čl. 5. st. 1. ZSM-a), koji je u odnosu na KZ u pogledu ure-

nopravnu politiku prema mlađim punoljetnicima, ali neki slučajevi iz recentne sudske prakse⁴⁴ koji su zgrozili širu javnost i izazvali veliku zabrinutost potvrđuju kako ipak treba sudu ostaviti mogućnost primjene i najteže sankcije za tu dobnu skupinu u iznimnim slučajevima.

3. PRIMJENA KAZNENOPROCESNIH ODREDBI ZSM-a PREMA MLAĐIM PUNOLJETNICIMA

Kazneni postupak prema mlađem punoljetniku vodi se sukladno odredbama Zakona o kaznenom postupku,⁴⁵ uz ograničenu primjenu kaznenoprocenih odredaba ZSM-a.⁴⁶ Primjena procesnih odredbi ZSM-a, kao i opseg te primjene, ovisi o ispunjenju uvjeta iz čl. 105. st. 1. ZSM-a te o dobi mlađeg punoljetnika u vrijeme suđenja. Prema tim kriterijima mogu se, sukladno čl. 107. st. 1. ZSM-a, razlikovati tri skupine mlađih punoljetnika.⁴⁷ U prvu skupinu spadaju oni koji su u vrijeme suđenja navršili 23 godine života i prema njima se kazneni postupak vodi isključivo prema odredbama ZKP-a.⁴⁸ U drugoj su skupini oni koji u vrijeme suđenja nisu navršili 23 godine života. Prema njima se primjenjuju taksativno navedene procesne odredbe ZSM-a, iz kojih proizlazi dužnost suda i državnog odvjetništva izvijestiti CZSS kada su u kaznenom postupku utvrđene činjenice i okolnosti koje upućuju na potrebu poduzimanja mjera radi zaštite prava i dobrobiti mlađeg punoljetnika (čl. 56. ZSM-a), zatim da nitko ne može biti oslobođen dužnosti svjedočenja o okolnostima potrebnim za ocjenjivanje psihičke razvijenosti mlađeg punoljetnika, upoznavanje njegove ličnosti i prilika u kojima živi (čl. 58. ZSM-a), u postupku prema mlađem punoljetniku postupaju državni odvjetnik za mladež i istražitelj za mladež (čl. 74. st. 1. ZSM-a), a pored činjenica koje se odnose na kazneno djelo trebaju se pribaviti i podaci potrebni za ocjenu psihofizičke razvijenosti mlađeg punoljetnika i njegovih osobnih i obiteljskih prilika na način kako je to određeno ZSM-om (čl. 78. ZSM-a).

Treću kategoriju čini dio mlađih punoljetnika iz druge skupine za koje se utvrdi da ispunjavaju uvjete za primjenu maloljetničkog prava. Prema njima se,

đenja pravnog statusa maloljetnih počinitelja *lex specialis*, pa je odredba čl. 46. st. 4. u KZ-u suvišna.

⁴⁴ Vidi *supra* bilj. 23.

⁴⁵ Zakon o kaznenom postupku, NN br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19.

⁴⁶ Čl. 107. st. 1. ZSM-a. Članci 107. do 111. ZSM-a sadrže postupovne odredbe relevantne za mlade punoljetnike.

⁴⁷ Carić, A., *op. cit.* u bilj. 5, str. 302.

⁴⁸ Za ovu skupinu mlađih punoljetnika sud uopće ne utvrđuje jesu li se ispunili uvjeti iz čl. 105. ZSM-a.

pored odredaba ZSM-a koje su već prethodno navedene, odgovarajuće primjenjuju i odredbe o pravu na branitelja prilikom odlučivanja primjenom načela svrhovitosti (čl. 54. st. 2.), sudjelovanju predstavnika CZSS-a u postupku (čl. 57.), obvezi hitnog postupanja svih sudionika u postupku prema mladoj osobi (čl. 59.), posebne odredbe o mogućnosti objavljivanja samo pojedinih dijelova postupka uz posebno odobrenje (čl. 60. st. 2. i 3.), skraćeni rokovi trajanja istražnog zatvora i obveza periodičnog mjesečnog ispitivanja postojanja uvjeta za primjenu istražnog zatvora (čl. 67. st. 1. i 3.), odlučivanje primjenom načela svrhovitosti (čl. 71.-73.), plaćanje troškova kaznenog postupka i ispunjenje imovinskog zahtjeva (čl. 89.), postupak pri naknadnom izricanju maloljetničkog zatvora i postupak brisanja osude (čl. 93.).

Budući da se većina nabrojanih odredbi (osim posljednje dvije) po prirodi stvari primjenjuje tijekom postupka prije nego što sud izrekne maloljetničku sankciju, jasno je da i prije odluke suda o izricanju maloljetničkih sankcija tijela kaznenog postupka za potrebe primjene procesnih odredbi ZSM-a trebaju utvrditi ispunjenje uvjeta iz čl. 105. U slučaju primjene načela svrhovitosti i prije samog početka kaznenog postupka ta obveza počiva već na državnom odvjetniku, a kasnije u postupku sud bi na temelju prethodno prikupljenih podataka iz čl. 78. i mišljenja stručnog suradnika trebao odlučiti o primjeni pojedinih odredbi maloljetničkog procesnog prava.

U svim kaznenim postupcima prema mlađim punoljetnicima postupaju državni odvjetnik za mladež i sudac istrage za mladež.⁴⁹ U kaznenim predmetima mlađih punoljetnika sude sudovi za mladež te se u kaznenom postupku prema mlađem punoljetniku na odgovarajući način primjenjuju odredbe o ustrojstvu, nadležnosti i sastavu sudova za mladež koje vrijede u kaznenom postupku prema maloljetnom počinitelju.⁵⁰ U slučaju da se prema mlađem punoljetniku provodi jedinstveni postupak zajedno s odraslom osobom, glede mlađeg punoljetnika primjenjuju se odredbe ZSM-a sukladno čl. 107. st. 1., a za suđenje je nadležan sud prema općim propisima.⁵¹

⁴⁹ Čl. 107. st. 1. i 3. ZSM-a.

⁵⁰ Čl. 110. ZSM-a (čl. 36.-43. ZSM-a). Sastav suda u kaznenom postupku prema mlađem punoljetniku određen je čl. 111. ZSM-a. Jednako tako, za suđenje u kaznenim predmetima mlađih punoljetnika iz nadležnosti svih općinskih sudova s područja istog županijskog suda nadležan je općinski sud u sjedištu tog županijskog suda (čl. 109. ZSM-a).

⁵¹ Čl. 107. st. 2. ZSM-a.

3.1. Neka pitanja primjene procesnih odredbi ZSM-a na mlađe punoljetnike

Postupanje prema mlađem punoljetniku koji je počinio kazneno djelo koje se može okarakterizirati kao mladenački delikt ne znači samo mogućnost primjene maloljetničke sankcije već podrazumijeva i vođenje kaznenog postupka na način koji će uvažavati posebnosti izražene u čl. 105. ZSM-a.

Iz svega do sada navedenog u radu jasno je kako ključni čimbenik u odlučivanju o primjeni maloljetničkog prava predstavljaju podaci iz čl. 78. ZSM-a o psihofizičkoj razvijenosti i osobnim i obiteljskim prilikama mlađeg punoljetnika te je njihovo prikupljanje obvezno uvijek kada mlađi punoljetnik nije navršio 23 godine u tijeku postupka. Stoga bi, s obzirom na posljednje izmjene ZSM-a kojima je transponirana Direktiva EU 2016/800, trebalo proširiti na mlađe punoljetnike i primjenu nove odredbe čl. 83.a o obvezi provjere i ažuriranja podataka iz čl. 78. tijekom kaznenog postupka od strane suda budući da promjene u osobnim i obiteljskim okolnostima mlađeg punoljetnika znatno utječu i na pravilnu ocjenu suda o postojanju uvjeta iz čl. 105. ZSM-a. U tom smjeru valja upozoriti da, iako je primjena općeg zakonodavstva prema mlađem punoljetniku pravilo koje nije potrebno posebno obrazlagati, kada se u postupku iznesu argumenti u prilog primjene maloljetničkog zakonodavstva, sud je dužan ispitati navedene argumente i obrazložiti zašto ih je odbio.⁵²

Na mlađeg punoljetnika u slučaju iz čl. 105. st. 1. primjenjuje se odredba čl. 67. o dvostruko kraćim rokovima trajanja istražnog zatvora u odnosu na trajanje propisano čl. 133. st. 1.–3. ZKP-a za punoljetne počinitelje kaznenih djela, što znači da sud nadležan za odlučivanje o istražnom zatvoru na temelju podataka iz čl. 78. i prijedloga o primjeni maloljetničkih sankcija odlučuje o primjeni čl. 67. ZSM-a.⁵³ Zakonodavac nije proširio na mlađe punoljetnike odredbu čl. 66. ZSM-a o smještaju maloljetnika u istražni zatvor u posebnu zatvorenu zavodsku ustanovu, što znači da se mlađi punoljetnik smješta u zatvorsku prostoriju s odraslim osobama.⁵⁴ Dvojbeno je opravdanost takva rješenja u slučajevima kada se radi o osobama koje su tek prešle prag punoljetništva i za koje podaci o osobnim i obiteljskim prilikama te način počinjenja djela upućuju na to da se

⁵² U slučaju kada je tijekom postupka izneseno mišljenje CZSS-a u prilog primjene maloljetničkog prava, prvostupanjski je sud bio dužan iznijeti jasne i razumljive razloge temeljem kojih se otklanja primjena čl. 105. ZSM-a, odnosno zatražiti dopunska objašnjenja u pogledu mišljenja CZSS-a, a kako to nije učinio, VSRH je utvrdio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka. VSRH, I Kž 445/14-6.

⁵³ VSRH, II Kž 209/2020-4.

⁵⁴ Zakon o izvršavanju kazne zatvora (ZIKZ) propisuje da mlađi punoljetnici izdržavaju kaznu zatvora odvojeno od punoljetnika, ali takva odredba nije predviđena u odnosu na izvršenje istražnog zatvora. Čl. 11. st. 4. ZIKZ-a, NN 128/1999, 55/2000, 59/2000, 129/2000, 59/2001, 67/2001, 11/2002, 76/2007, 27/2008, 83/2009, 18/2011, 48/2011, 125/2011, 56/2013, 150/2013, 98/2019.

radi o mladenačkom deliktu, a koje se od maloljetnika razlikuju tek neznatno po kronološkoj dobi. U takvim slučajevima bilo bi opravdano osigurati izvršenje istražnog zatvora u posebnim zatvorskim jedinicama te prilikom izvršenja osobito voditi računa o okolnostima ličnosti, što potvrđuje recentan tragičan događaj smrti mlađeg punoljetnika u istražnom zatvoru.⁵⁵ Umjesto osnivanja posebnih zatvorenih zavodskih ustanova iz čl. 66. ZSM-a Ministarstvo pravosuđa, kao privremeno rješenje, donijelo je Odluku o osnivanju posebnih zatvorskih jedinica za izvršavanje istražnog zatvora prema maloljetnicima.⁵⁶ Ta se Odluka međutim, jednako kao ni čl. 66., ne odnosi na mlađe punoljetnike, što bi svakako trebalo preispitati *de lege ferenda*. Osim toga trebalo bi *de lege ferenda* razmisliti o primjeni na mlađe punoljetnike i odredbe čl. 65. ZSM-a o privremenim mjerama u slučaju kada tijekom postupka prikupljeni podaci upućuju na postojanje okolnosti iz čl. 105. ZSM-a. Imajući u vidu da sud može mlađem punoljetniku izreći zavodsku odgojnu mjeru, a da se mjera privremenog smještaja u ustanovu socijalne skrbi provodi jednako kao odgojna mjera te se uračunava u vrijeme trajanja zavodske odgojne mjere, to bi bilo opravdano omogućiti sudu tijekom postupka, ako utvrdi da postoje okolnosti iz čl. 105., određivanje privremenog smještaja u ustanovu socijalne skrbi.⁵⁷

⁵⁵ Problem izvršavanja istražnog zatvora mlađeg punoljetnika došao je u fokus javnosti u slučaju osamnaestogodišnjeg mladića s dijagnosticiranim mentalnim i tjelesnim oštećenjima koji je preminuo tijekom izvršenja istražnog zatvora prije pravomoćnog okončanja kaznenog postupka u kojem je utvrđeno da je u stanju bitno smanjene ubrojivosti uzrokovane poremećajem piromanije počinio kazneno djelo dovođenja u opasnost života i imovine općeopasnom radnjom ili sredstvom iz čl. 215. st. 1. KZ-a (u četiri je navrata požarom izazvao opasnost za imovinu većeg opsega). Nepravomoćno je osuđen na bezuvjetnu kaznu zatvora u trajanju od 8 mjeseci te sigurnosnu mjeru obveznog psihijatrijskog liječenja. U istražnom zatvoru boravio je više od pet mjeseci, od čega 47 dana u zatvorskoj bolnici, a prostoriju je dijelio s punoljetnim istražnim zatvorenicama. Obdukcij-skim nalazom utvrđeno je da je vjerojatno preminuo od zatajenja srca, a u trenutku smrti imao je brojne podljeve po tijelu. Vidi: Marić Banje, K.: Kristian Vukasović molio je za milost: Kad biste me pustili na slobodu, nikada više to ne bih napravio; Hladnokrvno su ga osudili u jedan dan, i opet strpali u zatvor iz kojeg se nikad nije vratio, 29. 8. 2019., Slobodna Dalmacija.

Ovaj je slučaj otvorio s jedne strane pitanje odgovornosti Uprave za zatvorski sustav u odnosu na način izvršenja mjere istražnog zatvora prema mladoj osobi s dijagnosticiranim invaliditetom, a s druge strane pitanje adekvatnosti sankcije općeg kaznenog prava izrečene u kaznenom postupku. Takva odluka suda može se kritički preispitivati budući da iz same presude ne proizlazi da su podaci iz čl. 78. prikupljeni, tj. da bi bili relevantni za presudu. Međutim činjenica je da bi se čak i u slučaju primjene čl. 105. ZSM-a s obzirom na postojeće zakonodavstvo istražni zatvor izvršavao u istoj ustanovi i na isti način, premda bi podatak o tjelesnim i mentalnim oštećenjima mladića svakako trebao biti relevantan čimbenik službenicima zatvorske uprave u smislu uvjeta smještaja i postupanja prema njemu tijekom izvršenja istražnog zatvora.

⁵⁶ Opširnije Pleić, M., Radić, I.: Pre-trial detention of children: European standards and Croatian law, u: Duić, D., Petrašević, T. (ur.), EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC), EE and Member States – Legal and Economic Issues, Osijek, 2019, str. 540–543.

⁵⁷ Čl. 66. st. 3. i 5. ZSM-a.

3.2. Uloga državnog odvjetnika u primjeni maloljetničkog zakonodavstva prema mlađim punoljetnicima⁵⁸

Dužnost državnog odvjetnika da u kaznenom postupku utvrđuje ne samo činjenice koje idu na štetu okrivljenika nego i u njegovu korist⁵⁹ osobito je izražena u postupcima protiv mlađih punoljetnika prilikom odlučivanja o primjeni maloljetničkog prava. Naime upravo je državni odvjetnik dužan prikupiti podatke potrebne za ocjenu psihofizičke razvijenosti mlađeg punoljetnika te o osobnim i obiteljskim prilikama, a njihovo prikupljanje može povjeriti i stručnom suradniku ili centru za socijalnu skrb.⁶⁰ Stoga će i daljnje postupanje državnog odvjetnika, a potom i suda u odnosu na primjenu maloljetničkog prava, uvelike ovisiti o početno prikupljenim podacima te o mišljenju stručnih suradnika izvanpravne struke u općinskim državnim odvjetništvima, koji na zahtjev državnog odvjetnika za mladež daju svoje obrazložene prijedloge za primjenu maloljetničkih kaznenopravnih sankcija ili općeg kaznenog prava.⁶¹

3.2.1. Primjena načela oportuniteta prema ZSM-u

Državni odvjetnik može prije početka kaznenog postupka primjenom odredaba čl. 71., 72. i 73. ZSM-a odbaciti kaznenu prijavu protiv mlađih punoljetnika na temelju svrhovitosti.⁶² Primjena svrhovitosti na temelju ZSM-a podrazumijeva prethodno ispunjene uvjete iz čl. 105. ZSM-a, odnosno državni odvjetnik treba utvrditi da je s obzirom na vrstu kaznenog djela i način počinjenja koji je odraz mlade životne dobi počinitelja svrhovito odbaciti prijavu, odnosno odustati od kaznenog progona mlađeg punoljetnika primjenom odredaba ZSM-a. U tom smislu značajan je podatak da je u razdoblju od 2016. do 2018. otprilike polovica odbačaja kaznenih prijava protiv mlađih punoljetnika rješavana primjenom načela svrhovitosti prema ZSM-u, odnosno da je od ukupnog broja riješenih prijava 16–20 % odbačeno na temelju svrhovitosti po ZSM-u.⁶³ Za usporedbu, u istom se razdoblju udio odbačaja na temelju svrho-

⁵⁸ Zahvaljujemo zamjenici Županijskog državnog odvjetnika u Splitu Julijani Stipišić i zamjenici Općinskog državnog odvjetnika u Splitu Ivani Mandalinić na suradnji.

⁵⁹ Čl. 9. st. 1. i 2. ZKP-a.

⁶⁰ Čl. 78. ZSM-a.

⁶¹ Čl. 5. Pravilnika o radu stručnih suradnika izvanpravne struke na poslovima delinkvencije mlađih i kaznenopravne zaštite djece u državnim odvjetništvima i na sudovima, NN 22/2013. Nažalost, nemaju sva državna odvjetništva u RH stručnog suradnika.

⁶² Opširnije kod Radić, I., Puharić, B., Primjena načela svrhovitosti u postupanju prema maloljetnicima, HLJKPP, vol. 22, broj 2/2015, str. 653-667.

⁶³ Državno odvjetništvo Republike Hrvatske: Izvješće Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske o radu državnih odvjetništava u 2018. godini, Zagreb, travanj 2019., str. 104.

vitosti u ukupnom broju odbačaja prema maloljetnicima kretao od 75 % do 80% a u ukupnom broju riješenih prijava od 50 % do 58 %.⁶⁴ Premda je primjena načela svrhovitosti u postupku prema maloljetnicima značajno šireg opsega nego prema mlađim punoljetnicima, ako usporedimo te podatke s podacima o odbačaju na temelju svrhovitosti prema punoljetnim počiniteljima kaznenih djela, kod kojih je primjena tog načela minorna i gotovo da izostaje (1,7 % u 2017. godini),⁶⁵ vidimo da je državno odvjetništvo ipak znatno sklonije primjeni oportuniteta prema mlađim punoljetnicima. Može se stoga zaključiti kako je postupanje državnog odvjetništva prema kriminalitetu mlađih punoljetnika primjenom svrhovitosti ipak bliže pristupu maloljetničkom kriminalitetu nego kriminalitetu odraslih počinitelja kaznenih djela.

3.2.2. Prijedlog suda za izricanje maloljetničke sankcije

Premda ZSM izrijekom ne govori o stavljanju prijedloga za primjenu maloljetničkih sankcija, već samo o odluci suda o primjeni čl. 105., po logici stvari ta odluka može biti donesena na vlastitu inicijativu suda ili na prijedlog stranaka. S obzirom na prethodno navedene ovlasti državnog odvjetnika o prikupljanju potrebnih podataka, jasno je da će sud u pravilu upravo na prijedlog državnog odvjetnika, odnosno stručnog suradnika, odlučivati o primjeni maloljetničkog prava,⁶⁶ ali to ne isključuje pravo obrane da stavlja takve prijedloge u postupku. Uz podatke pribavljene od strane državnog odvjetnika sud pribavlja mišljenje sudskog stručnog suradnika te po potrebi poziva roditelje na raspravu, odnosno sam prikuplja potrebne podatke. Premda primjena maloljetničkih sankcija ide u korist okrivljenika, pa ako postoji takav prijedlog od strane državnog odvjetnika, sud će ga u pravilu i prihvatiti, sudska praksa upućuje i na slučajeve u kojima se sud nije složio s prijedlogom državnog odvjetnika.⁶⁷

⁶⁴ *Ibid.*, str. 101.

⁶⁵ Usp. Ivičević Karas, E., Consensual justice in Croatian criminal procedural law: the need for a systematic approach, u: Duić, D., Petrašević, T. (ur.): EU 2020 – lessons from the past and solutions for the future, Osijek, 2020, str. 416–417.

⁶⁶ Iz podataka dobivenih od ODO i ŽDO Split proizlazi da se većina prijedloga za izricanje maloljetničkih sankcija odnosila na pridržaj izricanja maloljetničkog zatvora uz posebne obveze, a zatim na odgojne mjere posebnih obveza.

⁶⁷ Tako je VSRH u postupku za kazneno djelo razbojništva (čl. 230. st. 2. KZ/2011) usvojio žalbu državnog odvjetnika, koji je tražio izricanje maloljetničke sankcije mlađoj punoljetnici (pridržaj maloljetničkog zatvora) umjesto kazne zatvora zamijenjene uvjetnom osudom. VSRH, I Kž 428/2016-13.

4. POREDBENOPRAVNI PRIKAZ KAZNENOPRAVNOG POLOŽAJA MLAĐIH PUNOLJETNIKA

Pravni položaj mlađih punoljetnika različito je reguliran u europskim državama. U pojedinim državama mlađim punoljetnicima se mogu izreći maloljetničke sankcije ako su ispunjeni odgovarajući zakonski uvjeti (Njemačka, Hrvatska, Nizozemska), u drugima im se izriču opće kaznenopravne sankcije, ali ublažene (skandinavske zemlje: Danska, Švedska, Finska), dok u nekim zemljama ne postoje posebne zakonske odredbe vezane za njihov pravni položaj (Engleska i Wales, Španjolska, Ukrajina, Belgija).⁶⁸

4.1. Nizozemska

Nizozemska poznaje dobnu kategoriju mlađih punoljetnika,⁶⁹ a novelom kaznenog zakona 2014. (tzv. „Adolescentenstrafrecht“) povećana je gornja dobna granica tako da sada obuhvaća osobe od navršениh 18 godina *tempore criminis* do navršene 22 godine, uključivo i njih, što je najveća gornja dobna granica mlađeg punoljetništva u EU-u.⁷⁰ Cilj te zakonske izmjene bio je omogućiti fleksibilniju i češću primjenu maloljetničkih sankcija prema mlađim punoljetnicima s obzirom na to da su im se do tada jako rijetko izricale u praksi. Prema mlađim punoljetnicima i dalje se primarno primjenjuju opće kaznenopravne sankcije, a maloljetničke sankcije mogu se primijeniti samo ako su ispunjeni uvjeti propisani čl. 77.c Kaznenog zakona. Hoće li se na mlađeg punoljetnika primijeniti maloljetničke sankcije, ovisi o karakteristikama osobnosti počinitelja i okolnostima u kojima je kazneno djelo počinjeno.⁷¹ Najveća novost uvedena novelom jest obveza izrade forenzičkog izvješća o mlađem punoljetnom počinitelju u fazi pripremnog postupka, koje bi trebalo poslužiti

⁶⁸ Više: Dünkel, D., Pruin, I., *op. cit.* u bilj. 9, str. 1959-1960.

⁶⁹ Maloljetnicima se smatraju osobe od 12 do navršениh 18 godina te se na njih ne primjenjuje poseban zakon, već samo posebne odredbe općeg materijalnog i procesnog kaznenog zakonodavstva. Radić, I., Sustav maloljetničkih sankcija, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016, str. 158-159.

⁷⁰ Više van der Laan, A. M., Beerthuisen, M. G. C. J., Barendregt, C. S., *op. cit.* u bilj. 6, str. 2.

⁷¹ Prvotni prijedlog zakonodavca bio je da se primjena maloljetničkog zakonodavstva proširi na sve mlade punoljetnike bezuvjetno. Nakon donošenja novog zakonskog rješenja zakonodavac je kritiziran da su uvjeti za primjenu maloljetničkih sankcija postavljeni preopćenito te da je načinom selekcije mlađih punoljetnika dovedeno u pitanje načelo jednakosti počinitelja pred sudom. *Ibid.*, str. 3.

državnom odvjetniku i sudu kao pomoć prilikom donošenja odluka.⁷² Premda primjena maloljetničke sankcije uvelike ovisi o preselekciji, koju prije početka postupka vrši državni odvjetnik na temelju podataka o kaznenom djelu i na temelju preliminarnog forenzičkog izvješća o karakteristikama počinitelja koje mu je izradila Probacijska služba, konačnu odluku donosi sud, koji mora imati preporuku državnog odvjetnika, izvješće o osobnim okolnostima počinitelja, o mogućem tretmanu prema mlađem punoljetniku koji je izradila stručna osoba, te mišljenje je li u konkretnom slučaju prema mlađem punoljetniku prikladno izreći maloljetničku sankciju.⁷³ Ako su ispunjeni zakonski uvjeti, mlađem punoljetniku mogu se izreći maloljetničke sankcije,⁷⁴ koje se izvršavaju sukladno odredbama maloljetničkoga prava te su fokusirane na odgoj, obrazovanje i rehabilitaciju.⁷⁵

4.2. Njemačka

Kaznenopravni položaj mlađih punoljetnika (*Heranwachsende*) u Njemačkoj reguliran je posebnim zakonom koji se primjenjuje na maloljetne počinitelje kaznenih djela, *Jugendgerichtsgesetz* (JGG),⁷⁶ a odredbe o mlađim punoljetnicima unesene su 1953.⁷⁷ Mlađi punoljetnik definira se kao osoba koja je u vrijeme počinjenja kaznenog djela navršila 18, a nije navršila 21 godinu.⁷⁸ U kaznenom postupku prema mlađim punoljetnicima sude sudovi za mladež te u postupku sudjeluju policijski službenici i državni odvjetnici specijalizirani za rad s mladim osobama.⁷⁹ Prema mlađem punoljetniku može se primijeniti maloljetničko zakonodavstvo ako sud utvrdi da se iz ukupne ocjene njegove ličnosti i sredine u kojoj živi može zaključiti da je po moralnom i duševnom razvoju u vrijeme izvršenja djela bio na razini maloljetnika (*Reifeentwicklun-*

⁷² Nizozemsko državno odvjetništvo dalo je smjernice svojim državnim odvjetnicima (četiri indikacije) koje bi im trebale pomoći prilikom donošenja odluke o tome je li mlađi punoljetnik podoban da se prema njemu izreknu maloljetničke sankcije. *Ibid.*, str. 9.

⁷³ *Ibid.*, str. 9-12.

⁷⁴ Više o maloljetničkim sankcijama Ferwerda, H. B., *op. cit.* u bilj. 6, str. 253-255.

⁷⁵ Nakon donošenja novele došlo je do porasta u izricanju maloljetničkih sankcija prema mlađim punoljetnicima, koje im se sada izriču u 4-5 % slučajeva (2015.-2016.) u odnosu na razdoblje prije izmjene zakona, kada su se primjenjivale u svega 0,4 % slučajeva godišnje. Van der Laan, A. M., Beerthuisen, M. G. C. J., Barendregt, C. S., *op. cit.* u bilj. 6, str. 12.

⁷⁶ *Jugendgerichtsgesetz* (JGG), objavljen 11. prosinca 1973. (BGBl. IS. 3427), posljednja izmjena 9. 12. 2019. (BGBl. I 2146).

⁷⁷ Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 512.

⁷⁸ § 1(2) JGG.

⁷⁹ Dünkel, F., Heinz, W., Germany, u: Decker, S. H., Marteache, N., (ur.), *International Handbook of Juvenile Justice*, Springer, 2017, str. 319.

g)⁸⁰ ili ako se s obzirom na način i okolnosti počinjenja djela i motive zbog kojih je ono počinjeno može zaključiti kako se radi o maloljetničkom deliktu (*Jugendverfehlung*).⁸¹ U tom slučaju sud može izreći bilo koju od maloljetničkih sankcija predviđenih u JGG-u.⁸² U slučaju da nisu ispunjeni navedeni uvjeti, primjenjuje se opće kazneno zakonodavstvo i opće kaznenopravne sankcije, s tim da se izrečena kazna može ublažiti. Iako JGG samo navodi da se mlađem punoljetniku može umjesto kazne doživotnog zatvora izreći kazna zatvora od 10 do 15 godina, u praksi se smatra kako se može i u pravilu će mu se ublažiti bilo koja izrečena opća kaznenopravna sankcija.⁸³ Podaci o primjeni maloljetničkih sankcija prema mlađim punoljetnicima u praksi pokazuju kako su njemački sudovi s vremenom takvu praksu prihvatili u velikom broju slučajeva. Nakon prvog desetljeća primjene maloljetničko je pravo prema mlađim punoljetnicima bilo primijenjeno u 38 % slučajeva, dok je 1990. godine taj broj udvostručen te je u manje-više istom opsegu ostao do danas (2012. godine 67 % slučajeva).⁸⁴ I njemačko zakonodavno rješenje često je kritizirano kao previše neodređeno te su postojale inicijative da se primjena maloljetničkog prava dopusti bezuvjetno prema svim osobama do navršene 21 godine, ali se navedeno nije realiziralo u praksi.⁸⁵

4.3. Austrija

Austrija je dobnu kategoriju mlađih punoljetnika, koja obuhvaća osobe od 18 do navršene 21 godine, uvela novelom *Jugendgerichtsgesetz* (dalje: JGG-a)⁸⁶ iz 2001., kojom je omogućena u kaznenom postupku prema mlađem punoljetniku primjena pojedinih procesnih odredbi koje vrijede za maloljetnike bez ikakvih dodatnih uvjeta, poput strožih uvjeta za izricanje istražnog zatvo-

⁸⁰ Više Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 512-513.

⁸¹ Vidi § 105. (1) br. 1. i 2. JGG-a. Kao primjeri mladenačkog delikta navode se spontana, mržnjom motivirana kaznena djela, agresivna ponašanja nastala iz trivijalnih razloga, vandalizam i huliganizam.

Pruin, I., Dünkel, F., *op. cit.* u bilj. 8, str. 41.

⁸² Više Radić, I., *op. cit.* u bilj. 69, str. 113-122.

⁸³ § 106. JGG-a. Prema: Pruin, I., Dünkel, F., *op. cit.* u bilj. 8, str. 42.

⁸⁴ Razlozi za tako široku primjenu maloljetničkog prava prema mlađim punoljetnicima jesu duga tradicija primjene maloljetničkog zakonodavstva, izbjegavanje visokog posebnog minimuma kod pojedinih kaznenih djela, veća fleksibilnost i mogućnost individualizacije, promjene u životnim i društvenim okolnostima mlađih maloljetnika, za koje sudovi većinom smatraju kako se još uvijek nalaze u razvojnoj fazi. *Ibid.*, str. 42-44.

⁸⁵ Cvjetko, B., Singer, M., *op. cit.* u bilj. 14, str. 513-514.

⁸⁶ *Jugendgerichtsgesetz*, donesen 20. listopada 1988. (JGG), StF: BGBl. Nr. 599/1988, posljednja izmjena BGBl. I Nr. 20/2020.

ra, nužnosti prikupljanja podataka o počiniteljevoj socijalnoj anamnezi.⁸⁷ Za suđenje je nadležan sud za mladež te u njegovu radu sudjeluju suci za mladež, kao i posebni tužitelji za mladež, jednako kao i u kaznenom postupku prema maloljetniku.⁸⁸ Mlađim punoljetnicima ne mogu se izricati maloljetničke sankcije ni alternativne mjere, ali im se izrečene opće sankcije u pravilu ublažavaju i za njih ne vrijedi posebni minimum.⁸⁹ Činjenica da je počinitelj mlađi punoljetnik u austrijskom je kaznenom zakonu navedena kao opće ublažavajuća okolnost, a odnosi se na počinitelja koji je kazneno djelo počinio prije navršene 21 godine života, ili se radi o osobi za koju se smatra da je djelo počinila pod utjecajem nenormalnog duševnog stanja, mentalne retardacije, ili je izrazito zapostavljena u odgoju/obrazovanju.⁹⁰ Osim toga mlađim punoljetnicima ne može se izreći kazna doživotnog zatvora, već je maksimalna kazna zatvora koja im se može izreći 15 godina.⁹¹

4.4. Švedska

Dobna je granica maloljetništva u Švedskoj još od 1905. godine 15 godina. Za mlade osobe između 15 i 20 godina koje počine kazneno djelo nadležnost je podijeljena između tijela socijalne skrbi i tijela pravosuđa, s tim da u pravilu prema mladima od 18 do 20 godina postupaju pravosudna tijela.⁹² Prema toj dobnoj kategoriji primjenjuju se odredbe Kaznenog zakona te im se izrečene sankcije mogu ublažiti ako sud utvrdi da su postupci optuženika „povezani s njegovim očito nedostatnim razvojem, iskustvom ili sposobnošću za prosuđivanje“.⁹³ Kazneni postupak može se voditi uz isključenje javnosti, na njih se mogu primijeniti odredbe koje vrijede za ubrzanje kaznenog postupka (vođenje skraćenog kaznenog postupka) te sud mora usmeno obrazložiti presudu na raspravi.⁹⁴ U praksi se mlađim punoljetnicima izriču novčana kazna, uvjetna osuda, mjera nadzora na slobodi, može se primijeniti i načelo svrhovitosti, a od

⁸⁷ § 46.a JGG. Pruin, I., Dünkel, F. *op. cit.* u bilj. 8, str. 47. Novela iz 2001. u Austriji je naišla na određene kritike jer su pojedini teoretičari i praktičari smatrali kako je propuštena prilika da se u cijelosti regulira pravni položaj mlađih punoljetnika. Bruckmüller, K., Austria, u: Decker, S. H., Marteache, N., *op. cit.* u bilj. 79, str. 221.

⁸⁸ V. Pruin, I., Dünkel, F., *op. cit.* u bilj. 8, str. 46.

⁸⁹ § 5. (4)(5) JGG. Pruin, I., Dünkel, F., *op. cit.* u bilj. 8, str. 46.

⁹⁰ § 34. (1.1.) Strafgesetzbuch-StGB od 23. siječnja 1974., StGB, StF: BGBl. Nr. 60/1974 (NR: GP XIII RV 30 AB 959 S. 84. BR: S. 326. NR: Einspr. d. BR: Einspr. d. BR: 1000 AB 1011 S. 98.), posljednja izmjena BGBl I Nr 154/2015.

⁹¹ Bruckmüller, K., *op. cit.* u bilj. 87, str. 231.

⁹² Radić, I., *op. cit.* u bilj. 69, str. 142.

⁹³ Pruin, I., Dünkel, F. *op. cit.* u bilj. 8, str. 55.

⁹⁴ *Ibid.*, str. 56.

sankcija koje se često izriču maloljetnicima (15-18 god.) njima se izriče mjera *youth service*.⁹⁵ Kazna zatvora može im se izreći samo iznimno, kada sud utvrdi da je zbog težine počinjenog kaznenog djela ili zbog postojanja određenih okolnosti izricanje kazne opravdano, što se u cijelosti i poštuje u praksi.⁹⁶

5. ISTRAŽIVANJE PRIMJENE MALOLJETNIČKOG PRAVA PREMA MLAĐIM PUNOLJETNICIMA U SUDSKOJ PRAKSI

5.1. Uvodna analiza

Za sustavnu ocjenu pravnog položaja mlađih punoljetnika u domaćem kaznenopravnom sustavu uz teorijski i normativni pregled neizostavno je analizirati i pojavnost kriminaliteta mlađih punoljetnika i primjenu odredbi ZSM-a u sudskoj praksi. S obzirom na to da bi sveobuhvatna ocjena svih aspekata pravnog položaja mlađih punoljetnika premašivala opseg i ciljeve ovog rada, u istraživanju smo se usredotočili na neke temeljne pokazatelje njihova pravnog položaja, i to putem prikaza udjela mlađih punoljetnika u ukupnom kriminalitetu, a zatim utvrđenja opsega u kojem se maloljetničke sankcije primjenjuju prema mlađim punoljetnicima u sudskoj praksi. Drugi dio istraživanja obuhvatio je analizu presuda Općinskog suda u Splitu u kojima su osuđeni mlađi punoljetnici, a koji je imao za cilj utvrditi način postupanja suda prilikom odlučivanja o primjeni maloljetničkog prava na mlađe punoljetnike. Istraživanje statističkih podataka i sudske prakse obuhvaća razdoblje primjene novog ZSM-a, od 2012. godine završno s 2018. godinom.⁹⁷

Podaci upućuju na kontinuirani trend pada broja mlađih punoljetnih osoba prijavljenih za kaznena djela od 2012. godine, ali još i ranije od 2008. pa sve do 2018. godine.⁹⁸ Taj trend dijelom korespondira s općim trendom pada ukupnog broja prijavljenih osoba za kaznena djela u RH.⁹⁹ Jedan od razloga za

⁹⁵ V. Sarnecki, J., Sweden, u: Decker, S. H., Marteache, N., (ur.), *op. cit.* u bilj. 79, str. 456-458.

⁹⁶ Prema: Haverkamp, R., Sweden, u: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (ur.), *op. cit.* u bilj. 9, str. 1364, 1373-1376.

⁹⁷ 1. rujna 2011. godine stupio je na snagu novi ZSM.

⁹⁸ Državno odvjetništvo Republike Hrvatske: Izvješće Državnog odvjetništva Republike Hrvatske za 2015. godinu, Zagreb, travanj 2016., str. 99. God. 2019. broj prijava povećao se za 1,5 % u odnosu na 2018. DORH: Izvješće DORH-a o radu državnih odvjetništava u 2019., Zagreb, travanj 2020., str. 33. Izvješća dostupna na: <http://www.dorh.hr/IzvjescjeDrzavnogOdvjetnistvaRepublikeHrvatske>.

⁹⁹ Godine 2018. bilo je 17,3 % manje prijava protiv poznatih počinitelja (fizičkih i pravnih osoba) u odnosu na 2012. Državno odvjetništvo Republike Hrvatske: Izvješće DORH-a za 2018. *op. cit.* u bilj. 63, str. 104, DORH: Izvješće Državnog odvjetništva Republike Hrvatske za 2012., Zagreb, kolovoz 2013., str. 121.

takav trend jest dekriminalizacija najlakšeg oblika kaznenog djela zlouporabe opojnih droga, koje je prešlo u nadležnost prekršajnih sudova, a kod kojeg su vrlo često počinitelji mlađi punoljetnici.¹⁰⁰

Tablica 1.

OSUĐENI PUNOLJETNI I MLAĐI PUNOLJETNI POČINITELJI
TE VRSTA SANKCIJE IZREČENE MLAĐIM PUNOLJETNICIMA
OD 2012. DO 2018.¹⁰¹

Godina	Punoljetne osobe		Mlađi punoljetnici			
	Optužene	Osuđene	Optužene	Osuđene	Sankcije općeg kaznenog prava	Maloljetničke Sankcije
2012.	26 622 100 %	20 548 100 %	2175 12,2 %	1826 11,25 %	1643 90 %	182 10 %
2013.	22 397 100 %	16 617 100 %	1738 12,9 %	1464 11,35 %	1352 92 %	112 8 %
2014.	18 089 100 %	14 888 100 %	1367 13,2 %	1243 12 %	1104 88,8 %	139 11,2 %
2015.	15 198 100 %	12 552 100 %	1249 12,1 %	1127 11,1 %	993 88,1 %	133 11,9 %
2016.	15 889 100 %	13 412 100 %	1401 11,3 %	1317 10,1 %	1202 91,3 %	114 8,7 %
2017.	14 466 100 %	12 091 100 %	1216 11,9 %	1107 10,9 %	1000 90,3 %	106 9,7 %
2018.	14 110 100 %	11 866 100 %	1111 12,7 %	1023 11,6 %	917 89,6 %	105 10,4 %

Iz Tablice 1 proizlazi kako je udio mlađih punoljetnika u ukupnom broju osuđenih punoljetnih počinitelja kaznenih djela u pravilu konstantan i kreće se oko 11 %.¹⁰² Ono što je najzanimljivije jest odnos primjene sankcija općeg kaznenog prava i maloljetničkih sankcija prema mlađim punoljetnicima. Po-

¹⁰⁰ DORH: Izvješće Državnog odvjetništva Republike Hrvatske za 2015., Zagreb, travanj 2016., str. 99.

¹⁰¹ Izvor: Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Statistička izvješća 2012.–2019.

¹⁰² U razdoblju od 1998. do 2005. godine udio mlađih punoljetnika u ukupnom broju osuđenih punoljetnih počinitelja kaznenih djela bio je u prosjeku oko 12 %. Carić, A., *op. cit.* u bilj. 5, str. 295-296.

daci pokazuju kako sudovi u pravilu mlađim punoljetnicima u gotovo 90 % slučajeva izriču sankcije općeg kaznenog prava, što znači da se od deset osuđenih mlađih punoljetnika samo jednome izrekne maloljetnička sankcija.¹⁰³ Očigledno je kako se sudovi za mladež ne slažu da bi primjena maloljetničkih sankcija na mlađe punoljetnike bila pravilo, kako se to učestalo tvrdi u teoriji, već suprotno tome smatraju da su u svega 10-ak posto slučajeva na godišnjoj razini ispunjeni uvjeti za primjenu maloljetničkih sankcija prema mlađim punoljetnicima.¹⁰⁴ Naravno da se postavlja pitanje zašto je tako, je li uistinu u praksi malo slučajeva koji ispunjavaju kumulativno uvjete iz čl. 105. st. 1. ZSM-a, tumači li sud za mladež restriktivno uvjete ili su u pitanju neke sistemske poteškoće u primjeni maloljetničkih sankcija. Smatramo da za navedenu sudsku praksu ne postoji samo jedan razlog, već više različitih čimbenika, od restriktivnijeg tumačenja postavljenih uvjeta iz čl. 105. st. 1. ZSM-a od strane sudova za mladež, koje je ustvari posljedica nedovoljne specijalizacije sudaca za mladež,¹⁰⁵ nedovoljnog analiziranja ličnosti počinitelja mlađeg punoljetnika, dobi mlađih punoljetnika u vrijeme suđenja, koja onemogućuje izvršenje maloljetničkih sankcija, pa do sve većih problema u izvršavanju velikog broja maloljetničkih sankcija, koji onda dovode do toga da sudovi i ne žele izricati mjere kada znaju kakvo je stanje u praksi. Kod problema u izvršenju maloljetničkih sankcija prije svega se misli na organizacijske nedostatke u odgojnim ustanovama i odgojnom zavodu, kao i maloljetničkom zatvoru, na koje se upozorava već čitavo desetljeće.¹⁰⁶

¹⁰³ Isti rezultati utvrđeni su i u razdoblju od 1998. do 2005. godine, odnosno u prosjeku u 11,2 % slučajeva mlađim punoljetnicima bile su izrečene maloljetničke sankcije. *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Ovo je posljedica nedostatne edukacije te organizacije, odnosno rasporeda poslova na pojedinim sudovima, u kojima suci za mladež nerijetko sude i u predmetima općeg kriminaliteta.

¹⁰⁶ Posebno je zabrinjavajuća visoka stopa recidivizma kod maloljetnih počinitelja nakon izlaska s izvršenja odgojne mjere upućivanja u odgojni zavod. Više o problemima u sustavu maloljetničkih sankcija kod Radić, I., Hrvatski sustav maloljetničkih sankcija: trenutno stanje i problemi, HLJKPP, vol. 24, br. 1, 2017, str. 100-112.

Tablica 2.

IZREČENE SANKCIJE MLAĐIM PUNOLJETNICIMA
OD 2012. DO 2018.¹⁰⁷

Godina	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.
UKUPNO OSUDA	1826 100 %	1464 100 %	1243 100 %	1127 100 %	1317 100 %	1107 100 %	1023 100 %
Vrsta izrečene kaznene sankcije	1643 100 %	1352 100 %	1104 100 %	993 100 %	1202 100 %	1000 100 %	917 100 %
ZATVOR (bezuovjetni)	309 18,8 %	281 20,8 %	254 23 %	181 18,2 %	183 15,2 %	197 19,7 %	141 15,4 %
Uvjetna kazna zatvora	1303 79,3 %	1051 77,7 %	833 75,5 %	769 77,5 %	984 81,9 %	770 77 %	743 81,0 %
Djelomično uvjetno	/	/	9 0,8 %	36 3,6 %	29 2,4 %	29 2,9 %	32 3,5 %
NOVČANA KAZNA (bezuovjetna)	24 1,5 %	20 1,5 %	7 0,6 %	2 0,2 %	1 0,1 %	1 0,1 %	0
Uvjetna NK	7 0,4 %	/	1 0,1 %	5 0,5 %	5 0,4 %	3 0,3 %	1 0,1 %
SANKCIJE prema ZSM-u	183 100 %	112 100 %	139 100 %	134 100 %	115 100 %	107 100 %	106 100 %
Maloljetnički zatvor	24 13,2 %	5 4,5 %	20 14,4 %	4 3 %	6 5,2 %	3 2,8 %	5 4,7 %
Pridržaj MZ	86 47,2 %	42 37,5 %	36 25,9 %	24 17,9 %	34 29,5 %	45 42 %	46 43,5 %
Pridržaj MZ uz izrečenu OM	/	10 8,9 %	22 15,8 %	21 15,7 %	10 8,7 %	11 10,2 %	11 10,4 %
ODGOJNE MJERE	63 34,6 %	49 43,7 %	60 43,2 %	84 62,7 %	64 55,6 %	47 44 %	43 40,5 %
Ostalo	10 5 %	6 5,4 %	1 0,7 %	1 0,7 %	1 1 %	1 1 %	1 1 %

Podaci o strukturi izrečenih sankcija pokazuju kako se od općih kaznenopravnih sankcija mlađim punoljetnicima najčešće izriče uvjetna kazna zatvora, i to u prosjeku u tri četvrtine slučajeva, a zatim kazna bezuvjetnog zatvora, u pravilu od 15 % do 20 % slučajeva. Novčana se kazna izriče rijetko, u manje od 1 % slučajeva godišnje. Ti podaci upućuju na činjenicu da sudovi prema mlađim punoljetnicima izriču one sankcije koje se najčešće izriču i odraslim počiniteljima, a kod mlađih punoljetnika zasigurno se češće radi

¹⁰⁷ Izvor: Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Statistička izvješća 2012.–2019.

o prethodnoj neosuđivanosti, koja se uzima kao olakotna okolnost prilikom izbora vrste i mjere sankcije.

Kada se radi o maloljetničkim sankcijama, ne postoji neka konstanta u pogledu vrste najčešće izrečene maloljetničke sankcije, već situacija varira od godine do godine. Mlađim punoljetnicima najčešće se izriču odgojne mjere te pridržaj izricanja maloljetničkog zatvora. Maloljetnički zatvor izriče se ovisno od godine do godine, pa je tako 2017. bio izrečen u samo tri slučaja, a 2012. u 24 slučaja. U otprilike 10 % slučajeva mlađem su punoljetniku uz pridržaj izricanja kazne maloljetničkog zatvora izrečene i odgojne mjere, kombinacija koja se u slučaju maloljetnih počinitelja više izriče kao pravilo nego kao iznimka.

Statistički podaci o vrsti kaznenih djela za koje su osuđeni mlađi punoljetnici upućuju na to koliko je sličnosti između strukture kriminaliteta maloljetnika i mlađih punoljetnika.

Tako mlađi punoljetnici u okvirno 55-60 % slučajeva čine imovinska kaznena djela, od kojih se većina odnosi na kaznena djela krađe (čl. 228 KZ-a) i kaznena djela teške krađe (čl. 229. KZ-a) te u manjem broju na kazneno djelo razbojništva (čl. 230. KZ-a), zatim kaznena djela protiv zdravlja ljudi koja se odnose na kaznena djela zlorabotrebne opojnih droga, u prosjeku oko 9 % godišnje, te kaznena djela protiv života i tijela, u prosjeku oko 7-8 % godišnje, od kojih se većina odnosi na kaznena djela tjelesne ozljede (čl. 117. st. 1. i 2. KZ-a) i kazneno djelo teške tjelesne ozljede (čl. 118. st. 1. i 2.).¹⁰⁸

Kada uspoređujemo strukturu kriminaliteta maloljetnika i mlađih punoljetnika, možemo zaključiti da postoji mala razlika u karakteristikama kriminaliteta navedenih dobnih skupina, što govori u prilog opravdanosti primjene maloljetničkog kaznenog zakonodavstva i na dobnu kategoriju mlađih punoljetnika kada su ispunjeni uvjeti za to.

5.2. Istraživanje predmeta mlađih punoljetnika u praksi Općinskog suda u Splitu¹⁰⁹

Za potrebe istraživanja opsega i načina primjene čl. 105. ZSM-a u domaćoj sudskoj praksi prikupljene su i analizirane 154 osuđujuće prvostupanjske presude Općinskog suda u Splitu (dalje: OS Split) u kojima su okrivljenici bili mlađi punoljetnici, donesene u razdoblju od pet godina (2014. do 2018. godine).¹¹⁰ U

¹⁰⁸ Podaci prema Statističkim izvješćima Državnog zavoda za statistiku za razdoblje od 2012. do 2019.

¹⁰⁹ Zahvaljujemo sutkinji Općinskog suda u Splitu Tei Budimlić na pomoći u prikupljanju podataka.

¹¹⁰ Iz istraživanja su izostavljene presude kojima je izdan kazneni nalog. Kao početnu godinu odabrali smo 2012., međutim, s obzirom na način vođenja evidencije predmeta, nisu nam bile dostupne presude iz 2012. i 2013. godine.

nastavku će biti prikazana analiza nekih čimbenika relevantnih za ocjenu primjene maloljetničkog prava prema mlađim punoljetnicima koji su bili dostupni iz presuda.

5.2.1. Primjena maloljetničkog prava prema mlađim punoljetnicima

Tablica 3.

PRIMJENA MALOLJETNIČKOG PRAVA NA MLAĐE PUNOLJETNIKE U PRAKSI OPĆINSKOG SUDA U SPLITU

Godina	Osuđeni mlađi punoljetnici	Mlađi punoljetnici prema kojima je primijenjen čl. 105. ZSM-a
2014.	24	5 20,83 %
2015.	18	3 16,66 %
2016.	47	4 8,51 %
2017.	44	5 11,36 %
2018.	39	3 7,69 %
Ukupno	172	20 11,62 %

Od ukupnog broja analiziranih presuda (154) koje su obuhvatile 172 mlađa punoljetnika u 19 presuda prema 20 mlađih punoljetnika izrečene su maloljetničke sankcije.¹¹¹

Maloljetničke sankcije primjenjuju se na mlađe punoljetnike u prosjeku u 12 % slučajeva, međutim primjetno je da ne postoji konstantan trend u primjeni maloljetničkih sankcija. Tako je očit pad primjene u 2018. godini u odnosu na prethodne godine, a pogotovo u odnosu na 2014. i 2015. godinu.¹¹² Na temelju tih podataka može se zaključiti kako primjena maloljetničkih sankcija prema mlađim punoljetnicima u praksi OS Split korespondira s primjenom na razini Republike Hrvatske.¹¹³

¹¹¹ Maloljetničke sankcije izrečene su u predmetima: Kmp-72/17, Kmp-84/17, Kmp-118/16, Kmp-121/16, Kmp-99/2016, KML-159/12, KML-89/14, KML-103/13, KML-53/12, KML-95/2012 (prema jednom ml. punolj. primijenjen je čl. 105., prema drugom nije), KML-134/12 (čl. 105. primijenjen je prema oba okrivljenika), KML-95/13, KML-102/13, KML-118/13, Kmp-32/18, KML-161/13, Kmp-16/17, Kmp-48/15, Kmp-53/15.

¹¹² Međutim treba naznačiti da za 2014. i 2015. nisu bile dostupne sve osuđujuće presude protiv mlađih punoljetnika

¹¹³ Prosjek na razini RH za razdoblje od 2014. do 2018. godine iznosi 10,2 %. Ako promatramo samo posljednje tri godine (2016.–2018.), taj je postotak na razini OS Split gotovo isti (9,2 %) kao postotak na razini Republike Hrvatske (9,4 %).

5.2.1.1. Pravni temelj za primjenu maloljetničkog prava

Premda članak 105. ZSM-a predstavlja pravni temelj za primjenu maloljetničkog prava prema mlađim punoljetnicima, u čak polovici analiziranih presuda (53 %) u kojima je primijenjeno maloljetničko pravo sud se nije pozvao na odgovarajuću zakonsku odredbu. Tek u devet presuda sud u izreci navodi čl. 105. ZSM-a kao pravni temelj, a u preostalim se predmetima poziva samo na odredbe ZSM-a koje određuju uvjete za primjenu pojedine maloljetničke sankcije, primjerice čl. 28. i/ili čl. 10. ZSM-a. Premda ZSM u st. 4. čl. 105. navodi kako sud maloljetničku sankciju izriče primjenom st. 1. tog članka, sudovi se ne pozivaju na spomenutu odredbu, što upućuje na nedostatnu preciznost i jasnoću u izražavanju prilikom donošenja presude, ali jednako tako može upućivati na nerazumijevanje pravne osnove primjene maloljetničkog zakonodavstva prema mlađim punoljetnicima. Budući da je primjena općeg kaznenog zakonodavstva pravilo, pravni temelj primjene maloljetničkih sankcija kao iznimke kao i razlozi za takvu primjenu trebali bi biti jasno naznačeni u presudi jer se u protivnom zamagljuje razlika između pravne osnove izricanja maloljetničkih sankcija prema maloljetnim okrivljenicima koji su u vrijeme suđenja navršili 18 godina od okrivljenika mlađih punoljetnika. Tako iz nekih presuda u kojima su u istom predmetu okrivljenici bili maloljetnici i mlađi punoljetnici ne proizlazi jasno na kojem je pravnom temelju izrečena maloljetnička sankcija. I praksa Vrhovnog suda upućuje na postojanje nejasnoća u razlikovanju pravnog temelja za izricanje maloljetničkih sankcija među prvostupajskim sudovima.¹¹⁴

5.2.2. Dob mlađih punoljetnika

Tablica 4.

DOB MLAĐIH PUNOLJETNIKA PREMA KOJIMA JE PRIMIJENJEN ČL. 105. ZSM-a

Dob mlađih punoljetnika prema kojima je primijenjen čl. 105. ZSM-a	Dob u vrijeme počinjenja kaznenog djela	Dob u vrijeme izricanja prvostupajnske presude
18 godina	13 65 %	0 0
19 godina	2 10 %	3 15 %
20 godina	5 25 %	5 25 %
21 godina	0 0	10 50 %
22 godine	0 0	2 10 %
Ukupno	20 100 %	20 100 %

¹¹⁴ Vidi VSRH, Kžm 19/20176.

S obzirom na to da mogućnost primjene maloljetničkog prava ovisi o navršenoj dobi u vrijeme suđenja, bilo je potrebno analizirati dob mlađih punoljetnika kako u vrijeme počinjenja kaznenog djela tako i u vrijeme suđenja.¹¹⁵ Čak tri četvrtine mlađih punoljetnika kojima su izrečene maloljetničke sankcije nije navršilo 20 godina u vrijeme počinjenja djela, a većina je (65 %) *tempore criminis* tek navršila 18 godina. Taj podatak upućuje na to da sud prilikom izricanja sankcije vodi računa o činjenici da se radi o osobama koje su tek postale punoljetne, pa primjenom čl. 105. ublažava izražene razlike između sankcija općeg i maloljetničkog zakonodavstva kod takvih osoba. Što se tiče dobi u vrijeme suđenja, 60 % okrivljenika navršilo je već 21 godinu u vrijeme donošenja prvostupanske presude, što znači da prema njima nije bilo moguće izreći zavodsku odgojnu mjeru ili odgojnu mjeru upućivanja u disciplinski centar.

U predmetima u kojima je primijenjeno opće kazneno zakonodavstvo čak polovica (76) mlađih punoljetnika u vrijeme donošenja prvostupanske presude već je bila navršila 23 godine, što znači da im nije bilo moguće izreći nijednu maloljetničku sankciju. To je vidljivo i iz obrazloženja pojedinih presuda, u kojima se izriječom navodi mišljenje socijalnog pedagoga kako primjena maloljetničke sankcije nije moguća zbog kronološke dobi počinitelja. Treba uzeti u obzir i činjenicu da je nemali broj onih koji su u vrijeme donošenja prvostupanske presude navršili već 22 godine (22 %), kada je upitna ne samo svrhovitost već i teoretska i praktična mogućnost izvršenja maloljetničke sankcije. Na nesvrhovitost izricanja maloljetničkih sankcija u toj dobi upućuje i podatak da je tek dvoje mlađih punoljetnika kojima su izrečene maloljetničke sankcije u vrijeme donošenja prvostupanske presude navršilo 22 godine.

Na temelju podataka o dobi okrivljenika u vrijeme suđenja može se zaključiti da su maloljetničke sankcije izrečene u 21 % slučajeva u kojima je bilo uopće moguće primijeniti čl. 105. ZSM-a s obzirom na dob (odnosno 17 % za razdoblje od tri posljednje promatrane godine), što bi upućivalo na to da je sud ipak skloniji primijeniti maloljetničko pravo nego što to pokazuju podaci iz Tablice 1. i 3.

5.2.3. Vrsta kaznenih djela

Istraživanje pokazuje da struktura kriminaliteta mlađih punoljetnika u praksi OS Split ne odstupa mnogo od one na razini Republike Hrvatske. U 55 % (11 od 20) slučajeva u kojima je primijenjeno maloljetničko zakonodavstvo mlađi su punoljetnici osuđeni za imovinska kaznena djela, od čega najčešće

¹¹⁵ Dob okrivljenika u vrijeme suđenja utvrđivana je prema datumu donošenja prvostupanskih presuda.

za kaznena djela krađe te teške krađe (73 % svih presuda koje se odnose na imovinska kaznena djela). Tako deset presuda u kojima je 11 mlađih punoljetnika osuđeno za imovinska kaznena djela obuhvaća ukupno 29 imovinskih kaznenih djela. Nakon imovinskog kriminaliteta slijede kaznena djela protiv zdravlja ljudi, i to zlouporaba droge (25 %). Na trećem mjestu po zastupljenosti jesu kaznena djela protiv sigurnosti prometa (10 %), a na posljednjem mjestu kaznena djela protiv života i tijela te kaznena djela protiv opće sigurnosti. Slični su trendovi i kod kaznenih djela mlađih punoljetnika, prema kojima su primijenjene sankcije KZ-a. Na prvom je mjestu imovinski kriminalitet (61 %), zatim slijede kaznena djela protiv zdravlja ljudi (11,9 %) te kaznena djela protiv života i tijela (11,1 %). Za usporedbu, potonja kaznena djela u slučajevima primjene čl. 105. zastupljena su s tek 5 % slučajeva, što govori o tendenciji suda da kaznena djela protiv života i tijela ipak rjeđe okarakterizira kao mladenački delikt.

Iz analize presuda u kojima je primijenjeno maloljetničko pravo zamjetno je kako sud ne obrazlaže detaljnije, to jest uopće, razloge zbog kojih smatra da se radi o mladenačkom deliktu, već se u pravilu zadržava na navođenju relevantnog dijela odredbe čl. 105. i konstataciji da je djelo s obzirom na vrstu i način počinjenja odraz mladenačke dobi. Stoga na temelju obrazloženja presuda nije moguće utvrditi koji čimbenici vezani uz vrstu kaznenog djela i način počinjenja pretežu pri donošenju odluke. Takav zaključak možemo izvoditi posredno iz činjeničnih opisa kaznenih djela za koja su mlađi punoljetnici osuđeni. Tako je vidljivo da se u većini slučajeva radi o temeljnim oblicima kaznenog djela, a u jednom slučaju kaznenog djela izazivanja prometne nesreće u cestovnom prometu radilo se o privilegiranom obliku, odnosno počinjenju djela iz nehaja. Kvalificirani oblici primjetni su kod imovinskih delikata (teška krađa i razbojnička krađa), ali je riječ u uobičajenoj fenomenologiji tih kaznenih djela, bez dodatnih otegotnih okolnosti. Nadalje, predmeti zlouporabe droga odnosili su se na nabavu i posjedovanje, a u jednom slučaju omogućavanje trošenja marihuane. Iz svega se može iščitati da se radi o uobičajenom, klasičnom načinu počinjenja lakih i srednje teških kaznenih djela.

Iz analize presuda može se zaključiti da sud prilikom odlučivanja o primjeni maloljetničkog prava stavlja naglasak na ličnost počinitelja u znatno većoj mjeri nego na samu vrstu i način počinjenja djela. To dodatno potvrđuje analiza kaznenih djela mlađih punoljetnika kojima su izrečene sankcije KZ-a, a koja ne odstupaju u značajnijoj mjeri od prethodno opisanih vrsta i modusa počinjenja kaznenih djela. Takav zaključak ide u smjeru utvrđenog stava kako se mladenački delikt ne može okarakterizirati kao takav bez analize ličnosti mlađeg punoljetnika. Ipak, neovisno o tome, a budući da ZSM izrijeком postavlja takav kriterij, sudovi bi trebali u obrazloženju presude navesti razloge vezane i uz okolnosti počinjenja kaznenog djela, a ne samo uz ličnost, a koje taj delikt čine mladenačkim, odnosno adekvatnim za primjenu čl. 105.

Na ovom mjestu valja upozoriti i na rezultate istraživanja primjene kazne maloljetničkog zatvora u praksi Županijskog suda u Zagrebu,¹¹⁶ a iz koje proizlazi da se svi slučajevi primjene te sankcije u razdoblju od 2012. do 2017. odnose upravo na mlađe punoljetnike. Osuđenim mlađim punoljetnicima izrečena je kazna maloljetničkog zatvora zbog počinjenja kaznenih djela razbojništva, razbojništva u pokušaju, silovanja te ubojstva u pokušaju.¹¹⁷ Kada je riječ o odstupanju od uobičajene fenomenologije kriminaliteta mladih osoba, treba upozoriti na predmet u kojem je izrečena maloljetnička sankcija iako je utvrđeno kako način počinjenja kaznenog djela „odskae od uobičajenog javnog oblika kaznenog djela razbojništva, poglavito kad su počinitelji mlade osobe, a k tome su djelo počinili uz dva kvalifikatorna elementa“, a na temelju procjene stručne službe da je djelo posljedica mladenačke nepromišljenosti i da postoje druge olakotne okolnosti.¹¹⁸ Takav pristup sugerira da su vrsta i način počinjenja djela u našoj sudskoj praksi podređeni ocjeni ličnosti počinitelja, koja preteže u odluci o primjeni čl. 105. ZSM-a.

5.2.4. Izrečene sankcije

5.2.4.1. Vrsta izrečenih sankcija

Tablica 6.

MALOLJETNIČKE SANKCIJE IZREČENE MLAĐIM PUNOLJETNICIMA

Godina	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.	Ukupno
SANKCIJE prema ZSM-u	5 100 %	3 100 %	4 100 %	5 100 %	3 100 %	20 100 %
Pridržaj maloljetničkog zatvora	3 60 %	-	1 25 %	1 20 %	-	5 25 %
Pridržaj MZ uz izrečenu odgojnu mjeru	1 20 %	3 100 %	1 25 %	3 60 %	3 100 %	11 55 %
Odgojne mjere	1 20%	-	2 50%	1 20%	-	4 20%

¹¹⁶ Zagorec, M., Maloljetnički zatvor u hrvatskom kaznenopravnom sustavu, doktorski rad, Zagreb, 2019, str. 190.

¹¹⁷ Usporednom analizom tih slučajeva u istraživanju se zaključuje da sud nema jedinstvene kriterije po kojima bi postupao u slučaju odmjeravanja kazne maloljetničkog zatvora ni pridržaja maloljetničkog zatvora. *Ibid.* str. 204.

¹¹⁸ I Kž 445/14-6.

U 80 % slučajeva sud je mlađim punoljetnicima izrekao pridržaj maloljetničkog zatvora,¹¹⁹ a od toga je u 69 % slučajeva uz pridržaj određena jedna ili više odgojnih mjera. U četiri slučaja (20 %) sud je mlađim punoljetnicima izrekao odgojne mjere. U sva četiri slučaja radilo se o imovinskim kaznenim djelima, a sud se pri donošenju odluke vodio mišljenjem stručnih suradnika da su mlađi punoljetnici stabilizirali svoje ponašanje, odnosno da je došlo do znatnog poboljšanja ponašanja.

Usporedbom tih podataka s podacima o izrečenim maloljetničkim sankcijama u RH u istom razdoblju vidljivo je da trendovi nisu jednaki budući da je pridržaj maloljetničkog zatvora na razini RH (30,8 %), a pogotovo pridržaj maloljetničkog zatvora uz odgojnu mjeru (12,5 %), izrican znatno rjeđe. Na razini RH polovica izrečenih maloljetničkih sankcija otpada na odgojne mjere (49,6 %), dok su u praksi OS Split odgojne mjere samostalno izrečene u tek 20 % slučajeva. Pri tom treba napomenuti da podaci za RH obuhvaćaju predmete županijskih i općinskih sudova, što upućuje na restriktivniju praksu postupanja OS Split u odnosu na vrstu izrečenih maloljetničkih sankcija. Ipak, treba upozoriti na pozitivnu praksu OS Split da češće izriču odgojne mjere uz pridržaj maloljetničkog zatvora, za razliku od cijele RH, gdje je veći udio izricanja samo pridržaja. Smatramo da se svrha kažnjavanja i individualizacija kažnjavanja u slučajevima kada se radi o mladenačkom deliktu može lakše i bolje ostvariti u kombinaciji maloljetničkih sankcija, odnosno uz odgojne mjere kojima se nalažu pojedine obveze mlađim punoljetnicima.

Što se tiče sankcija izrečenih prema općem kaznenom zakonodavstvu, u čak 71 % slučajeva primijenjena je uvjetna osuda kao supstitut kazni zatvora (od toga se 4,6 % odnosi na uvjetnu osudu sa zaštitnim nadzorom), a bezuvjetni je zatvor izrečen u 15 % slučajeva. Rad za opće dobro izrečen je u 9 % slučajeva, a djelomična uvjetna osuda u 4 %. Ako usporedimo s podatkom o broju primijenjenih uvjetnih osuda na razini Republike Hrvatske za isto razdoblje (2014. do 2018.), vidimo da se podaci gotovo preklapaju. Ipak, bezuvjetni zatvor na razini RH primijenjen je znatno češće, u gotovo 30 % slučajeva, što se može pripisati činjenici da podaci za RH obuhvaćaju i presude županijskih sudova u kojima se češće izriče bezuvjetni zatvor.

5.2.4.2. Primjena članka 106. ZSM-a

Iako ZSM daje sudu mogućnost ublažavanja kazne mlađem punoljetniku prema kojem se primjenjuje opće kazнено zakonodavstvo, ni u jednom predmetu u analiziranom razdoblju u kojem su izrečene sankcije KZ-a (135 presuda) OS Split nije ublažio kaznu na temelju čl. 106. ZSM-a. Razlozi neiskorišta-

¹¹⁹ U 69 % slučajeva vrijeme provjeravanja bilo je dvije godine.

vanja te mogućnosti mogu se pronaći u činjenici da je u većini predmeta sud zamijenio kaznu zatvora uvjetnom osudom ili radom za opće dobro na slobodi smatrajući očito takve supstitute odgovarajućima dobi okrivljenika i okolnostima počinjenja kaznenog djela, odnosno dovoljno „blagima“ i bez ublažavanja kazne. Smatramo da bi sud trebao više voditi računa o mogućnostima iz čl. 106. ZSM-a i na taj način omogućiti dodatno individualizaciju u kažnjavanju sukladno dobi i drugim okolnostima na strani mlađeg punoljetnika, pogotovo u onim slučajevima kada bi bili ispunjeni uvjeti za primjenu čl. 105., ali zbog dobi mlađeg punoljetnika u vrijeme suđenja nije moguće izreći maloljetničku sankciju. Takav stav podupire i analiza stranih zakonodavstava (Njemačka).

5.2.5. Okolnosti relevantne za izbor vrste i mjere sankcije

5.2.5.1. Ispunjenje svrhe sankcija

Izrečene maloljetničke sankcije treba promotriti kroz prizmu drugog uvjeta iz čl. 105. ZSM-a, koji se odnosi na ispunjenje svrhe sankcija. Za razliku od obrazloženja presuda vezanih uz vrstu i način počinjenja djela koji upućuju na mladenački delikt, sud ipak nešto više pozornosti u presudama daje navođenju okolnosti vezanih uz ličnost počinitelja, osobne i obiteljske prilike. Ipak, značajna je razlika između presuda u kojima je obrazloženje navedeno u nekoliko rečenica i onih u kojima je na više stranica teksta izloženo mišljenje stručnih suradnika o primjeni sankcije i u kojim su obrazloženi razlozi za prihvaćanje takva mišljenja. Tako se može izdvojiti šest presuda u kojima je sud posvetio više prostora analizi okolnosti vezanih uz svrhu kažnjavanja, dok se u većini preostalih presuda sud najčešće zadržavao na navođenju relevantnih zakonskih odredbi te pozivanju na mišljenje stručnih suradnika bez spominjanja konkretnih okolnosti, tj. osobnih prilika mlađeg punoljetnika.

S obzirom na to da temelj za primjenu čl. 105. ZSM-a predstavljaju podaci iz čl. 78. ZSM-a, bilo je potrebno analizirati u kojoj su mjeri ti podaci prikupljeni i korišteni kao dokaz u postupku. U svim predmetima u kojima je izrečena maloljetnička sankcija tijekom postupka pribavljen je nalaz i mišljenje stručnog suradnika državnog odvjetništva i/ili je ispitan sudski stručni suradnik. U tri predmeta pozvan je i ispitan na raspravi jedan od roditelja kao svjedok. Što se tiče predmeta u kojima je primijenjeno opće kazneno zakonodavstvo, iz obrazloženja presuda proizlazi da su podaci potrebni za ocjenu psihofizičkog razvoja i o osobnim i obiteljskim prilikama pribavljeni u 46 % slučajeva. Analiza pokazuje da sud nije pribavljao podatke ili da to nije naznačeno u presudi i u nekim slučajevima mlađih punoljetnika prema kojima se s obzirom na dob u vrijeme suđenja mogla izreći maloljetnička sankcija, što treba kritizirati s obzirom na obvezu prikupljanja podataka sukladno čl. 78. ZSM-a.

5.2.5.2. Ranija osuđivanost

Čak 80 % mlađih punoljetnika kojima su izrečene maloljetničke sankcije nije ranije osuđivano ni maloljetnički tretirano, a njih četvero bilo je ranije u maloljetničkom tretmanu. Taj podatak potkrepljuje mišljenje da je ranija neosuđivanosti značajan kriterij prilikom odlučivanja o primjeni maloljetničkih sankcija. Sud je tako u osam slučajeva (od 20) izrijeком naglasio raniju neosuđivanost kao olakotnu okolnost pri izricanju sankcija. U presudama u kojima su mlađi punoljetnici ranije bili u maloljetničkom tretmanu sud je obrazlagao razloge zbog kojih je primjena maloljetničke sankcije opravdana i svrhovita: da su mlađi punoljetnici koji su se u vrijeme suđenja nalazili već u odgojnom zavodu ispunjavali sve postavljene obveze, odnosno da je izvršenje odgojne mjere dalo dobre rezultate.¹²⁰ Za usporedbu, u predmetima u kojima je primijenjeno opće kazneno zakonodavstvo udio ranije osuđivanih mlađih punoljetnika jest 35 %.

5.2.5.3. Priznanje krivnje

Priznanje okrivljenika može, zajedno s drugim okolnostima, poput izraženog žaljenja zbog počinjenja djela, isprike oštećeniku i sl., upućivati na pozitivno ponašanje nakon počinjenja kaznenog djela, koje se može vrednovati kao olakotna okolnost.¹²¹ U tom smislu 85 % okrivljenika kojima su izrečene maloljetničke sankcije priznalo je počinjenje kaznenog djela, a sud je u 8 slučajeva (40 %) kao olakotnu okolnost izrijeком naveo priznanje počinjenja kaznenog djela cijeneći je zajedno s okolnošću izraženog žaljenja za počinjeno djelo. Međutim visok postotak priznanja krivnje zamjetan je i u predmetima mlađih punoljetnika prema kojima je primijenjeno opće kazneno zakonodavstvo. Tako je u 2018. godini čak 86 % mlađih punoljetnika priznalo počinjenje djela.

5.2.5.4. Dob počinitelja

Iako kod mlađih punoljetnika činjenica mlade dobi omogućava ublažavanje kazne, a pod uvjetima iz čl. 105. i primjenu maloljetničkih sankcija, sud je u pet presuda dob počinitelja uzeo ujedno kao olakotnu okolnost prilikom izbora sankcije. Takvo postupanje može se preispitivati s aspekta zabrane dvostrukog

¹²⁰ Kmp-53/15, KML-161/2013.

¹²¹ V. Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., Kazneno pravo, Opći dio II, Kazneno djelo i kaznenopravne sankcije, Zagreb, 2017, str. 245.

vrednovanja iste okolnosti,¹²² mlade dobi počinitelja prvo kao preduvjeta za primjenu maloljetničkih sankcija, a zatim kao okolnosti koja utječe na izbor vrste i mjere maloljetničke sankcije. S druge strane u predmetima u kojima je primijenjeno opće kazneno zakonodavstvo sud je mladu dob uzeo kao olakotnu okolnost u 25 % (39) presuda, od toga su u tri četvrtine slučajeva okrivljenici u vrijeme suđenja navršili 22, odnosno 23 godine, pa izricanje maloljetničke sankcije nije bilo moguće uopće ili je bilo praktički nesvrhovito.

6. ZAKLJUČAK

Iz podataka prikazanih u radu te analizirane sudske prakse možemo zaključiti kako se u našoj sudskoj praksi maloljetničke sankcije prema mladim punoljetnicima ne primjenjuju u velikoj mjeri, odnosno da ima mjesta za širu primjenu odredbe čl. 105. st. 1. ZSM-a, i to poglavito u odnosu na lakša kaznena djela, odnosno kaznena djela iz nadležnosti općinskih sudova. Razloga za takvu praksu sudova ima više, od nedovoljne specijalizacije sudaca za mladež, što dovodi do nedostatne analize svih okolnosti djela i ličnosti mlađeg punoljetnika, do nevoljkosti izricanja maloljetničkih sankcija uslijed problema u izvršenju sve većeg broja maloljetničkih sankcija, posebno zavodskih mjera. S druge pak strane podržavamo restriktivnu primjenu maloljetničkih sankcija kod najtežih kaznenih djela, gdje bi ipak težina djela i način počinjenja, pogotovo kada odstupa od uobičajene fenomenologije maloljetničkog kriminaliteta, trebali biti značajan čimbenik u ocjeni adekvatnosti maloljetničkih sankcija. Premda se izdvajanjem mlađih punoljetnika u posebnu kaznenopravnu kategoriju nastoji ublažiti prijelaz mladih osoba u odraslost, smatramo kako bi preširoka primjena maloljetničkog prava koja bi postala gotovo pravilo, a kakvu uočavamo primjerice u njemačkoj sudskoj praksi, dovela do faktičkog brisanja granica i razlika između kaznenopravnog položaja maloljetnika i mlađih punoljetnika, odnosno do faktičkog povisivanja gornje granice maloljetništva.

Međutim, o širini primjene maloljetničkog prava prema mladim punoljetnicima ne možemo izvoditi zaključke isključivo na temelju podatka o udjelu izrečenih maloljetničkih sankcija. Naime nije zanemariva činjenica da prema jednom značajnom dijelu mlađih punoljetnika sudovi, čak i ako bi bili ispunjeni drugi uvjeti, ne mogu, niti bi to bilo svrhovito, primijeniti čl. 105. zbog dobi navršene u vrijeme suđenja. U takvim bi slučajevima međutim sudovi mogli ublažiti izrečenu kaznu općeg kaznenog zakonodavstva sukladno čl. 106. ZSM-a, a ta mogućnost, sudeći po provedenom istraživanju, do sada nije korištena u praksi.

¹²² V. Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Osijek, 2016, str. 423–424.

Osim toga, pri ocjeni širine primjene maloljetničkog zakonodavstva treba uzeti u obzir i mogućnost primjene neformalnih sankcija maloljetničkog zakonodavstva sukladno načelu svrhovitosti već prije početka kaznenog postupka, a podaci upućuju na to da državno odvjetništvo kod nas relativno široko primjenjuje taj institut na mlađe punoljetnike.

Izricanju maloljetničkih sankcija prema mlađem punoljetniku prethodi primjena odgovarajućih procesnih odredbi ZSM-a tijekom kaznenog postupka i premda je zakonodavac diferencirao mogućnosti primjene tih odredbi, smatramo da ima prostora za propisivanje njihove šire primjene. S obzirom na ključnu ulogu podataka iz čl. 78. ZSM-a kod odlučivanja o primjeni maloljetničkog prava, *de lege ferenda* trebalo bi proširiti na mlađe punoljetnike i odredbu čl. 83.a ZSM-a o obvezi ažuriranja tih podataka tijekom postupka. Osim toga *de lege ferenda* smatramo svrhovitim i potrebnim proširiti primjenu čl. 65. i 66. ZSM-a u slučajevima kada su ispunjeni uvjeti iz čl. 105. ZSM-a, odnosno prilagoditi način izvršavanja istražnog zatvora činjenici mlade dobi i ličnosti mlađeg punoljetnika

Naposljetku, može se zaključiti da je na državnom odvjetništvu i sudovima da u zakonodavnom okviru koji je postavljen adekvatno (uz predložene izmjene) i prati suvremene trendove kaznenog postupanja prema mladim osobama iznađu odgovarajuću mjeru primjene maloljetničkog prava kako prije formalnog početka postupka tako i tijekom postupka, što je moguće isključivo temeljitom analizom i ocjenom kako osobnih okolnosti mlađih punoljetnika tako i okolnosti počinjenja djela u svakom pojedinom slučaju.

LITERATURA

1. Bruckmüller, K., Austria, u: Decker, S. H., Marteache, N., (ur.): International Handbook of Juvenile Justice, Springer, 2017, str. 219-238.
2. Buljan Flander, G.: Adolescencija – izazovi odrastanja, preuzeto s web-stranice Poliklinike Grada Zagreba za zaštitu djece i mladih, rujan 2013.
3. Carić, A., Mlađi punoljetni počinitelji kaznenih djela i novela KZ-a iz 2006., Zbornik radova posvećen prof. dr. sc. Franji Bačiću, Skoplje – Zagreb, 2007, str. 279-320.
4. Carić, A., Mlađi punoljetnici i dugotrajan zatvor: Quo vadis hrvatsko maloljetničko zakonodavstvo?, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 3, 2009, str. 507-511.
5. Carić, A., Zakon o sudovima za mladež i odredbe o maloljetnicima u Zakonu o prekršajima s komentarskim bilješkama, poveznicama i sudskom praksom, Narodne novine, Zagreb, 2004.
6. Carić, A., Mrduljaš-Pervan, D., 3. radionica: Mlađi punoljetnici i kaznenopravna zaštita djece i maloljetnika, Izvješća iz radionica X. savjetovanja Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, HLJKPP, vol. 5, br. 1, 1998, str. 367-376.

7. Cvjetko, B., Singer, M., Kaznenopravna odgovornost mladeži u teoriji i praksi, Zagreb, 2011.
8. Derenčinović, D., Getoš, A., Uvod u kriminologiju s osnovama kaznenog prava, Zagreb, 2008.
9. Dragičević Prtenjača, M., Bezić, R., Perspektiva uvođenja doktrine doli incapax u hrvatsko maloljetničko kazneno pravo, *Macedonian Journal for Criminal Law and Criminology*, 25 (2018), 1, str. 1-37.
10. Dünkel, F., Heinz, W., Germany, u: Decker, S. H., Marteache, N., (ur.): *International Handbook of Juvenile Justice*, Springer, 2017, str. 305-326.
11. Dünkel, F., Pruin, I., Young adult offenders in the criminal justice systems of European countries, u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (ur.), *Juvenile Justice Systems in Europe, Current Situation and Reform Developments*, vol. 3, Forum Verlag Godesberg, 2011, str. 1583-1607.
12. Ferwerda, H. B., Juvenile Justice and Juvenile Crime in the Netherlands, u: Winterdyk, J. A. (ur.), *Juvenile Justice: International Perspectives, Models and Trends*, CCR Press, 2015, str. 240-261.
13. Graovac, M., Adolescent u obitelji, *Klinika za psihijatriju KBC Rijeka, Medicina fluminensis*, vol. 46, br. 3, 2010, str. 261-266.
14. Hirjan, F., Singer, M., Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika, Zagreb, 2002.
15. Hirjan, F., Uvodno izlaganje voditelja, Izvješća iz radionica X. savjetovanja Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, *HLJKPP*, vol. 5, br. 1, str. 329-335.
16. Horvatić, Ž., Derenčinović, D., Cvitanović, L., Kazneno pravo, Opći dio II, Kazneno djelo i kaznenopravne sankcije, Zagreb, 2017.
17. Ivičević Karas, E., Consensual justice in Croatian criminal procedural law: the need for a systematic approach, u: Duić, D., Petrašević, T. (ur.): *EU 2020 – lessons from the past and solutions for the future*, Osijek, 2020, str. 405-432.
18. Kujundžić, L., Djeca u kaznenom pravu, počinitelji i žrtve, *Školska knjiga*, Zagreb, 2019.
19. Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Osijek, 2016.
20. Pleić, M., Radić, I., Pre-trial detention of children: European standards and Croatian law, u: Duić, D., Petrašević, T. (ur.), *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC), EE and Member States – Legal and Economic Issues*, Osijek, 2019, str. 521-548.
21. Pruin, I., Dunkel, F., Better in Europe? European responses to young adult offending, Full Report, *Universität Greifswald*, 2015.
22. Radić, I., Hrvatski sustav maloljetničkih sankcija: trenutno stanje i problemi, *HLJKPP*, vol. 24, br.1, 2017. str. 83- 115.
23. Radić, I., Sustav maloljetničkih sankcija, doktorski rad, *Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu*, Zagreb, 2016.
24. Radić, I., Puharić, B., Primjena načela svrhovitosti u postupanju prema maloljetnicima, *HLJKPP (Zagreb)*, vol. 22, broj 2/2015, str. 635-670.
25. Rittossa, D., Božičević Grbić, M., Zakon o sudovima za mladež – reformski zahvati i praktične dileme, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 19, br. 2/2012, str. 615-667.

26. Sarnecki, J., Sweden, u: Decker, S. H., Marteache (ur.), *International Handbook of Juvenile Justice*, 2nd edition, Springer, 2017, str. 445-471.
27. Singer, M., *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*, Zagreb, 1998.
28. Van der Laan, A., G. C. J. Beerthuizen, M., Barendregt, C. S., *Juvenile sanctions for young adults in the Netherlands: A developmental perspective*, *European Journal of Criminology*, lipanj, 2019, str. 1-21.
29. Zagorec, M., *Maloljetnički zatvor u hrvatskom kaznenopravnom sustavu*, doktorski rad, Zagreb, 2019.

Summary

APPLICATION OF JUVENILE LAW IN CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST YOUNG ADULTS

Recent scientific research shows that the process of a young person maturing in modern society is increasingly prolonged and ends only in their mid-20s. This process is not uniform and it is therefore difficult to unambiguously determine the formal age limit of criminal liability in terms of chronological age. This is why modern criminal legislations recognise the category of young adult as a type of transition from juvenile to general criminal legislation, which usually includes persons from 18 to 21 years of age. The legal status of young adults in Croatia is regulated by the provisions of the Juvenile Courts Act (JCA). The general rule is that the provisions of general criminal legislation are primarily valid for young adults, and, in the case of meeting the legal requirements of Art. 105 JCA, certain provisions of juvenile criminal legislation apply. The authors first analyse the substantive and procedural position of young adults in Croatian legislation, and then give an overview of the comparative legal solutions of some European legislation. The second part of the paper presents data on the application of juvenile law in court practice. The aim of the paper is to determine how the provisions of Art. 105 JCA apply to young adults, and to what extent the possibilities provided by the JCA are used in criminal proceedings against young adults. The authors conclude on the possibilities to apply more widely juvenile law in domestic court practice, but not so widely that the boundaries of juvenile age and young adulthood would blur. The authors present *de lege ferenda* solutions in relation to the application of certain procedural provisions.

Keywords: criminal proceedings, young adults, juvenile sanctions, Juvenile Courts Act

Dr. sc. Miroslav Goreta*

BUDUĆNOST FORENZIČKE PSIHIJATRIJE

U radu autor na temelju svog vrsnog poznavanja psihijatrijske teorije i prakse u prošlosti i sadašnjosti po prvi put formulira kao gotovo sigurnu prognostičku konstrukciju teze o razvoju psihijatrije u budućnosti. Najprije se razmatraju definicijske granice pojedinih forenzičkopsihijatrijskih područja, a potom ubrojivost i sloboda volje, procjena opasnosti za okolinu ili za vlastitu osobu te univerzalne klasifikacije mentalnih poremećaja. Slijedi osvrt na pojedina civilnopravna pitanja forenzičke psihijatrije, na koji se nadovezuje dalje razmatrana tematika forenzičke psihijatrije dječje i adolescentne dobi. Autor ističe da će enorman znanstveni napredak korjenito promijeniti samu bit forenzičke psihijatrije te da će fenomen “prevelikog znanja” ugroziti dosadašnje modele suradnje forenzičke psihijatrije i prava i zahtijevati nova, revolucionarna rješenja. U zaključku se iznose konkretne ideje o smjeru budućeg razvoja forenzičkopsihijatrijskog zakonodavstva i forenzičke psihijatrije na globalnoj razini.

Ključne riječi: forenzička psihijatrija, ubrojivost, procjena opasnosti, mentalni poremećaji

1. UVOD

Forenzička psihijatrija u najširem smislu tog pojma danas obuhvaća sva psihijatrijska područja koja su na bilo koji način povezana bilo s teorijskim bilo s praktičnim dimenzijama pravnog sustava (u svim državama svijeta). Iako bi se ta povezanost u svojim temeljnim odrednicama trebala definirati kao univerzalna “forenzička Biblija”, ona to nikada nije bila niti je realno očekivati da bi se to moglo dogoditi u neko dogledno vrijeme – posljednjih se nekoliko godina ipak uočavaju sve učestalije i sve kvalitetnije inicijative da se taj proces što je moguće više ubrza, a da se pritom na bilo koji način ne ugrozi već dosegnuta razina univerzalnih ljudskih prava, ponajprije regulirana općeprihvaćenim međunarodnim dokumentima i – nažalost, samo manjim dijelom – njih-

* Prim. dr. sc. Miroslav Goreta, dr. med., spec. neuropsihijatrije, u mirovini

vom svakodnevnom praktičnom primjenom u *svim* državama svijeta (pri čemu u toj ocjeni, naravno, nikako ne smijemo zanemariti objektivno velike razlike u najširem rasponu i kvalitete i kvantitete tih postignuća među državama koje su na tom planu već do sada postigle iznimno vrijedne rezultate i onih koje se praktički nalaze tek na početku tog puta).

Budući da je ovaj rad dominantno orijentiran prema budućnosti, ona će, naravno, biti apsolutno neproporcionalno zastupljena u odnosu na prošlost i sadašnjost, što, naravno, nikako ne znači da će sva tri navedena razdoblja u njemu biti jasno razdvojena, kako u formalnom tako i sadržajnom pogledu, jer bi to bila i stručno i znanstveno apsolutno nemoguća misija. Kako prethodno navedena ograda ipak donekle “diskriminira” prošlost i sadašnjost, manje na razini njihova temeljnog sadržaja nego na ocjenama njihova globalnog utjecaja na budućnost, ovdje ipak upućujem sve dodatno zainteresirane “povjesničare” i na nekoliko značajnijih kako nacionalnih tako i internacionalnih projekata, koje bez ikakvih dvojbi možemo označiti kao temeljnu građu i za njihovu futurističku relevantnost – ne samo za forenzičku psihijatriju već i za nemali broj njezinih drugih graničnih ili samo parcijalno bliskih znanstvenih disciplina.

Pritom već u ovom uvodnom dijelu posebno upozoravam na gotovo nevjerojatnu različitost – kako psihijatrijskih tako i pravničkih – prevladavajućih stručnih i zakonskih koncepata koji se tvrdokorno održavaju već najmanje stotinjak godina i koji se tek posljednjih nekoliko decenija još uvijek “vrlo oprezno” počinju usklađivati. To je s jedne strane možda najbolje vidljivo u procesu postupnog približavanja temeljnih koncepata *međunarodnih klasifikacija mentalnih poremećaja*,¹² a s druge u sličnim procesima koji se odvijaju na najvišim međunarodnim pravničkim instancama i koji se pritom dodatno zajednički obogaćuju njihovim finalnim objedinjavanjem ponajprije pod okripljem Organizacije ujedinjenih naroda, ali i nemalog broja drugih međunarodnih tijela nadležnih za što je moguće kvalitetniju zaštitu ljudskih prava svih psihijatrijskih pacijenata (na cijelom našem planetu). Iako se ti procesi odvijaju s brojnim teškoćama i dominantno političkim “nerazumijevanjima”, čini se da se oni ipak sve više ubrzavaju i da bi već u nekoj bliskoj budućnosti mogli rezultirati još donedavno nevjerojatnim ishodima, kao što bi to s psihijatrijske strane moglo predstavljati *objedinjavanje aktualno važećih dviju najvažnijih međunarodnih klasifikacija mentalnih poremećaja* (ICD i DSM), a s pravničke slične integracije najvažnijih zakonskih dokumenata kojima se regulira rad svih međunarodnih sudišta. U tim bi procesima najvažniju ulogu i nadalje trebala imati Organizacija ujedinjenih naroda sa svim svojim kontinentalnim i

¹ Američka psihijatrijska udruga. Dijagnostički i statistički priručnik za duševne poremećaje, peto izdanje, DSM-5, Naklada Slap, Jastrebarsko, 2014.

² World Health Organisation. The ICD-10 Classification of Mental and Behavior Disorders, Tenth Revision, Geneve 1992.

nacionalnim “podružnicama” u procesu koji se zapravo odvija već godinama, ali još uvijek s relativno skromnim rezultatima, a povremeno i s jasno pogrešnim rješenjima, koja usprkos najboljim namjerama ne tako rijetko rezultiraju većom štetom nego korišću.^{3,4,5}

2. DEFINICIJSKE GRANICE POJEDINI FORENZIČKOPSIHIJATRIJSKIH PODRUČJA

S obzirom na prethodno samopodrazumijevajuće definiranje forenzičke psihijatrije kao *isključivo pravno-psihijatrijske discipline* u ovom drugom poglavlju već na početku imam potrebu naglasiti apsolutno rizičnu dimenziju takva pristupa u njezinim aktualnim kako nacionalnim tako i internacionalnim razmjerima. Iako je s čisto formalnog pravnog aspekta svaki ozbiljniji “nesporazum” između pojedinog (“psihijatrijski suspektnog”) građanina i “pravne države” već po svojoj temeljnoj definiciji forenzičkopsihijatrijski problem, takvo se automatski definiranje njihova sukoba, po mom sudu, nikako ne bi trebalo preuranjeno označiti kao primarno psihopatološka fenomenologija. Taj bi se sukob u najvećem broju slučajeva mogao i trebao razrješavati na razini općeprihvaćenih *medicinskih* indikacija, iz kojih se, naravno, ne bi trebali “izbacivati” ni bilo koji potencijalno kriminogeni elementi. Oni se međutim ne bi smjeli preuranjeno kvalificirati kao neodgodiva indikacija za primjenu bilo koje psihijatrijske “mjere sigurnosti”, već bi se najčešće trebali tretirati kao (samo) jedan od terapijskih rizika, čija se opravdanost treba potvrditi ili isključiti tek nakon kvalitetno provedenog cjelokupnog preliminarnog dijagnostičkog postupka. S druge bi se strane, naravno, bez ikakvih odgađanja trebale što brže i što kvalitetnije dijagnosticirati osobe koje se i bez detaljne forenzičkopsihijatrijske obrade mogu i u najkraćem roku ocijeniti kao (i psihijatrijski!) visoko rizične i koje se stoga trebaju što hitnije uključiti u odgovarajući psihijatrijski tretman, dok se njihova detaljnija forenzička kategorizacija uvijek može i treba odgoditi do okončanja akutne krizne situacije.

Iako prethodno iznesena preporuka osigurava (na prvi pogled!) jasnu distinkciju između potencijalno visokorizičnih kandidata za neodgodivo in-

³ Kao samo jedan primjer utemeljenosti te tvrdnje posebno ističem, po mom sudu, (u tom kontekstu) apsolutno neopravdano izjednačavanje fizičke i psihičke invalidnosti u Konvenciji UN-a o pravima osoba s invaliditetom (2015), koje sam detaljnije elaborirao u knjizi: *Prilozi za univerzalnu teoriju i praksu prisilnog psihijatrijskog tretmana* (Goreta 2018).

⁴ United Nation: Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The Right to Liberty and Security of Persons with Disabilities, New York, 2015.

⁵ Goreta, M. Prilozi za univerzalnu teoriju i praksu prisilnog psihijatrijskog tretmana, Medicinska naklada, Zagreb, 2018.

diciranje “sigurnosnih mjera” i drugih, samo parcijalno suspektnih “forenzičkih” pacijenata, ona to, nažalost, nikako ne može biti s obzirom na krajnju nepouzdanost ishoda velikog broja psihijatrijskih vještačenja, koja se trajno registrira ne samo u Republici Hrvatskoj već i u nemalom broju forenzički znatno razvijenijih zemalja. Iako bi se prethodna ocjena primarno trebala temeljiti isključivo na stručno-znanstvenim argumentima, ona je po mom sudu (nažalost!) većim dijelom uvjetovana nedostatnom educiranošću vještaka, ali je u nemalom opsegu temeljena i na (svjesnom) kršenju elementarnih etičkih normi, što se u gotovo karikaturalnim razmjerima moglo registrirati i u nekim ekspertizama sačinjenima po nalogu Međunarodnog kaznenog suda u Haagu, u kojima je već na prvi pogled bila jasno predvidiva identifikacijska (možda samo nesvjesna!?) nacionalna povezanost između vještaka i njihova (ili njihovih) ispitnika.

Isti je fenomen u znatno vidljivijem opsegu bio jasno uočljiv u većem broju suđenja za počinjenje ratnih zločina koje su se odvijala (i još se uvijek odvijaju) u bivšim jugoslavenskim republikama, što na ovom mjestu, naravno, uopće nije potrebno posebno komentirati budući da je njegova etiologija jasno razumljiva i svakom psihijatrijskom laiku. Pa kako se taj problem nikako ne može riješiti u okvirima bilo nacionalnih bilo internacionalnih psihijatrijskih organizacija, njegovo stvarno kvalitetno rješavanje i nadalje ostaje jedna od iznimno važnih političkih zadaća, koja će neizbježno postati predmetom jedne (ili više) od budućih deklaracija Organizacije ujedinjenih naroda – najprije na čisto teorijsko-političkoj razini, a zatim i na iznimno zahtjevnom projektu njezine (ili njihove) praktične (univerzalne) implementacije.

Uzimajući u obzir nezaustavljivi trend stalnog povećanja broja psihijatrijskih vještačenja, za koja se ni u hrvatskim ni u međunarodnim okvirima ne nalazi uvjerljiva indikacijska argumentacija, sklon sam zaključiti da ona nemalim dijelom imaju pretežno manipulativni karakter, s dominantnom svrhom redukcije otežavajućih okolnosti kod optuženika, a ne i nalaženja objektivne “psihijatrijske istine”.

Iako znatno rjeđe, takva se ne samo službena sudska već i izvansudska “vještačenja” sve učestalije objavljuju u tiskanim medijima, na televiziji, na internetu i dr., čime se svakodnevno enormno krše profesionalna i etička načela na oba navedena područja. Pa iako su medijske ekspertize neusporedivo brojnije od nedopustivo “otvorenih” ekspertiza u stručnoj i znanstvenoj literaturi, drugospomenute nedvojbeno predstavljaju veći prekršaj, pa ih stoga svakako treba i strože sankcionirati (uz istodobno stalno etičko i znanstveno preispitivanje njihovih što je moguće preciznije definiranih profesionalnih granica).⁶

⁶ Goreta, M. *Errare humanum est – Najčešće pogreške u forenzičko-psihijatrijskoj praksi*, Naklada Slap, Zagreb 2015.

S obzirom na to da se prethodne napomene odnose ponajprije na još uvijek dominantnu “kriminalnu” forenzičku psihijatriju, ovdje već u uvodnom dijelu posebno ističem kako će ona i u budućnosti predstavljati možda najznačajnije područje njezina kako dijagnostičkog tako i terapijskog angažmana, ali će sigurno – svakim danom sve više – biti obogaćivana sve širim spektrom građanskopravnih pitanja. U njima se ta njezina zadaća uopće neće spominjati, ili će predstavljati tek dio njezinih graničnih sadržaja, u koje će nužno biti uključena i ta komponenta, ali samo kao jedna i nadalje važna, ali nikako ne i dominantna odrednica, kako u dijagnostičkom tako i u terapijskom dijelu glavne teme ovog projekta – budućnosti forenzičke psihijatrije.

Prethodna ograda nužno se reflektira i na sam naslov ovog teksta, u kojem se posebno ističe *samo psihijatrija*, iako ona danas više nikako ne može funkcionirati samo na međuodnosu psihijatrije i prava, već se svakim danom sve više dopunjava iznimno značajnim, kako teorijskim tako i praktičnim doprinosima psihologije, socijalne pedagogije, sociologije, politologije i nemalog broja drugih “graničnih” područja. Uz spomenute “vanjske” diferencijacije paralelno se odvijaju procesi unutarnjeg diferenciranja i posebnog definiranja njezinih danas već jasno izdvojenih grana temeljenih na posebnim psihopatološkim, pravničkim, dobnim, “ideološkim” i drugim kriterijima.⁷

Iako se navedeni procesi u pravilu označavaju kao važni dokazi stalnog napretka i teorijske i praktične forenzičke psihijatrije, oni to nužno i ne moraju biti s obzirom na istodobno sve veće širenje ljudskih prava njezinih klijenata, ali i značajnih rizika njihova dodatnog ugrožavanja, budući da njegovi preširoki i previše različiti temeljni koncepti mogu – samo prividno paradoksalno – čak dodatno ugrožavati ta ista prava. Glavni argument za takvu tvrdnju na pravničkoj strani predstavlja enormno širok spektar zakonskih normi u brojnim državama na svih šest kontinenata, koje nikako ne mogu na (barem približno) jednakoj razini štititi ljudska prava svih forenzičkih pacijenata, a na psihijatrijskoj još uvijek zadržano apsolutno nedopustivo kriterijsko šarenilo za definiranje ne samo “forenzičkih” dijagnoza već i najšireg spektra samo rubno za tu populaciju relevantnih dijagnostičkih entiteta.

Stoga već u ovom uvodnom dijelu posebno naglašavam potrebu za što je moguće žurnijim ujednačavanjem kako zakonskih tako i psihijatrijskih normi, koje bi bez većih “regionalnih” odstupanja bile obvezujuće za sve države svijeta (u prvoj fazi za sve države članice Organizacije ujedinjenih naroda, a potom i za sve ostale kandidatkinje za što skorije “učlanjivanje” u tu krovnu organizaciju za zaštitu univerzalnih ljudskih prava, među njima posebno za ljudska prava osoba koje zbog svog privremenog ili trajnog psihičkog hendikepa to nisu u stanju same realizirati).

⁷ Goreta, M. Načelo razmjernosti u psihijatrijskoj teoriji i praksi, Medicinska naklada, Zagreb, 2012.

Na čisto zakonodavnoj razini⁸ spomenuta se problematika može najbolje dijagnosticirati u definiranju članaka o *ubrojivosti*, koji se bitno razlikuju već na globalno kontinentalnom planu (anglosaksonska vs. europska kontinentalna tradicija) i koji se unatoč svim dosadašnjim nastojanjima usmjerenima na njihovo postupno približavanje i – u idealnom ishodu – njihovo konačno objedinjavanje još uvijek bitno razlikuju i ne pokazuju uvjerljiviju tendenciju njihova – već u neko dogleđno vrijeme – *funkcionalno* zadovoljavajućeg objedinjavanja. Određeni pomaci na tom području ipak se uočavaju u “specijalnom” međunarodnom zakonodavstvu, koji možda najbolje ilustriraju pojedina kompromisna rješenja koja su se koristila na (sada već bivšem) Međunarodnom kaznenom sudu za ratne zločine u Haagu, na Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu i još nekim specijalnim sudištima, na čijoj se razini ta problematika ipak ne može zadovoljavajuće riješiti na – u konačnici ipak – najpoželjnijoj svjetskoj razini.

S obzirom na to da ocjena ubrojivosti – uz obvezno davanje ocjene o ispitaničkovoj budućoj *forenzičkoj opasnosti* – najizravnije determinira poduzimanje odgovarajućih kaznenih sankcija i/ili terapijskih preporuka,^{9, 10} ta se problematika nužno dodatno komplicira neizbježnim pitanjima o potencijalno najprimjerenijim sigurnosnim mjerama, od kojih su za temu ovog rada svakako najrelevantnije *psihijatrijske mjere sigurnosti* koje se primarno primjenjuju na području kaznenog prava. Trenutačno je ta tema apsolutno dominantna u cjelokupnoj svjetskoj forenzičkoj psihijatriji, koja, nažalost, još uvijek ne nudi barem približno zadovoljavajuće, univerzalno prihvatljive odgovore, iako nudi čitavo mnoštvo novih ideja. Od njih je svakako najspektakularnija ona o potpunom ukidanju bilo kakva prisilnog psihijatrijskog liječenja, koje bi se – neovisno o svim drugim još uvijek važećim aktualnim kriterijima za njegovo određivanje – u budućnosti moglo provoditi isključivo na temelju pacijentova “slobodnog” pristanka (neovisno o svim dosadašnjim manje ili više univerzalno prihvaćenim kriterijima za davanje takva “slobodnog” pristanka).

Kako “na tom terenu” u nekoj bliskoj budućnosti nije realno očekivati neka općeprihvaćena, definitivnija rješenja, za sada je jedino moguće predvidjeti daljnje intenziviranje tih rasprava i što je moguće šire uključivanje njihovih rezultata u što je moguće većem broju država na svim kontinentima. U toj bi misiji Organizacija ujedinjenih naroda i nadalje trebala imati vodeću ulogu. Ona, naravno, ne bi smjela preuzeti kompletne ovlasti neke svjetske “foren-

⁸ Grozdanić, V. (ur). Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s provedbenim propisima, primjerima sudskih odluka, međunarodnim dokumentima i presudama Europskog suda za ljudska prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2015.

⁹ Arbeitskreis OPD (Hrsg.) Operationalisierte Psychodynamische Diagnostic – Grundlagen und Manual, Verlag Hans Huber, Bern, 1996.

¹⁰ Devereux, Georges. Angst und Methode in den Verhaltenswissenschaften, Carl Hanser Verlag, München, 1967.

zičkopsihijatrijske vlade”, već bi to ponajprije trebala biti uloga koordinatora i predlagača odgovarajućih rješenja, koja bi u najvećoj mjeri bila prihvatljiva za sve njezine članice. Pritom je, jasno, iluzorno očekivati da bi se taj proces mogao finalizirati već u idućih desetak (ili malo više) godina, ali se također ne bi trebao prolongirati *ad Calendas Graecas* (čemu u prilog govori generalna akceleracija najšireg spektra drugih oblika međunarodne suradnje i na velikom broju područja koja nemaju izravnije veze ni s pravom ni sa psihijatrijom). Jasno je da će u tom procesu najveći problem predstavljati još uvijek postojeće goleme razlike u općem stupnju razvijenosti pojedinih država, koje se i u nekim kraćim rokovima mogu zadovoljavajuće kompenzirati jedino uz stalnu materijalnu i svaku drugu pomoć kluba najbogatijih i “najplemenitijih” njegovih predvodnica. Pa iako se takve idealističke projekcije teško mogu pomiriti s trenutačnim razlikama između najmoćnijih i najbogatijih zemalja i onih koje jedva preživljavaju na suprotnom polu, čini se da je taj proces već ipak u tijeku (usprkos još uvijek iznimno brojnim primjerima s potpuno suprotnim predznakom). Konačni izbor i najveća odgovornost (kao i uvijek) pripada prvospomenutoj kategoriji i njezinim vođama, koji u pravilu, dok su na vlasti, nikada (barem ne “službeno”) ne dobivaju etiketu psihički poremećenih zločinaca, a kada tu vlast izgube, nerijetko s “usputnim” žrtvovanjem desetaka, pa i stotina tisuća pripadnika bilo vlastitog bilo “neprijateljskih naroda”, tada dobivaju i više desetaka psihijatrijskih dijagnoza, i to obično onih s jasno prepoznatljivim moralističko-kriminalnim konotacijama. Pa ako u vrlo rijetkim slučajevima i prežive tu fazu vlastite totalne osobne i samo prividno psihijatrijske “degradacije”, njima se nikada ne “dosuđuju” psihijatrijske mjere sigurnosti, već se njihove grandiozne karijere u pravilu zaključuju nekim činom političke osvete ili suicidom kao zadnjom porukom koju su sami odabrali za definitivno povijesno (u pravilu bezizgledno) spašavanje vlastite časti.

S obzirom na prethodno višekratno spominjanu posebnu relevantnost psihijatrijske dijagnostike kako na čisto kliničkom tako i na forenzičkom području, još jednom bih naglasio kako nijedna dijagnoza sama po sebi ne daje kompletan odgovor na bilo koje forenzičko pitanje, već taj odgovor uvijek treba tražiti u manje ili više izravnoj povezanosti njezine psihopatologije i konkretne vještakove argumentacije za davanje što preciznijeg odgovora na pitanje o njezinu izravnom ili možda samo neizravnom utjecaju na glavna pitanja institucije koja je odredila provođenje konkretnog vještačenja. Prethodnom se ogradom, naravno, uopće ne dovodi u pitanje razina vjerojatnosti prema kojoj će pojedine dijagnoze biti značajnije povezane s olakšavajućim ili otežavajućim pravničkim kriterijima, već se samo još jednom naglašava kako svako psihijatrijsko vještačenje zahtijeva apsolutno individualni pristup, u kojem i potpuno identične dijagnoze mogu rezultirati značajno različitim forenzičkim zaključcima, kao što i različite dijagnostičke etikete u nekim drugim okolnostima mogu rezultirati vrlo sličnim ili čak identičnim pravosudnim kvalifikacijama (ubrojivost, opasnost za okolinu,

indikacije za provođenje sigurnosnog psihijatrijskog tretmana i dr.). Ovaj je tekst dominantno orijentiran na budućnost forenzičke psihijatrije – to na ovom mjestu posebno naglašavam – budući da je i prošlost i sadašnjost te struke, po mom sudu, stalno bila (i još je uvijek) pretjerano fokusirana na forenzičku relevantnost pojedinih dijagnostičkih kategorija, dok je manje uzimala u obzir sve ostale kriterije, od kojih su uvijek trebali biti najvažniji: realna faza i simptomatika bolesti (ili “samo” poremećaja) u njezinu forenzički relevantnom vremenu te njezina izravna ili neizravna povezanost s određenom pravničkom problematikom u tom konkretnom vremenskom periodu. Prethodnom se tvrdnjom, naravno, nikako ne dovodi u pitanje mogućnost potpuno različitih prognostičkih ocjena,^{11, 12} čak i kod ispitanika sa sličnom ili gotovo identičnom kliničkom slikom *tempore criminis* (ili neke druge forenzički relevantne situacije), za što vjerujem da će u budućnosti predstavljati znatno važniji forenzički kriterij nego što je to bio sve do ovih novih “revolucionarnih” vremena.

S obzirom na to da je kako čisto klinička tako i forenzičkodijagnostička problematika detaljno “obrađivana” u enormnom broju klasifikacijskih udžbenika, u ovom tekstu samo bih konstatirao da je ona, nažalost, još uvijek maksimalno kontaminirana širokim spektrom interesa, koji prelaze okvire njihovih potencijalno glavnih korisnika i možda se – čak i najvećim dijelom – prilagođavaju nekim drugim zainteresiranim “strankama”, među kojima već najmanje nekoliko decenija vodeća mjesta zauzimaju svjetske farmaceutske firme. Njihovi se glavni interesi apsolutno razumljivo vežu za ostvarenje što je moguće veće financijske dobiti, što se, naravno, nikako ne bi trebalo interpretirati kao njihova generalna moralna insuficijentnost sve dok taj kriterij ne postane njihova osnovna “egzistencijalna filozofija”, koja će u određenom trenutku prevladati temeljnu svrhu njihove cjelokupne profesionalne i moralne opstojnosti.

Budući da je ta tematika bila naglašeno prepoznatljiva tijekom cjelokupnog kreiranja pete verzije klasifikacije mentalnih poremećaja Američke psihijatrijske udruge,¹³ ovdje nema potrebe za još jednim detaljnim obrazlaganjem tog pitanja, no pritom se ipak ne bi trebala zanemariti za ovu temu presedanska činjenica da je zadnji dio tog priručnika posvećen alternativnim futurističkim prijedlozima, koji su po mom sudu mogli biti službeno preporučeni i priznati već u aktualnom izdanju, ali to iz nekih – ne previše razumljivih razloga – ipak nije učinjeno. Iako trenutačno ne raspolažemo pouzdanim informacijama o pravim razlozima za takvo oklijevajuće postavljanje, osobno sam već sada

¹¹ Goreta, M. Kontratransfer u forenzičkoj psihijatriji, “Subjektivni” kriteriji za objektivne procjene u forenzičkoj dijagnostici i terapiji, Naklada Slap, Zagreb, 2017.

¹² Gordon, J., Kirtchuk G. (eds) *Psychic Assaults and Frightened Clinic, Countertransference in Forensic Settings*, Karnac Books Ltd. London, 2008.

¹³ Američka psihijatrijska udruga. *Dijagnostički i statistički priručnik za duševne poremećaje*, peto izdanje, DSM-5, Naklada Slap, Jastrebarsko, 2014.

sklon vjerovati da je i taj potez, uz neupitnu znanstvenoetičku suzdržanost, bio temeljen i na nekoj drugoj ambivalentnoj motivaciji (u kojoj su sigurno predvidivi materijalni dobitci na koncu ipak prevladali neke druge za sada još nesigurnije dobitke identičnog ili sličnog karaktera).

Konkretniji odgovor na to pitanje možda ćemo ipak dobiti neizravno čim bude objavljena 11. verzija Međunarodne klasifikacije mentalnih poremećaja u izdanju Svjetske zdravstvene organizacije, dok se njegovo u najvećoj mjeri i stručno i etički neupitno obrazloženje može očekivati tek nakon konačnog objedinjavanja tih dviju “psihijatrijskih Biblija”.

3. UBROJIVOST I SLOBODA VOLJE

S obzirom na prethodno opetovano isticanje *ocjene ubrojivosti* kao još uvijek glavnog globalnog identifikacijskog označitelja forenzičke psihijatrije,¹⁴ u ovom se poglavlju neminovno još jednom (...) moram “osvrnuti” na trajno (navodno!) nerješiv problem nepomirljivosti pravno-psihijatrijskih kriterija shvaćanja vlastitog postupanja i vladanja svojom voljom s jedne i (navodno!) čisto filozofskog problema *slobode volje* (i njegova potencijalno opravdanog ili neopravdanog uključivanja u tu pravno-psihijatrijsku problematiku). Iako se veliki broj čak i najuglednijih svjetskih forenzičkih psihijatara energično protivi bilo kakvim približavanjima ili čak preklapanjima tih dvaju pojmova, osobno držim da se najveći dio njihove argumentacije za takvo postavljanje temelji samo na pojmovno-terminološkim kriterijima, dok bi realno (praktično!) forenzičkopsihijatrijsko definiranje tih pojmova i nadalje predstavljalo nemoguću misiju, budući da su volja i razum u toj mjeri neraskidivo povezane kategorije da se njihovo praktično “ekspertno” razdvajanje u bilo kojim, a ne samo forenzičkim znanostima beziznimno može označiti kao vrlo poželjna pedagoška fikcija, no nikako i kao realna pravno-psihijatrijska argumentacija na bilo kojem području kako današnje tako i buduće forenzičke psihijatrije. Glavni je argument za taj zaključak apsolutno neispunjiva zadaća izdvajanja bilo koje čovjekove psihičke funkcije iz njezine cjelovite, iznimno kompleksne povezanosti s manje ili više jednako važnim drugim psihičkim (i svjesnim i nesvjesnim) funkcijama, čija se procjena nikada ni bi smjela temeljiti samo na njihovu izdvojenom, teorijski poželjnom, ali praktički nemogućem *specijal-*

¹⁴ S obzirom na to da se termin *forenzička psihijatrija* (potpuno neopravdano) u najvećem broju – i pravničkih i psihijatrijskih – radova najčešće koristi u tekstovima koji se odnose samo na kaznenopravnu problematiku, što je svjesno ili nesvjesno neizbježno uključeno i u ovaj tekst, autor se unaprijed ograđuje od njegova potencijalno pogrešnog (preuskog ili preširokog) korištenja u poglavljima koja nedvojbeno prelaze te okvire, ali se na koncu uvijek zadržavaju unutar najširih granica svih mogućih stručnih i znanstvenih relacija između psihijatrije i prava, ponajprije u hrvatskim, ali i svim ostalim međunarodnim relacijama.

nom determinizmu (ograničenom na bilo koji oblik doživljavanja i ponašanja bilo kojeg čovjeka u svim njegovim djelovanjima, uključujući, naravno, i njegovu forenzičkopsihijatrijsku dimenziju).

Pa ukoliko bi takvo opredjeljenje u budućnosti bilo prihvaćeno kao generalna kako filozofska tako i medicinska činjenica o univerzalnoj ljudskoj prirodi, sva bi se svjetska ponajprije kaznena zakonodavstva trebala što prije i što potpunije usuglasiti o tom iznimno važnom segmentu pravničke procjene osobne odgovornosti bilo kojeg forenzičkog ispitanika (neovisno o njegovoj kliničkoj i/ili forenzičkoj dijagnozi postavljenoj bilo prema aktualno važećim bilo prema nekim budućim klasifikacijama mentalnih poremećaja).

4. PROCJENA OPASNOSTI ZA OKOLINU I/ILI ZA VLASTITU OSOBU

Budući da se ocjena ubrojivosti izravno veže s *ocjenom opasnosti* u odnosu na potencijalno buduće kriminalno ponašanje, u ovom se radu neminovno nameće i davanje odgovora na to pitanje. Ono se bez ikakvih dvojbi označava kao jedno od najaktualnijih u čitavoj svjetskoj forenzičkoj psihijatriji, i to ponajprije zbog još uvijek manje ili više nesigurnih kriterija za pouzdano vrednovanje opasnosti, a potom, naravno, i preporučivanje i provedbu najprimjerenijih kako pravničkih tako i psihijatrijskih mjera za njezinu buduću neutralizaciju (ili što je moguće veću redukciju). Iako su odgovori na to pitanje ponuđeni u danas gotovo nepreglednoj stručnoj i znanstvenoj literaturi, oni još uvijek ne nude neke univerzalno prihvatljive standarde s bilo kojih pravničkih i/ili psihijatrijskih pozicija iz “jednostavnog” razloga što je riječ o toliko složenoj materiji da ta zadaća predstavlja apsolutnu “*mission impossible*” i da stoga realno nikada neće biti potpuno ispunjena. To međutim ne znači da već danas ne raspoložemo iznimno kvalitetnim instrumentima i metodologijom za njihovu praktičnu primjenu na svakim danom sve širem području psihijatrijskih sigurnosnih mjera, ali i onih koje nedvojbeno prelaze okvire samo psihijatrijsko-sigurnosnog sustava. Pa iako prethodna ocjena ne upućuje na posebno optimistična očekivanja i u odnosu na buduća potpuno zadovoljavajuća rješavanja te problematike, ona nas ipak upućuje na traženje potencijalnih alternativnih pristupa, od kojih je, po mom sudu, “barem privremeno” najprimjerenija primjena ustavnog načela *razmjernosti*, koje – u nedostatku drugih objektivnijih i pravničkih i psihijatrijskih kriterija – nudi za sada najprihvatljivije kriterije i za ukupno trajanje institucionalnog forenzičkopsihijatrijskog tretmana.^{15, 16}

¹⁵ Goreta, M. Načelo razmjernosti u psihijatrijskoj teoriji i praksi, Medicinska naklada, Zagreb, 2012.

¹⁶ Goreta, M. Profesionalna odgovornost psihijatra, Organizator, Zagreb, 2010.

Zaključujući ovaj uvodni “kriminalni” dio dijagnostičkih i prognostičkih ocjena o globalnoj budućnosti forenzičke psihijatrije, ovdje, naravno, moram još jednom naglasiti da se ona neće i ne može dogoditi po tipu nekog revolucionarnog “skoka”, već je mnogo vjerojatnija tvrdnja da se ona već danas događa na mnogim njezinim područjima, što je jasno vidljivo u radikalnim (gotovo revolucionarnim) promjenama u nemalom broju forenzički najrazvijenijih zemalja, čije stručno i etičko usklađivanje ili eventualno “odbacivanje” sigurno zahtijeva još mnogo vremena i za neophodno političko usklađivanje, koje nerijetko može predstavljati veći problem od postizanja uspješne globalizacije te cjelokupne materije “samo” na razini njezine stručne, znanstvene i etičke relevantnosti.^{17, 18}

Kao što je to već prethodno naznačeno, to bi na pravničkoj strani neminovno zahtijevalo globalno ujednačavanje koncepta ubrojivosti i opasnosti (kako za okolinu tako i za vlastitu osobu), dok bi psihijatrija trebala ponuditi što je moguće širi spektar provjerljivo učinkovitih terapijskih pristupa ponajprije vezanih za njihovo optimalno korištenje upravo u forenzičkom kontekstu. Pa iako se na objema stranama već decenijima u cijelom svijetu ulažu golemi naponi usmjereni na što uspješnije ostvarenje tih ciljeva, svako detaljnije pretraživanje kako pravničke tako i psihijatrijske literature jasno upućuje na to da oni još uvijek ni približno nisu dosegnuti, ali i na činjenicu da, po svemu sudeći, već danas živimo u nekim novim revolucionarnim vremenima, u kojima uz mnoge druge jednako važne probleme i ta tematika svakim danom dobiva sve veću pozornost u globalnim svjetskim dimenzijama.^{19, 20, 21}

S obzirom na to da sam već u nekim prethodno objavljenim radovima ponudio i neka znatno određenija prognostička viđenja te problematike, ovdje ih samo sumarno mogu svesti na svakim danom sve sigurniju procjenu, prema kojoj će psihijatrijske mjere sigurnosti biti sve rjeđe izricane i konkretno provedene, a kada se to i bude događalo, njihovo će vremensko trajanje biti sve kraće i kraće. Tome će glavni razlog biti enormno širenje *prava na otklanjanje bilo kakva prisilnog psihijatrijskog tretmana*, koje će već u najskorije vrijeme sigurno zauzeti jedno od najviših mjesta na ljestvici univerzalnih ljudskih prava – najprije, naravno, u najrazvijenijim državama svijeta, a zatim posredstvom Organizacije ujedinjenih naroda i drugih na tom području njima srodnih or-

¹⁷ Hoffe, O. *Gerechtigkeit, Eine philosophische Einfuhrung*, CH Beck Verlag, München, 2001.

¹⁸ Wienberg, G. *Gewaltfreie Psychiatrie – eine Fiktion, Begriffliches und Grundsatzliches zum Thema Gewalt in der Psychiatrie*, Rheinland Verlag GmbH, Köln, 1998.

¹⁹ Wienberg, G. *Gewaltfreie Psychiatrie - eine Fiktion, Begriffliches und Grundsatzliches zum Thema Gewalt in der Psychiatrie*, Rheinland Verlag GmbH, Köln, 1998.

²⁰ Hoffe, O. *Gerechtigkeit, Eine philosophische Einfuhrung*, CH Beck Verlag, München, 2001.

²¹ Kohut, H. *Die Zukunft der Psychoanalyse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1975.

ganizacija i u svim ostalim državama na cijelom našem planetu. Uz temeljnu etičku argumentaciju vezanu za sveobuhvatno osiguranje univerzalnih ljudskih prava, među kojima će se obvezno nalaziti i pravo na otklanjanje bilo kojega, pa tako i psihijatrijskog liječenja, tom će procesu najviše doprinijeti ekstremna akceleracija na području kreiranja i svakodnevne praktične primjene zaštitarsko-sigurnosne tehnologije, koja će u najkraćem mogućem vremenu svakom pojedinom stanovniku našeg planeta osigurati totalnu zaštitu od bilo kojeg oblika njegove fizičke, a s njom u vezi, naravno, i psihičke ugroženosti. Iako na prvi pogled paradoksalno, takva će preventivno-terapijska mjera biti osigurana i svakom potencijalno psihički poremećenom “zločincu”, koji jednostavno neće biti u mogućnosti i realno izvesti namjeravani kriminalni čin. Kada bi jednog i ne tako dalekog dana takve intervencije postale obvezujuća, ali istodobno samo iznimno primjenjivana zaštitno-sigurnosna praksa, ona bi nužno rezultirala drastičnom redukcijom svih prisilnih terapija, koje i u tim novim – totalno promijenjenim okolnostima – ne bi izgubile svoju medicinsku indicaciju, ali ona više ne bi bila dominantno forenzička, već pretežito klinička. S obzirom na prethodno već spomenute indikacijske iznimke takvo bi ograničenje, unatoč svojoj univerzalnoj primjeni, ipak omogućavalo samo rijetke, pojedinačne intervencije, definirane prema krajnje restriktivnim kriterijima kako u odnosu na kriterij njihove ekstremne opasnosti tako i u odnosu na kriterij iznimne invazivnosti ordinirane farmakološke ili (još iznimnije) neke druge terapije.

Rezimirajući nekoliko prethodno navedenih “prijedloga”, želim posebno naglasiti kako nam nijedna dosadašnja teorija “ljudske prirode” nije ponudila definitivne odgovore na njezina najvažnija pitanja, ali također i izreći krajnje depresivnu prognozu, prema kojoj se to sigurno nikada neće ostvariti ni u bližoj ni u daljoj budućnosti ljudskog roda. Pa ako bi takva grandiozna ideja s vremenom i postala općeprihvaćena “znanstvena činjenica”, onda bi se i na ovom posebnom forenzičkom području ponajprije trebalo omogućiti njezino maksimalno objedinjavanje na relaciji između što je moguće preciznije procjene razine pacijentove opasnosti (neovisne o konkretnoj dijagnozi preuzetoj iz aktualno važećih međunarodnih klasifikacija mentalnih poremećaja) s jedne te maksimalno učinkovite (i što je moguće ujednačene) zakonske intervencije (u svim državama svijeta) s druge strane. Kako do sada ni u jednom svom radu nisam posebno isticao *prognostičku etiku* kao posebnu znanstvenu disciplinu, potencijalno široko primjenjivu i u najširem spektru drugih nepsihijatrijskih područja medicine, njezino bih značenje na ovom mjestu bez ikakvih dvojbi označio kao jedan od najvažnijih segmenata ovog teksta i svih njegovih dijelova u kojima je zastupljen čak i u najmanjoj mogućoj mjeri. Imam potrebu posebno naglasiti kako “istinske” etičke norme i na kraju svih “nerješivih” znanstvenih problema uvijek trebaju predstavljati zadnji odgovor, čak i u svakoj takvoj možda samo privremeno nerješivoj situaciji.

5. UNIVERZALNE KLASIFIKACIJE MENTALNIH POREMEĆAJA

Iako sam u većem broju svojih ranije objavljenih tekstova opetovano isticao apsolutno suvišno istodobno korištenje nekoliko međunarodnih klasifikacija mentalnih poremećaja, što, naravno, nije bila neka moja originalna osobna ideja, već je ona godinama zagovarana od širokog kruga najuglednijih međunarodnih psihijatrijskih dijagnostičara, nisam, naravno, ni u jednom trenutku povjerovao da bi ta ideja već u dogledno vrijeme mogla biti stvarno prihvaćena. Tomu je glavni razlog bio nepremostivi sukob interesa, od onih “najnižih”, financijskih, na jednoj strani do onih najviših i “najplemenitijih” (čisto znanstvenih, etičkih, političkih i dr.) na manje ili više suprotstavljenoj drugoj strani. Unatoč takvu (dosadašnjem) razočaravajućem ishodu jednog od najvažnijih pitanja u cjelokupnoj psihijatrijskoj svjetskoj teoriji i praksi osobno još uvijek vjerujem da će taj projekt konačno biti ostvaren “već” u idućih desetak-petnaestak godinama, kada na svjetskoj vagi sukobljenih političkih, ideoloških, etičkih, financijskih i svih ostalih potencijalnih interesa konačno prevladaju interesi cjelokupne svjetske “psihijatrijske zajednice” ili, puno jednostavnije rečeno, interesi naših pacijenata i njihovih terapeuta, u kojima će financijska komponenta (ako je to uopće moguće) biti apsolutno zanemarena ili će (racionalnije) biti postavljena u realne okvire, koji više neće na bilo koji način ugrožavati njihovu primarnu profesionalnu i etičku dimenziju.

U tom je kontekstu svakako najzanimljivije sada već višedecenijsko “natjecanje” između ICD i DSM klasifikacija, u kojem nema pobjednika niti je realno očekivati da bi se on jednoga dana ipak mogao identificirati. Mnogo je vjerojatnije da će sada već višedecenijski rat biti zaključen konačnim “mirovnim sporazumom”, u koji će obvezno biti integrirani i njihovi sekundarni produkti, koji se dominantno bave klasifikacijom psihijatrijskog invaliditeta maksimalno povezanom s ICD-10 klasifikacijom, ili PDM, koji nudi sveobuhvatnu psihoanalitički interpretiranu DSM-IV klasifikaciju.

Što se prognoze budućeg broja dominantno “forenzičkih dijagnoza” tiče, držim da će se njihov (“neslužbeni”) broj iz godine u godinu smanjivati ponajprije zbog znanstvene neodrživosti njihova razdvajanja od svih ostalih “neforenzičkih poremećaja”. Takvo će razdvajanje progresivno gubiti svoju utemeljenost, koja se danas još uvijek dominantno temelji na čisto retrospektivnim deskriptivno-anamnestičkim kriterijima. Oni će sigurno sve ubrzanije gubiti svoje današnje značenje, a njihovo će mjesto zauzeti potpuno novi metodološki postupci, s već primarno ugrađenim što je moguće pouzdanijim prognostičkim kriterijima – neovisno o njihovoj dominantno individualno-psihološkoj, socijalno-psihološkoj, biološkoj, organsko-traumatskoj ili nekoj drugoj (i) kriminološki relevantnoj etiologiji.

Toj će redukciji, pretpostavljam, značajno doprinijeti i nova klasifikacijska etika, koja primarno neće biti usmjerena na što je moguće veći porast “novih” psihijatrijskih dijagnoza, već će taj proces u prvo vrijeme sigurno biti usporen, a potom će najvjerojatnije krenuti i u suprotnom pravcu, s glavnim ciljem da svaka “nova” dijagnoza bude pouzdano i maksimalno utemeljena samo na nekoliko bitnih kriterija, koji se naknadno uvijek mogu dopunjavati s manje značajnim dodatnim klasifikacijskim karakteristikama – potencijalno relevantnim samo za neka “ograničena” interesna područja – od kojih će predvidivo i buduća forenzička psihijatrija zauzimati svoj *sve manji* dio tog prostora. Iako ova posljednja tvrdnja djeluje suviše pretenciozno, osobno držim da ona to možda i ne bi trebala biti ukoliko se u međuvremenu ostvare i druge jednako važne znanstvene prognoze, koje se najviše odnose na preventivno rješavanje najvećeg broja drugih problema koji predstavljaju dominantnu etiologiju današnje cjelokupne svjetske situacije (i na tom području). A ti su problemi u najvećoj mjeri primarno *političkog* karaktera – u najširem rasponu od osiguranja temeljnih ljudskih prava svim stanovnicima našeg planeta do najšireg osiguranja svih ostalih preventivnih mjera za njegov opstanak, pa i opstanak čitavog ljudskog roda (kojemu psihijatrijska znanost sigurno već danas, a u budućnosti još mnogo više, može dati nemjerljivo velike doprinose). Pa iako se njezin forenzički kompleks u tom kontekstu može činiti apsolutno minornim, već se u ovom uvodnom dijelu usuđujem ustvrditi upravo suprotno – da je čitav samouništavajući dio povijesti ljudskog roda dominantno determiniralo samo nekoliko desetaka ili možda ipak stotina “pacijenata” iz te kategorije, a da to danas, koliko god se to laicima (i ne samo laicima!) činilo nevjerojatnim, možda može učiniti samo jedan “pacijent” iz iste kategorije pod jednim jedinim uvjetom – da se njegova “forenzička” dijagnoza u pravo vrijeme na pravom mjestu, s pravim (“idealnim”) sredstvom, oživotvori, odnosno “umrtvi” u “definitivni kraj” cjelokupnog čovječanstva. To, naravno, neće biti psihotični pacijent iz bilo koje svjetske “ludnice” iz jednostavnog razloga što se njegova (dijagnostička) kategorija nikada neće naći u prethodno konstruiranoj situaciji, već to jedino može biti neki od najreprezentativnijih svjetskih “luđaka”, koji se, naravno – i nimalo slučajno – našao na poziciji vođe neke od najmoćnijih svjetskih sila i koji će u jednom trenutku procijeniti da mu preostaje samo jedno jedino rješenje... Pa iako je ta banalna “zgoda” ispričana i opisana u bezbroj identičnih ili sličnih varijanti, sve češće u humorističnom nego u nekom drugom ozbiljnom kontekstu, ovdje je još jednom spominjem samo da podsjetim “ležernije” čitatelje da se ona u čitavoj ljudskoj povijesti zapravo dogodila već u niz navrata, pa iako je najčešće imala katastrofalne realne posljedice, uvijek je bila “zaboravljena” nakon nekoliko godina, decenija ... i uvijek je bila spremna da se možda *samo još jednom ponovi* ako se nađe pravo “moralno” (političko!) opravdanje za nju.

I ono je uvijek i pronađeno, zna se na kojoj strani, zna se s kojim argumentima ... i zna se da u svojim globalnim dimenzijama – ni na početku ni na koncu – ali samo na svojim “nebeskim” lokacijama nikada nije postala psihijatrijska. A ako bi se to naknadno ipak dogodilo, njezina bi se dijagnostika uvijek zadržavala na počiniteljevim potencijalnim poremećajima ličnosti, koji se – ako su možda ipak postojali – u pravilu ne označavaju *ludilom*, već u ratnim okolnostima u pravilu zadržavaju dimenziju normalne “obrambene” reakcije. Nju zadržavaju sve do potencijalne nove identične situacije, za koju se nadamo da se više nikada neće dogoditi, ali i nadalje bez naivnog vjerovanja da bi se nove dijagnoze bitno odmaknule od starih, uvijek ovisno o tome na kojoj su “zaraćenoj strani” postavljene.

6. CIVILNOPRAVNA PITANJA FORENZIČKE PSIHIJATRIJE

S obzirom na to da je u uvodnim poglavljima dominantno bila zastupljena kaznenopravna problematika, ona se, naravno, nužno treba dodatno nadopuniti specifičnim civilnopravnim pitanjima, koja su nerijetko znatno složenija od prvospomenutih kaznenih, ali su manje atraktivna kako za psihijatrijske profesionalce tako i za najširi spektar njihovih medijskih izvjestitelja i komentatora. Prethodna se tvrdnja ponajprije odnosi na psihijatrijsko vrednovanje poslovne sposobnosti u najširem smislu tog pravnog instituta, ali i na cijeli niz drugih civilnopravnih odluka u svim slučajevima u kojima se određeni psihički poremećaj navodi kao potencijalni razlog za redukciju ili potpuno isključenje prava na samostalno odlučivanje o zaštiti vlastitih interesa i na tom iznimno širokom i nerijetko vrlo kompliciranom području. Prateći aktualne – i pravne i psihijatrijske – trendove i na tom području, možemo već danas nedvojbeno zaključiti kako definiranje tih prava progresivno suzuje zonu pacijentove nesposobnosti u korist njihova sve šireg definiranja u pravcu izražavanja punopravne slobodne volje čak i onih pacijenata koji su (još) donedavno bili jasno označavani kao nesposobni za donošenje takvih odluka. Pritom se pacijentu najčešće ipak i nadalje nastoji osigurati odgovarajuća kompetentna pravna pomoć i podrška, ali se njihovo korištenje sve rjeđe osigurava samo za one koji “još uvijek” imaju dostatno očuvanu kritičnost i zadovoljavajući uvid u temeljnu problematiku takva postupka. Time se nedvojbeno šire ljudska prava svih pacijenata, koja su još donedavno bila bitno reducirana odredbama o parcijalnoj redukciji ili čak potpunom ukidanju poslovne sposobnosti, ali i rizici potencijalno vezani za pacijentovu (ipak!) realnu nesposobnost za objektivno sagledavanje vlastite životne situacije i potencijalnih šteta koje bi mu mogle biti nanesene na temelju “najboljih namjera” zakonodavaca, ali ne i nekih drugih zainteresiranih strana, koje bi takve dobre namjere ponajprije iskoristile isključivo za vlastitu

korist. Pa kako potpuno, pa čak i parcijalno oduzimanje poslovne sposobnosti svakim danom sve više postaje povijesna kategorija, što se nikako ne može reći i za temeljne razloge njihove dosadašnje primjene, jasno je da taj “gubitak” treba kompenzirati nekim drugim zamjenskim mehanizmima, koji će imati identičnu svrhu, ali i znatno kvalitetniju primjenu, ponajprije na razini što objektivnije dijagnosticiranih pacijentovih interesa i njihova što kvalitetnijeg osiguranja u svim njegovim osobnim i socijalno-pravnim relacijama.

Pa iako se prethodna tvrdnja nikako ne bi trebala dovoditi u pitanje, ona se zadnjih nekoliko godina sve češće relativizira, i to ponajprije na temelju sve proširenijeg brisanja granica između *lege artis* informiranog pristanka s jedne i samo “prirodnog” pristanka s druge strane. Pa makar se još donedavno činilo da se kao jedini “pravi” pristanak može smatrati samo *informirani* pristanak, on očigledno svakim danom sve više gubi svoju privilegiranost, pa se stoga već u dogledno vrijeme može očekivati da će biti potpuno izbrisan iz svih psihijatrijskih i pravnih “zakona” te zamijenjen nekim drugim potencijalno boljim rješenjima, koja će se ponajprije temeljiti na pacijentovoj *prirodnoj* volji, dok će se priroda i težina njegove psihopatologije sve više potiskivati u drugi plan. To, naravno, ne znači da će “država” odustati od zaštite ostalih “normalnih” građana od ugrožavajućeg ponašanja psihijatrijskih pacijenata, ali će ta zaštita u najvećoj mjeri odgovarati zaštiti od identičnog ponašanja bilo koje druge osobe koja nema etiketu psihijatrijskog pacijenta, dok će psihijatrijsko liječenje biti rezervirano samo za one “kriminalne pacijente” koji ga slobodno prihvaćaju, prema principima identičnima onima koji vrijede i za sve ostale “neopasne” pacijente.

Iako bi se potencijalno napuštanje danas još uvijek apsolutno favoriziranog *informiranog pristanka*, koji bi se trebao zamijeniti znatno širim konceptom “prirodnog” pristanka i potpuno slobodne motivacije za pacijentovo uključivanje u forenzički tretman bilo kojeg tipa moglo na prvi pogled ocijeniti kao dodatni korak naprijed u budućnosti cjelokupne forenzičke psihijatrije, ono, nažalost, sadrži i cijeli niz praktički nerješivih problema, od kojih je svakako najveći osiguranje njegova kontinuiteta, koji na pacijentov zahtjev može biti prekinut u bilo koje vrijeme, ali također i obnovljen po jednakom modelu, što, naravno, u tom kontekstu nikako, ni stručno ni etički, ne može biti prihvatljivo (osim uz uključivanje dodatnih uvjeta, koji se i nadalje trebaju dominantno definirati prema medicinskim i pravnim kriterijima). A ti će kriteriji, po mom sudu, i u budućnosti biti temeljeni isključivo na neupitnom dokazivanju posebno teške psihopatologije i njezina najizravnijeg utjecaja na visoko rizično ponašanje pojedinog pacijenta, koji će se statistički svesti samo na nekoliko (minimalnih) postotaka, kao i na najkraće moguću prisilnu terapiju bilo kojeg tipa, čiji će primarni cilj biti neodložno otklanjanje ugroženosti “života i tijela” osoba iz njegove “aktualne okoline” ili tog pacijenta samoga. A čim se takve

dramatične situacije svedu na jasno otklanjanje navedenog rizika, svi se oblici prisilnog psihijatrijskog tretmana trebaju otkloniti u najkraćem mogućem vremenu i ponajprije zamijeniti pristankom na dobrovoljno liječenje – čak i onih pacijenata koji ne ispunjavaju aktualne kriterije informiranog pristanka – ili se njihovo daljnje liječenje treba potpuno obustaviti sve dok se ne osiguraju odgovarajući uvjeti za njegovo i stručno i etički opravdano (dobrovoljno) nastavljanje (pri čemu spomenuti pristanak ne treba nužno ispunjavati sve kriterije njegovih aktualno prevladavajućih standarda, već se ponajprije treba temeljiti na širem poimanju koncepta dobrovoljnosti, koji se, naravno, nikada ne bi smio zloupotrijebiti bez obzira na najbolje namjere mjerodavnog terapeuta i njegovih ovlaštenih zamjenika).

Pa iako prethodna preporuka barem na prvi pogled značajno reducira pacijentovo pravo na otklanjanje bilo kojeg oblika prisilnog psihijatrijskog tretmana, to uz dosljednu primjenu *načela razmjernosti* nikako ne bi trebao biti slučaj budući da bi se njome maksimalno zaštitili interesi kako samog pacijenta tako i njegove okoline, uz, jasno, *najkraća moguća* vremenska ograničenja, koja u pravilu ne bi trebala trajati duže od nekoliko minuta ili nekoliko sati, a samo u iznimnim slučajevima i nekoliko dana.^{22, 23} Pa iako se na prvi pogled čini da se takav pristup bitnije ne razlikuje od već dobro poznatih, široko rasprostranjenih varijanti prisilnog psihijatrijskog tretmana bilo kojeg tipa, on to nikako nije i nikada to ne bi smio biti budući da nijedna takva prisilna terapija ne bi smjela prelaziti navedene vremenske okvire, koji se danas još uvijek računaju u tjednima, mjesecima, a nerijetko i u godinama (u širokom spektru različitih “sigurnosnih mjera”, od prisilnog smještaja “civilnih” pacijenata na jednom polu do neubrojivih i bitno smanjeno ubrojivih počinitelja različitih kaznenih djela i njihova sigurnosnog smještaja na drugom).

7. FORENZIČKA PSIHIJARIJA DJEČJE I ADOLESCENTNE DOBI

Iako je u tematiku prezentiranu u prethodnom poglavlju trebala biti uključena i dječja i adolescentna forenzička psihijatrija, ona se ovdje zbog niza svojih specifičnosti prezentira u posebnom pasusu, s glavnom porukom kako bi ona u svim svojim segmentima dominantno trebala imati preventivni, samo u manjem, ograničenom opsegu i čisto (forenzičko-)terapijski, a tek u krajnje rizičnim situacijama najkraće mogući represivni karakter. Preventivno se u tom kontekstu ponajprije odnosi na što je moguće obuhvatniju eliminaciju

²² Goreta, M. Primjena sile u psihijatrijskom tretmanu, Naklada Zadro, Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2009.

²³ Goreta, M. Profesionalna odgovornost psihijatra, Organizator, Zagreb, 2010.

svih forenzički rizičnih utjecaja, od onih koji se svakodnevno registriraju već u najužem obiteljskom krugu do masovne izloženosti još znatno rizičnijim patogenim utjecajima u izvanobiteljskim komunikacijama, od kojih su svakako najopasnije planetarno rasprostranjene “društvene” mreže sa svojom svakim danom sve malignijom ponudom, koja u konačnici prijete brisanjem svih granica između tih dviju još samo teorijski razdvojenih zona. Pa kako se ovaj tekst pretežno odnosi na forenzičkopsihijatrijsku tematiku, njome bi se ponajprije trebali – u što je moguće većoj mjeri – neutralizirati svi aspekti takve ponude, ponajprije na razini odgovarajućih intervencija državnih institucija, a zatim i na svim razinama obiteljske zaštite, kako u okviru “prave”, prirodne obitelji tako i okviru svih njezinih već danas postojećih ili tek budućih supstituta.

U tom kontekstu, možda potpuno neočekivano za sve nositelje “najprogresivnijih” zagovaratelja apsolutne slobode korištenja internetskih izvora bez ikakvih donjih dobnih granica, predlažem maksimalno “kontrarevolucionarno” rješenje: što je moguća veća ograničenja u dostupnosti rizičnih (agresivnih, seksualnih, političkih i dr.) internetskih sadržaja djeci, čija je aktualna razina emocionalne, intelektualne i “svake druge” zrelosti apsolutno nedostatna za njihovo dobno primjereno razumijevanje i daljnji što je moguće “pozitivniji” razvoj njihovih ličnosti. Ta se preporuka ponajprije odnosi na njihovu izravnu komunikaciju s internetskim predatorima, ponajprije seksualnim, ali i nekim brojčano manje zastupljenim, ali ne i manje opasnim “prijateljima” s nekom drugom jednako opasnom ili još opasnijom psihopatologijom.

Iako se ta preporuka već danas čini apsolutno zakasnjelom i s čisto ideološkog aspekta kontrarevolucionarnom, ona će, po mom sudu, svakim danom sve više dobivati na svojoj težini kao jedna od najkorisnijih komunikacijsko-političkih mjera. Naravno, neće se moći provoditi samo u nekim (ipak!) najnaprednijim državama, već će beziznimno predstavljati “svjetski projekt” pod patronatom Ujedinjenih naroda i svih drugih za tu problematiku mjerodavnih međunarodnih organizacija.

Drugim riječima, takvo bi univerzalno političko postavljanje predstavljalo najbolju prevenciju svih budućih forenzičkopsihijatrijskih problema, koja nikako ne bi bila ograničena samo na nacionalne okvire bilo koje države, već bi se s punim pravom moglo okarakterizirati kao svjetski, univerzalni projekt i metodološki jedinstvena akcija – u svim svojim stručnim, etičkim i političkim segmentima.

8. ZAKLJUČAK

Iako su naznake prvog potencijalnog zaključka ovog rada već višekratno obrazložene u nekoliko mojih ranije publiciranih tekstova, na ovom ih mjestu po prvi put formuliram kao gotovo sigurnu prognostičku konstrukciju, koja se, (prividno) paradoksalno, ponajviše temelji na obostranom enormnom znanstvenom napretku, čiji će rezultati korjenito promijeniti samu bit forenzičke psihijatrije, odnosno njezinih obiju temeljnih sastavnica. To će se možda po prvi put u njihovoj povijesti temeljiti na apsolutno paradoksalnom fenomenu “prevelikog znanja”, koji će jednostavno ugroziti sve dosadašnje modele njihove “suradnje” i zahtijevati potpuno nova, revolucionarna rješenja. Ona će biti bitno različita od današnjih samo prividno jasnih, a svakim danom sve ugroženijih koncepata kako na području pravna tako i na području psihijatrije, a “*with a little help*” još nekih potencijalno potpuno novih znanstvenih disciplina nova će *tehnološka rješenja* drastično reducirati potrebu provođenja enormnog broja forenzičkopsihijatrijskih vještačenja i na njihovim rezultatima temeljenih odgovarajućih bilo zakonskih bilo medicinskih intervencija.

Iako je ta revolucija, po mom sudu, već počela, kako na pravnoj tako i na psihijatrijskoj strani, ona se (na obje te strane) još uvijek vrlo rijetko i vrlo oprezno dijagnostičira ponajprije zbog neizbježne predrasude da se svaki napredak nužno treba temeljiti na sve složenijim i sve sofisticiranijim konceptima i da bi stoga bilo apsolutno nevjerojatno da se ona na ovom iznimno kompliciranom području može ostvariti na potpuno suprotan i u mnogim segmentima znatno jednostavniji način. A taj bi se način u najvećoj mjeri temeljio na sljedećim idejama:

1. Cjelokupno bi se *svjetsko* forenzičkopsihijatrijsko zakonodavstvo trebalo kreirati na način koji bi – u što je moguće većoj mjeri – objedinio kako pojedinačna tako i opća ljudska prava u svim državama svijeta. Ovaj se prijedlog, naravno, ne odnosi samo na područje kaznenog prava već i na sva ostala područja i u najširem spektru građanskopravne problematike.
2. Cjelokupna bi se *svjetska* forenzička psihijatrija trebala i pravno i medicinski regulirati i provoditi na identičan način, koji, naravno, ne pretpostavlja apsolutno identično razrješavanje svakog, pa i najmanjeg problema u svim njezinim zonama, ali također ne ostavlja previše “slobodnog” prostora kako za njegovu znanstvenu tako i za etičku konkretnu praktičnu elaboraciju.
3. Temeljni metodološki kriterij za donošenje svih “pravomoćnih” odluka iz toč. 1. i toč. 2. predstavljala bi primjena *načela razmjernosti* kao univerzalnog znanstvenog i etičkog pristupa u svim državama svijeta.

4. Prisilno psihijatrijsko liječenje, kao i sve ostale s njime povezane preventivno-represivne mjere psihijatrijskog karaktera, bili bi reducirani u najvećoj mogućoj mjeri, uz maksimalno korištenje čisto preventivnih psiholoških i psihofarmakoloških, a potom “tek u drugom koraku” i čisto tehnoloških (najmanje invazivnih) mjera, kojima bi se u najkraćem mogućem vremenu dijagnosticiralo i onemogućavalo ugrožavajuće ponašanje bilo kojeg psihijatrijskog pacijenata kako prema drugima tako i prema vlastitoj osobi.
5. U posebnim slučajevima u kojima kriteriji iz toč. 4. ne bi bili dostatni za preveniranje ponavljanja iznimno ugrožavajućih ponašanja pojedinih visoko rizičnih pacijenata “tehničkim” bi nenasilnim metodama uvijek trebalo dati prednost u odnosu na sve ostale metode karakterizirane i primjenom prisilnih fizičkih intervencija.
6. U graničnim situacijama s nedostatno pouzdanom etiologijom pacijentova agresivnog reagiranja u njegovoj bi se neutralizaciji uvijek trebala davati prednost isključivo medicinskim intervencijama (u užem smislu tog pojma). Sve bi ostale intervencije usmjerene na postizanje identičnog cilja u pravilu trebale trajati tek nekoliko minuta, a samo iznimno (najdulje) nekoliko sati, uz maksimalno frekventnu opetovanu kontrolu njihove stručne i etičke opravdanosti.
7. Što se tiče stručno-znanstvene argumentacije za poduzimanje svih prisilnih mjera te potrebe njihova trajanja, ona bi, naravno, također trebala biti utemeljena na univerzalno prihvaćenim međunarodnim načelima, kao i na višestupanjskoj “unutarnjoj” kontroli na razini konkretne institucije, u kojoj se ona provodi uz stalno osiguranje najkvalitetnijih mogućih vanjskih kontrola (koje će već u najbližoj budućnosti barem teoretski postati “savršene”, dok će njihova tehničko-izvedbena strana s čisto etičkog aspekta u svakom slučaju uvijek biti na razini najviših svjetskih standarda, čije će formuliranje po prirodi stvari također biti jedna od prioritarnih zadaća odgovarajućih tijela Organizacije ujedinjenih naroda).
8. S obzirom na to da prethodno navedene preporuke najvećim dijelom predstavljaju već široko prihvaćene međunarodne standarde, u ovoj posljednjoj (koja se odnosi na tematiku prisilnog psihijatrijskog tretmana) još jednom naglašavam da u njima nema nikakvih spektakularnih novosti, već im je glavna svrha još jednom upozoriti na neodložnu implementaciju svih već danas provedivih preventivnih akcija u što je moguće većem broju zemalja i na što je moguće višoj (praktički identičnoj) razini u svim državama svijeta.

LITERATURA:

1. Američka psihijatrijska udruga. Dijagnostički i statistički priručnik za duševne poremećaje, peto izdanje, DSM-5, Naklada Slap, Jastrebarsko, 2014.
2. Arbeitskreis OPD (Hrsg.) Operationalisierte Psychodynamische Diagnostic – Grundlagen und Manual, Verlag Hans Huber, Bern, 1996.
3. Devereux, Georges. Angst und Methode in den Verhaltenswissenschaften, Carl Hanser Verlag, München, 1967
4. Gordon, J., Kirtchuk, G. (eds) Psychic Assaults and Frightened Clinic, Countertransference in Forensic Settings, Karnac Books Ltd. London, 2008.
5. Goreta, M. Primjena sile u psihijatrijskom tretmanu, Naklada Zadro, Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2009.
6. Goreta, M. Profesionalna odgovornost psihijatra, Organizator, Zagreb, 2010.
7. Goreta, M. Načelo razmjernosti u psihijatrijskoj teoriji i praksi, Medicinska naklada, Zagreb 2012.
8. Goreta, M. Errare humanum est – Najčešće pogreške u forenzičko-psihijatrijskoj praksi, Naklada Slap, Zagreb, 2015.
9. Goreta, M. Kontratransfer u forenzičkoj psihijatriji, “Subjektivni” kriteriji za objektivne procjene u forenzičkoj dijagnostici i terapiji, Naklada Slap, Zagreb, 2017.
10. Goreta, M. Prilozi za univerzalnu teoriju i praksu prisilnog psihijatrijskog tretmana, Medicinska naklada, Zagreb, 2018.
11. Grozdanić, V. (ur) Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s provedbenim propisima, primjerima sudskih odluka, međunarodnim dokumentima i presudama Europskog suda za ljudska prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2015.
12. Hoffer, O. Gerechtigkeit, Eine philosophische Einführung, CH Beck Verlag, München, 2001.
13. Kohut, H. Die Zukunft der Psychoanalyse, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1975
14. United Nation: Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The Right to Liberty and Security of Persons with Disabilities, New York, 2015.
15. Wienberg, G. Gewaltfreie Psychiatrie – eine Fiktion, Begriffliches und Grundsatzliches zum Thema Gewalt in der Psychiatrie, Rheinland Verlag GmbH, Köln, 1998.
16. World Health Organisation. The ICD-10 Classification of Mental and Behavior Disorders, Tenth Revision, Geneva, 1992.

Summary

THE FUTURE OF FORENSIC PSYCHIATRY

Based on his deep knowledge of past and present psychiatric theory and practice, the author of this paper formulates for the first time the almost inevitable prognostic construction of the thesis on the development of psychiatry in the future. The definition of the boundaries of individual forensic psychiatry areas is considered first. This is followed by an examination of mental capacity and freedom of will, an assessment of danger to the environment and/or to one's own person, and by the universal classifications of mental disorders. Next, issues of specific civil-law forensic psychiatry are reviewed, and this is connected to further consideration of the topic of forensic psychiatry concerning children and adolescents. The author emphasizes that huge scientific progress will transform the very essence of forensic psychiatry and that the phenomenon of "too much knowledge" will jeopardise the present models of cooperation between forensic psychiatry and law, which will require new, revolutionary solutions. Specific ideas are presented in the conclusion on the directions of the future development of forensic psychiatry legislation and forensic psychiatry at the global level.

Keywords: forensic psychiatry, mental competence, danger assessment, mental disorders

Dr. sc. Nevena Aljinović*

PRAVNA PRIRODA MJERA ZA PREVENCIJU I SANKCIONIRANJE KAŽNJIVIH PONAŠANJA U NEPOSREDNOJ KORELACIJI S COVID-19

Pandemija COVID-19 primorala je brojne države na poduzimanje niza mjera u svrhu njezina suzbijanja, a nije izostala ni kaznenopravna reakcija, bilo primjenom postojećeg normativnog okvira na ponašanja koja se mogu podvesti pod opis bića kaznenog djela širenja zaraznih bolesti ili propisivanjem novih prekršaja i kaznenih djela. Brojne europske zemlje u svojim kaznenim zakonima inkriminiraju prijenos bolesti u određenim okolnostima, dok je propisivanje kažnjivih ponašanja tijekom pandemije bolesti COVID-19 u širokom dijapazonu rezultiralo mogućnošću kažnjavanja sankcijama različite pravne prirode. S obzirom na navedeno nameće se pitanje o ulozi kaznenog zakona u sprečavanju širenja bolesti i u borbi protiv pandemije COVID-19, o opsegu i spektru kaznene odgovornosti te njegovoj implikaciji na ljudska prava i slobode. Iako neposredna ugroza nameće potrebu za pravnom reakcijom na kršenje mjera usmjerenih na suzbijanje pandemije COVID-19, treba imati na umu da je kazneno pravo ultima ratio societatis, pa i kad je u pitanju očuvanje zdravlja ljudi.

Prvi dio rada referira se na upravne mjere te prekršajne i kaznene odredbe u domeni prevencije i sankcioniranja širenja virusa SARS-CoV-2 koje su donesene u Republici Hrvatskoj. Drugi se aspekt istraživanja odnosi na ispitivanje opsega i načina primjene relevantnih odredbi kaznenog zakona, ali i pojedinačnih i općih upravnih mjera donesenih u pojedinim europskim zemljama u kontekstu specifične situacije prouzrokovane virusom SARS-CoV-2.

U svrhu provođenja predmetnog istraživanja analizirana je relevantna domaća i strana literatura, kao i normativno uređenje predmetne materije u pojedinim zemljama kontinentalne pravne tradicije.

Ključne riječi: COVID-19, pandemija, kazneno pravo, kaznena odgovornost, prekršajna odgovornost, upravne mjere

* Dr. sc. Nevena Aljinović, asistentica za kazneno pravo na Sveučilišnom odjelu za forenzične znanosti Sveučilišta u Splitu

1. UVOD

Kaznenopravna povijest bilježi usku korelaciju kaznenog prava i javnoga zdravlja, koja se manifestira kroz pitanja mentalnog zdravlja,¹ alkoholizma,² eutanazije,³ te u posljednje vrijeme naročito aktualiziranog širenja opasne zarazne bolesti. Krajem 2019. godine, u prosincu, Kina je obznanila da se pojavio novi koronavirus (SARS-CoV-2) u gradu Wuhan.⁴ Virus uzrokuje bolest COVID-19 (**CO**rona **VI**rus **D**isease **2019**), koja se manifestira čitavim spektrom simptoma: neke su zaražene osobe asimptomatske, dok druge imaju blage bolesti gornjih dišnih putova, upalu pluća, visoku temperaturu te druge simptome, sve do zatajenja dišnog sustava koji dovodi do smrti.⁵ Brzo širenje virusa diljem svijeta nagnalo je Svjetsku zdravstvenu organizaciju (WHO) da 11. ožujka 2020. proglasi pandemiju.⁶

Kao što je COVID-19 predstavljao krizu bez presedana, tako su i vlade brojnih država reagirale donošenjem mjera bez presedana, koje su se manifestirale kao strategije socijalne politike namijenjene ograničavanju prijenosa virusa. U tom su cilju mnoge države poduzele niz mjera koje u svojoj formaliziranoj naravi potpadaju bilo u dopuštajuće, poticajne, zaštitne ili zabranjujuće mjere.⁷ Unatoč razlikama u mjerama ograničenja odgovor svake jurisdikcije uključivao je neku kombinaciju ograničenja kretanja i granične kontrole, uvođenje karantene, socijalne izolacije te zatvaranja raznih poslovnih i prosvjetnih objekata.⁸ Navedene mjere rezultirale su restrikcijom pojedinih ustavnih i

¹ Grozdanić, V.; Kurtović, A., *Smanjeno ubrojivi prema novoj zakonskoj regulativi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 6(2), 1999, str. 519-530; Rogers, R., Shuman, D., *Fundamentals of Forensic Practice: Mental Health and Criminal Law*, New York: Springer, 2005.

² Nemerson, S., *Alcoholism, Intoxication, and the Criminal Law*, Cardozo, Law Review, 10(3), 1998, str. 393-474.

³ Csikai, E., *Euthanasia and Assisted Suicide*, Journal of Gerontological Social Work, 31(3-4), 1999, str. 49-63; Kurtović, A.; Petrić, I., *Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev i eutanazija*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 21(2), 2000, str. 655-673; Dimovski, D.; Turanjanin, V.; Kolaković-Bojović, M.; Čvorović, D., *Attitudes toward Euthanasia of Students of Law and Medicine in Serbia*, Iran J Public Health, 49 (2), 2020, str. 400-402.

⁴ Vidi Holshue M. L. et al., *First Case of 2019 Novel Coronavirus in the United States*, New Engl J Med., 382(10), 2020, str. 929.

⁵ Usp. Zhou, Z., et al., *Clinical Course and Risk Factors for Mortality of Adult Inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: A Retrospective Cohort Study*, PubMed, 395(10229), 2020, str. 1054-1062.

⁶ Bedford, J. et al., *COVID-19: Towards Controlling of a Pandemic*, The Lancet, 395(10229), 2020, str. 1015-1018.

⁷ Streltsov, Y., *Coronavirus and Criminal law: Paradox or Expediency of the Joint Analysis?!*, ResearchGate, April 2020, str. 3-4. dostupno na https://www.researchgate.net/publication/342708266_Coronavirus_and_Criminal_law_Paradox_or_Expediency_of_the_Joint_Analysis (pristup 10. rujna 2021.).

⁸ Vidi Miller, J. M.; Blumstein, A., *Crime, Justice & the COVID-19 Pandemic: Toward a National Research Agenda*, American Journal of Criminal Justice, vol 45, issue 4, 2020, str. 519.

konvencijskih prava, ali unatoč svojem opsegu i učinku one nužno nisu predstavljale kršenje zajamčenih ljudskih prava. Iako je šira javnost polemizirala o širini zahvata i duljini trajanja pojedinih mjera ograničenja, one su svoje utemeljenje našle u normativnoj regulaciji i brojnim međunarodnim dokumentima. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁹ zahtijeva da države stranke poduzmu korake za „prevenciju, liječenje i nadzor nad epidemijom, endemijom, profesionalnim i drugim bolestima.“¹⁰ Iako “pravo na zdravlje” nije jednako jamstvu zdravlja, odnosno “pravo biti zdrav”, ono ljudima daje pravo na “najviši mogući standard” tjelesnog i duševnog zdravlja¹¹ i obvezuje države na poduzimanje odgovarajućih mjera za ostvarivanje tih prava. Također, pozitivne obveze prema Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija)¹² zahtijevaju od država da poduzmu mjere za zaštitu života i zdravlja stanovništva.¹³ Međutim taj imperativ zahtijeva od država da, čak i tijekom izvanrednog stanja, poštuju ograničenja nametnuta Konvencijom osiguravajući time poštivanje zajedničkih europskih temeljnih standarda. Mnoga konvencijska prava podložna su restrikcijama sve dok je to zakonito, potrebno te razmjerno javnom interesu kojem se teži, a sve kako bi se ostvarila ravnoteža pojedinačnih prava i javnih interesa, napose zaštita javnog zdravlja i sigurnost.¹⁴

Kako bi se što učinkovitije borile protiv pandemije COVID-19, države su se u velikoj mjeri odlučile za preventivni pristup primjenom načela opreza, koji podrazumijeva obvezu predviđanja konkretne opasnosti i proaktivan pristup.¹⁵ Odgovor na pandemiju odrazio se na funkcioniranje kaznenopravnog sustava i svakodnevnog rad sudova, ali i na materijalno kazneno pravo budući da su neke

⁹ Usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje Rezolucijom Opće skupštine 2200A (XXI) od 16. prosinca 1966.

¹⁰ Usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda 16. prosinca 1966. godine (Rezolucija br. 2200 A /XXI/), stupio na snagu 3. siječnja 1976. godine, čl. 12. st. 2. (c).

¹¹ Ibidem čl. 12. st. 1.

¹² NN – MU 18/1997, 6/1999 – pročišćeni tekst, 8/1999 – ispravak 14/2002, 1/2006.

¹³ Treba istaknuti kako Konvencija eksplicite ne sadrži pravo na zdravlje, međutim judikatura Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) bogata je u kontekstu ostvarenja prava na zdravlje. Vidi i Roksandić, S.; Mamić, K., Širenje zaraznih bolesti kao prijetnja ostvarivanju ljudske sigurnosti i kaznenopravni mehanizmi u sprječavanju širenja bolesti Covid-19, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, 27 (2), str. 699.

¹⁴ Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law, Report, AS/JUR (2020) 13.

¹⁵ Venice Commission, Report – Respect for Democracy Human Rights and Rule of Law during State of Emergency – Reflection, CDL-PI(2020)005rev, 26 May 2020, Introduction, dostupna na: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)005rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)005rev-e), pristup 10. rujna 2021. Prema Matić Bošković, M.; Nenadić, S., Impact of Covid-19 pandemic on criminal justice systems across Europe, EU And Comparative Law Issues And Challenges Series (Eclis), issue 5, str. 264.

države primjenjivale kazneni zakon na kršenje restriktivnih mjera ili provele kriminalizaciju ponašanja u korelaciji s COVID-19.¹⁶ Izbijanje COVID-19 otkrilo je nove trendove u kaznenom pravu, poput ubrzanog uvođenja novih kaznenih djela tijekom pandemije, iznimno fleksibilnog tumačenja i brzih izmjena kaznenih zakona, koji predstavljaju prijetnju pravnoj stabilnosti i zaštiti ljudskih prava.¹⁷

2. PRAVNA PRIRODA MJERA ZA SUZBIJANJE COVID-19 U REPUBLICI HRVATSKOJ

Pored kaznenopravnog okvira koji inkriminira kažnjivo ponašanje širenja i prenošenja zarazne bolesti¹⁸ te prekršajnog okvira za kršenje mjera usmjerenih za suzbijanje pandemije zaraznih bolesti, koji je prvenstveno reguliran odredbama posebnog zakona,¹⁹ RH je donijela i niz sigurnosnih mjera. Potonje mjere, s obzirom na radijus njihove primjene, možemo podijeliti na opće i pojedinačne upravne akte.

2.1. Opće mjere usmjerene na suzbijanje pandemije COVID-19

Donošenje općih mjera u nadležnosti je Ministarstva zdravstva, Stožera civilne zaštite Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Nacionalni stožer) te Hrvatskog zavoda za javno zdravstvo (dalje u tekstu: HZJZ), a koji svoje ovlasti crpe iz zakona. Ministar nadležan za zdravstvo ovlašten je, na prijedlog HZJZ-a, narediti posebne sigurnosne mjere za zaštitu pučanstva od zaraznih bolesti, napose bolesti COVID-19.²⁰ Također, pojedine sigurnosne mjere, u suradnji s

¹⁶ Matic Bošković, M.; Nenadić, *op. cit.* (bilj. 15), str. 263.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 (dalje u tekstu: KZ), širenje i prenošenje zarazne bolesti (čl. 180. KZ/11) te teška kaznena djela protiv zdravlja ljudi (čl. 192. KZ/11).

¹⁹ Zakonom o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (dalje u tekstu: ZZZPB), NN br. 79/07, 113/08, 43/09, 130/17 i 114/18, 47/20, 134/20 (dalje u tekstu: ZZZPB), kaznene odredbe čl. 75.-79. ZZZPB-a.

²⁰ Čl. 47. ZZZPB-a. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (ZID ZZZPB/2020, NN 47/2020), pored dotadašnjih mjera (1. provođenje obvezne protuepidemijske dezinfekcije, dezinfekcije i deratizacije, 2. osnivanje karantene, 3. zabrana putovanja u državu u kojoj postoji epidemija bolesti (iz stavka 1. članka 47.), 4. zabrana kretanja osoba, odnosno ograničenje kretanja u zaraženim ili neposredno ugroženim područjima, 5. ograničenje ili zabrana prometa pojedinih vrsta robe i proizvoda, 6. obvezno sudjelovanje zdravstvenih ustanova i drugih pravnih osoba, privatnih zdravstvenih radnika i fizičkih osoba u suzbijanju bolesti, 7. zabrana uporabe objekata, opreme i prijevoznih sredstava, 8.

Ministarstvom zdravstva i HZJZ-om, može odlukom narediti i Nacionalni stožer (čl. 47. st. 4. ZZZPZB-a).²¹ O uvođenju Nacionalnog stožera kao nadležnog tijela za postupanje u kriznim situacijama bit će riječi kasnije (*infra* 4).

Odluke ministra smatraju se općim aktima, napose privremenim interventnim mjerama, čije donošenje uređuje Zakon o sustavu državne uprave.²² Također, što se tiče pravne naravi mjera koje donosi Nacionalni stožer, one su također akti opće naravi, a što je razvidno i iz odluke Ustavnog suda RH od 14. rujna 2020. godine,²³ u kojoj je Ustavni sud RH konstatirao da su „sigurnosne mjere propisane čl. 47. ZZZPZB i dopunjene čl. 10. ZID ZZZPZB/20²⁴ opće naravi na temelju kojih ovlaštena osoba ili tijelo (ministar zdravstva, odnosno Stožer) donosi konkretne odluke/mjere“. U svrhu realizacije načela *lex certa* i *lex praevia* nužno je da se sigurnosne mjere koje naređuje ministar i Nacionalni stožer objavljuju u Narodnim novinama kao službenom glasilu Republike Hrvatske.²⁵

Konačno, HZJZ je ovlašten donositi razne upute i preporuke, međutim nijednom odredbom ZZZPZB-a, Zakona o sustavu civilne zaštite (dalje u tekstu: ZSCZ)²⁶ niti Zakonom o zdravstvenoj zaštiti (dalje u tekstu: ZZZ)²⁷ nisu pro-

druge potrebne mjere) uvedena je i dodatna mjera izolacije osoba u vlastitom domu ili drugom odgovarajućem prostoru (samoizolacija). Upravo se navedena mjera, u specifičnom kontekstu bolesti COVID-19, pokazala nužnom jer je broj oboljelih bio iznimno velik i bilo je nemoguće bolnički smjestiti sve oboljele. Usp. Munivrana Vajda, M.; Ofak, L., *Kažnjavanje za kršenje mjera usmjerenih na suzbijanje pandemije COVID-19*, IUS-INFO, bibliografska jedinica broj: 1059331 (www.iusinfo.hr).

²¹ Izmjenama i dopunama Zakona o sustavu civilne zaštite (NN 31/20) inkorporiran je čl. 22.a kojim se Nacionalni stožer proglašava nadležnim tijelom za donošenje odluka i uputa za postupanje u kriznim situacijama.

²² Odredbom čl. 39. Zakona o sustavu državne uprave (NN. 66/2019) propisano je da se posebnim interventnim mjerama može privremeno narediti ili zabraniti određeno postupanje ako je to nužno radi trenutačne zaštite pravnog poretka te zaštite života, sigurnosti, zdravlja stanovništva ili imovine veće vrijednosti u određenom upravnom području (st. 1.). Dodatno se u čl. 40. propisuje da naredbe donose čelnici tijela državne uprave kada su na to izrijeком zakonom ovlašteni, u granicama dane ovlasti (st. 1.), a ako se privremene interventne mjere odnose na dio upravnog područja u djelokrugu drugog tijela državne uprave, naredba se donosi uz prethodnu suglasnost čelnika toga tijela (st. 2.). Usp. Ofak, L., *Pravna priroda mjera usmjerenih na suzbijanje pandemije COVID-a 19*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 58(2), 2021, str. 464.

²³ Rješenje Ustavnog suda RH broj: U-I-1372/2020 i dr., 14. rujna 2020., točka 29.1. obrazloženja rješenja.

²⁴ Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (ZID ZZZPZB), NN 47/2020 od 17. travnja 2020.

²⁵ Usp. Kurtović Mišić, A.; Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *Kažnjiva ponašanja fizičkih i pravnih osoba za vrijeme pandemije COVID-a 19: između kaznenog, prekršajnog i upravnog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 58(2), 2021, str. 421.

²⁶ NN 82/15, 118/18, 31/20, 20/21.

²⁷ NN 100/18, 125/19, 147/20.

pisane ovlasti HZJZ-a da donosi mjere opće naravi s učinkom opće pravne norme.²⁸ Unatoč navedenom, upute i preporuke HZJZ-a ipak postaju općom pravnom normom kada se na njih u svojim odlukama o sigurnosnim mjerama pozove Nacionalni stožer.²⁹

2.2. Pojedinačne mjere usmjerene na suzbijanje pandemije COVID-a

Pojedinačne mjere, kako i sam naziv sugerira, apliciraju se na konkretnog pojedinca i prilagođene su okolnostima svakog pojedinog slučaja. Posebnu pažnju plijene pojedinačne mjere izolacije, odnosno samoizolacije, koje su izrečene zdravim osobama, napose u odsutnosti sudske kontrole izricanja predmetnih mjera te načina njihova priopćavanja (koji može biti i usmen).³⁰ Također, iako je mjera samoizolacije propisana čl. 47. st. 2. t. 8. ZZPZB-a, odnosno čl. 10. ZIDZZPZB/20, pažnju plijeni i okolnost da je izostalo njezino zakonsko određenje budući da njezino pojmovno diferenciranje nije dao zakonodavac, već HZJZ na svojoj službenoj stranici.³¹ Zanimljivo je kako je Ustavni sud odbacio prigovor nedostatnog sudskog nadzora³² te neodređenosti mjere samoizolacije³³ s obrazloženjem da su „uvjeti i kontakti s članovima obitelji i drugim osobama objašnjeni u preporukama HZJZ koje su dostupne na njihovim internetskim stranicama, a objavljene su i u tiskanim i u elektroničkim medijima.“ Navedenim je Ustavni sud dopustio da pojašnjenje neodređene zakonske norme svojim preporukama daje tijelo bez jasne zakonske ovlasti za donošenje takvih preporuka, što je izniman slučaj odstupanja od načela zakonitosti u praksi Ustavnog suda.³⁴ Na problematiku usmenog izricanja mjere samoizolacije koju naređuju epidemiolozi i liječnici opće prakse, kao i izostanak precizne zakonske ovlasti HZJZ-a za izdavanje uputa i preporuka, već su ranije upozorili pojedini autori predlažući nove izmjene i dopune ZZPZB-a.³⁵

²⁸ Usp. Ofak, L., *op. cit.* (bilj. 22), str. 468.

²⁹ Ibidem, str. 468.

³⁰ Ibidem, str. 470.

³¹ HZJZ, dostupno na <https://www.hzjz.hr/sluzba-epidemiologija-zarazne-bolesti/izolacija-tko-sve-treba-bitu-njoj-i-pravila-koja-trebaju-postovati-ukucani-osobe-koja-je-izolaciji/> (pristup 2. 6. 2021.).

³² Rješenje Ustavnog suda RH broj: U-I-1372/2020 i dr., točka 39.2. obrazloženja rješenja.

³³ Ibidem, točka 39.3. obrazloženja rješenja.

³⁴ Usp. Ofak, L., *op. cit.* (bilj. 22), str. 470.

³⁵ Ibidem, str. 474-475.

3. KAZNENA ODGOVORNOST ZA ŠIRENJE COVID-19 U REPUBLICI HRVATSKOJ

Pri uspostavljanju učinkovitih odgovora na brzo širenje nove i vrlo zarazne bolesti COVID-19 države su morale razmotriti, kombinirati i uravnotežiti velik broj ponekad suprotstavljenih prioriteta, što je u nekim slučajevima moglo uključivati i prisilne mjere za sprečavanje širenja bolesti.³⁶ Kao *ultima ratio*, vlasti se mogu okrenuti kaznenim djelima kako bi sankcionirale osobe koje šire bolest, čime ugrožavaju druge pojedince ili širu javnost. Međutim zbog ozbiljnih implikacija na ljudska prava i građanske slobode dio znanstvene javnosti smatra da kaznenopravne mjere trebaju biti krajnje sredstvo primjene, za kojima se poseže samo u iznimnim okolnostima, kada se pokaže da druge, manje nametljive mjere nisu učinkovite.³⁷ Rano iskustvo s COVID-19 pokazalo je da su neki članovi društva u većem riziku od zaraze virusom i s težim implikacijama bolesti, dok su drugi teže neposredno pogođeni mjerama usvojenim u cilju sprječavanja daljnjeg širenja bolesti. Također, kriminalizacija i prijetnja sankcijama mogu imati sekundarne implikacije na potencijalno smanjenje spremnosti pojedinaca da se testiraju ili zaraženih osoba da potraže medicinsku pomoć i odgovarajuću zdravstvenu zaštitu.³⁸

3.1. Kazneni zakon RH

Zakonodavac je propisivanjem kaznenih djela (širenja zaraznih bolesti) smjerao odvratanju ljudi od rizičnog ponašanja kako bi se time spriječilo širenje bolesti.³⁹ Zaštitni je objekt kaznenog djela protiv zdravlja ljudi, kako mu ime govori, zdravlje, i to kao individualno dobro pojedinca (zaštita zdravlja pojedinca, npr. kazneno djelo nesavjesnog liječenja iz čl. 181. KZ-a) te univerzalno dobro (zaštita zdravlja ljudi općenito, npr. kazneno djelo širenja i prenošenja zarazne bolesti, čl. 180. KZ-a). Šeparović i Kokić smatraju da su kaznena djela protiv zdravlja ljudi, kada su usmjerena na zaštitu zdravlja kao univerzalne

³⁶ Usp. Lelliott, J.; Schloenhardt, A.; Ioannou, R., *Pandemics, punishment, and public health: COVID-19 and criminal law in Australia*, UNSW Law Journal, 44(1), 2021, str. 168.

³⁷ Horder, J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 8th ed, 2016, str. 73–77; Husak, D., *The Criminal Law as Last Resort*, Oxford Journal of Legal Studies, 24(2), 2004, str. 207–208.

³⁸ Na sličan način Galletly, C. L., Pinkerton, S. D., *Conflicting Messages: How Criminal HIV Disclosure Laws Undermine Public Health Efforts to Control the Spread of HIV*, AIDS and Behaviour, 10(5), 2006, str. 453.

³⁹ Usp. Syse, A., *Criminal Law and Contagious Diseases: A Nordic Perspective* in Catherine Stanton and Hannah Quirk (eds), *Criminalising Contagion Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law*, Cambridge University Press, 2016, str. 98, 101.

vrijednosti, slična kaznenim djelima protiv opće sigurnosti ili okoliša, dok u slučaju zaštite zdravlja pojedinca gravitiraju kaznenim djelima protiv života i tijela.⁴⁰ Po svojoj prirodi kaznena djela protiv zdravlja ljudi omisivni su delikti blanketnog karaktera.⁴¹

U kontekstu kaznene odgovornosti za ponašanja u neposrednoj vezi s pandemijom COVID-19 apliciraju se odredbe za kazneno djelo širenja i prenošenja zarazne bolesti iz čl. 180. KZ-a: Kazneno djelo čini onaj tko ne postupi po propisima ili naredbama nadležnog tijela, a u svrhu sprječavanja i suzbijanja zarazne bolesti među ljudima, pa zbog toga dođe do opasnosti od širenja zarazne bolesti među ljudima ili prenošenja zarazne bolesti sa životinja na ljude (čl. 180. st. 1. KZ-a).⁴² Također, kazneno djelo čini onaj koji, ne pridržavajući se mjera zaštite, drugoga zarazi opasnom zaraznom bolešću (čl. 180. st. 2. KZ-a). U hrvatskoj je kaznenopravnoj literaturi nedvojbeno da opasnost svojstvena biću djela iz čl. 180. st. 1. KZ-a predstavlja konkretnu opasnost,⁴³ odnosno blisku i neposrednu mogućnost širenja zaraze.⁴⁴ Ako nastupi teža posljedica, počinitelj će odgovarati za teško kazneno djelo protiv zdravlja ljudi (čl. 192. KZ-a) kao posebno kazneno djelo koje je inkorporirano iz razloga legislativne ekonomičnosti kako bi se izbjeglo ponavljanje kvalifikatornih okolnosti kod svih kaznenih djela protiv zdravlja ljudi.⁴⁵

Međutim u kaznenom postupku poteškoće nastaju kod dokazivanja uzročnosti između ponašanja osobe koja se ne pridržava izrečene mjere i bliske mogućnosti zaraze drugih kao konkretne opasnosti. Također, dokazivanje uzročne veze između nastupjele povrede (oboljenja druge osobe) i utvrđivanja oblika krivnje počinitelja u praksi je teško dokazivo. Naime za dokazivanje prijenosa zarazne bolesti potrebno je dokazati da je počinitelj postupao s određenim stupnjem krivnje, odnosno da je na strani počinitelja postojala namjera ili nehaj u situacijama kada zakonodavac propisuje kažnjavanje i za nehajno postu-

⁴⁰ Šeparović, Z.; Kokić, I., *Kaznena djela protiv zdravlja ljudi*, u Horvati, Ž.; Šeparović, Z. i sur., *Kazneno pravo posebni dio*, Zagreb, 1999, str. 285.

⁴¹ Omisivni delikti ili (prava) kaznena djela nečinjenjem predstavljaju kršenje naređujuće ili imperativne norme, odnosno nepoduzimanje radnje koju nalaže zakonodavac. Blanketni karakter podrazumijeva, u svrhu primjene predmetne dispozicije, upućivanje na norme sadržane u drugim propisima (npr. zdravstvenim propisima ili podzakonskim aktima koje donosi ministarstvo nadležno za zdravstvo ili HZZO, ili primjena međunarodnih dokumenata). Usp. Roksandić Vidlička, S., *Kaznena djela protiv zdravlja ljudi*, u Cvitanović, L. et al., *Kazneno pravo posebni dio*, Zagreb, 2018, str. 257.

⁴² Naložene mjere mogu se sastojati u obavljanju pregleda, dezinfekcije, dezinsekcije, deratizacije, odvajanja bolesnika ili druge mjere (čl. 180. st. 1. KZ-a).

⁴³ Pavlović, Š., *Kazneni zakon*, Libertin, Rijeka, 2015, str. 836; Turković, K. et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013, str. 238; Turković, K. u Novoselec, P. (ur.), *Posebni dio Kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007, str. 250.

⁴⁴ Turković, K., *op. cit.* (bilj. 43), str. 250.

⁴⁵ Usp. Roksandić Vidlička, S., *op. cit.* (bilj. 41), str. 258.

panje. Dokazivanje namjernog prijenosa bolesti predstavlja visoku prepreku za kazneni progon budući da postojanje namjere zahtijeva dokazivanje svijesti i volje počinitelja za prenošenjem bolesti.⁴⁶ Nehajno pak postupanje ima znatno širi radijus primjene budući da se nehaj općenito odnosi na nezakonito zanemarivanje predviđenog rizika, odnosno situacije u kojima je optuženik bio svjestan mogućnosti ili vjerojatnosti da bi njegov postupak mogao rezultirati određenom posljedicom, ali je lakomisleno smatrao da do njezina nastanka neće doći. U praksi su mogući brojni scenariji u kojima bi se COVID-19 mogao nehajno prenijeti. To uključuje primjerice slučajeve kada osoba, znajući da je zaražena, ipak napusti svoju kuću tijekom razdoblja karantene, bez ikakve namjere da bolest prenese na drugoga. U takvim situacijama dovoljno je dokazati da je počinitelj bio svjestan da se prijenos bolesti mogao dogoditi u danim okolnostima, ali je lakomisleno smatrao da do toga neće doći. Odgovornost za nehaj postoji i ako osoba ima simptome zbog kojih vjeruje da se možda zarazila COVID-19 (ali nema potvrdu da je zaražena) te nastavlja interakciju s drugim osobama, šireći i prenoseći na taj način zaraznu bolest.⁴⁷ Pojedini teoretičari smatraju da i u situacijama kad se ponašanje počinitelja može protumačiti kao protupravno i skrivljeno ipak mogu postojati načelni razlozi da se takvo ponašanje ne inkriminira i ne kazni.⁴⁸ Navedeno vrijedi posebno u situacijama kada je razvidno da bi primjena zakona rezultirala diskriminirajuće prema određenim skupinama ili bi imala dalekosežne neželjene implikacije, ili pak nedostaje djelotvornosti u odvratanju od kažnjivog ponašanja.⁴⁹

U znanstvenim krugovima potaknulo se pitanje inkriminacije pljuvanja i kašljanja zaraženih osoba. Poput pljuvanjem, kašljanjem se izbacuju kapljice koje mogu prenijeti COVID-19 od osobe do osobe.⁵⁰ Pojedini autori smatraju da namjerno kašljanje na druge osobe može predstavljati napad u određenim rijetkim okolnostima, međutim djelokrug kaznenog zakona tijekom pandemije mora biti ograničen na jasne slučajeve, koji predstavljaju prijeko potrebnu društvenu reakciju.⁵¹ Drugim riječima, treba se suzdržati od pretjeranog kriminaliziranja (određenih) ponašanja, poput kašljanja tijekom pandemije. U

⁴⁶ Zaburoni (2016) 256 CLR 482, 490 [14]–[15] (Kiefel, Bell and Keane JJ); *La Fontaine v The Queen* (1976) 136 CLR 62; *R v Crabbe* (1985) 156 CLR 464 ('Crabbe'); Boughey (1986) 161 CLR 10; *R v Demirian* [1989] VR 97. Primjeri prema Lelliott, J., Schloenhardt, A., Ioannou, R., *op. cit.* (bilj. 36), str. 184.

⁴⁷ Usp. *ibidem*, str. 185.

⁴⁸ Husak, D. N., *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, *Arizona Law Review*, 37(1), 1995, str. 155.

⁴⁹ Horder, J., *op. cit.* (bilj. 38), str. 74.

⁵⁰ Rothan, H. A.; Byrareddy, S. N., *The Epidemiology and Pathogenesis of Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak*, *Journal of Autoimmunity*, 109(102433), 2020, str. 3.

⁵¹ Skolnik, T., *Criminal law during (and after) COVID-19*, *Manitoba Law Journal*, 43(4), 2020, str. 153.

kontekstu širenja zaraznih bolesti kazneno bi pravo trebalo primjenjivati krajnje restriktivno i tek sporadično, samo ako se ista svrha ne može postići blažim mjerama. Prednost bi trebalo dati općim i posebnim (upravnim) mjerama jer vođenje kaznenog postupka u takvim situacijama može biti neučinkovito⁵² budući da su kazneni postupci u brojnim zemljama dugotrajni i povezani su s poteškoćama u dokazivanju uzročnosti, što može predstavljati problem u slučaju koronavirusa.⁵³

Nadalje, strah od stigmatizacije potencijalan je razlog zašto se neki pojedinci nerado podvrgavaju testiranju na COVID-19, što stvara ozbiljan rizik da slučajevi ostanu neprijavljeni, a prijenos neotkriven. Stvaranje stigme oko trenutne pandemije odvraća ljude od traženja zdravstvene zaštite i pojačava nepovjerenje u zdravstvene službenike i vladine informacije te može rezultirati iskrivljenom percepcijom javnosti o rizicima koje bolest nosi.⁵⁴

S obzirom na to da je od početka pandemije izdan veliki broj preporuka i smjernica, nametnulo se pitanje ostvaruje li se postupanjem protivno preporukama i smjernicama biće kaznenog djela širenja i prenošenja zarazne bolesti. *Martinović* naglašava da bi, ukoliko je riječ o preporukama i smjernicama kod kojih je izostao imperativni karakter, odgovor trebao biti negativan.⁵⁵ *Roksandić i Mamić* mišljenja su da u obzir dolazi jedino kažnjavanje za ona ponašanja koja krše mjere, propise ili naredbe, a nikako preporuke, ako se ujedno ne nalaze u jednoj od navedene tri kategorije.⁵⁶ Također, posebnu pažnju okupira okolnost kršenja naredbe izdane u usmenom obliku budući da je kazneno djelo moguće počinuti i na taj način.⁵⁷ U odnosu na relevantne propise ili naredbe zakonodavac upućuje na odredbe posebnog zakona, ZZPZB-a.

⁵² Usp. Chalmers, J., *Disease transmission, liability and criminal law*, In: Viens, A. M., Coggon, J. and Kessel, A. S. (eds.) *Criminal Law, Philosophy and Public Health Practice*. Cambridge University Press: Cambridge, 2013, str. 124-125. *A contrario* vidi Kurtović Mišić, A.; Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *op. cit.* (bilj. 25), str. 435.

⁵³ Turanjanin, V.; Radulović, D., *Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law Reaction in Europe: A Review*, *Iranian Journal of Public Health*, 49(1), 2020, str. 9.

⁵⁴ Usp. Barrett, R.; Brown, P. J., *Stigma in the Time of Influenza: Social and Institutional Responses to Pandemic Emergencies*, *Journal of Infectious Diseases*, 197(1), 2008, str. 35.

⁵⁵ Usp. Martinović, I., *Kaznena i prekršajna odgovornost za širenje koronavirusa i postupanje u slučaju neizvršenja izrečenih mjera za zaštitu od zaraznih bolesti*, *Informator* br. 6620-6621, 30. III. i 6. IV. 2020., str. 13-16.

⁵⁶ Roksandić, S.; Mamić, K., *op. cit.* (bilj. 13), str. 709.

⁵⁷ Usp. Kurtović Mišić, A.; Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *op. cit.* (bilj. 25), str. 423. Također o pravu, odnosno uskrati prava na žalbu u situacijama izdavanja usmenog rješenja o izvršenju mjere samoizolacije vidi i Roksandić, S., Grđan, K., *Covid-19 i razumijevanje pravnih propisa vezanih uz suzbijanje zaraznih bolesti u Republici Hrvatskoj: Osvrt na bitna pravna pitanja od početka pandemije do listopada 2020.*, *Pravni vjesnik* 36 (3-4), str. 341-342; Roksandić, S.; Mamić, K., *op. cit.* (bilj. 13), str. 704.

4. PREKRŠAJNA ODGOVORNOST ZA ŠIRENJE COVID-19 U RH – KAZNE NE ODREDBE ZAKONA O ZAŠTITI PUČANSTVA OD ZARAZNIH BOLESTI

Zakonodavac je pravnom normom unaprijed predvidio postupanje pojedinih subjekata u iznimnim situacijama vezanima za širenje zaraznih bolesti. Riječ je o ZZPZB-u, koji je izmijenjen i dopunjen u travnju i prosincu 2020.⁵⁸ budući da odredbe postojećeg zakona na sva pitanja u novonastaloj situaciji izazvanoj pojavom nove zarazne bolesti nisu imale potpune odgovore.⁵⁹ ZID ZZPZB je *post festum* „realizirana potreba sankcioniranja društveno neprihvatljivog odbijanja podvrgavanja zakonskim odredbama posebnog propisa koji regulira ponašanje građana u uvjetima zdravstvene krize.“⁶⁰ ZZPZB kao *lex specialis* utvrđuje zarazne bolesti te predviđa sigurnosne mjere za njihovo sprječavanje i suzbijanje, koje, ovisno o epidemiološkim indikacijama, mogu značajno zadirati u slobode i prava pojedinaca (napose sigurnosne mjere iz čl. 47. ZZPZB-a).⁶¹ Inicijalno je ovlast za ograničenja prava bila u rukama zdravstvenih vlasti, napose ministra nadležnog za zdravstvo. Međutim izmjenama i dopunama ZSCZ-a⁶² mogućnost takva postupanja proširena je i na Nacionalni stožer kao nadležno tijelo za donošenje odluka i uputa u kriznim situacijama (čl. 22.a ZSCZ-a).⁶³ Uključivanje Nacionalnog stožera, pored ministra zaduženog za zdravstvo, u suzbijanje pandemije COVID-19 promptni je i učinkoviti odgovor na pandemiju, koja predstavlja važan sigurnosni izazov te upućuje na

⁵⁸ Izmjena i dopuna od 17. travnja 2020., NN 47/2020. te od 4. prosinca 2020., NN 134/20. O pojedinim izmjenama i dopunama ZZPZB-a, vidi Munivrana Vajda, M.; Ofak, L., *op. cit.* (bilj. 20).

⁵⁹ Usp. Kudrić, Ž., *Novela Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti*, IUS-INFO, 20. travnja 2020. (www.iusinfo.hr).

⁶⁰ Usp. Moslavac, B., *Dodatne kaznene odredbe Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti*, IUS-INFO, Klasifikacija: 9.5.5. Zaštita od zaraznih bolesti(ZAKO)(PROP) (www.iusinfo.hr).

⁶¹ Usp. Roksandić, S.; Grđan, K., *op. cit.* (bilj. 57), str. 329.

⁶² Izmjenama i dopunama ZSCZ-a, NN 31/20 od 13. ožujka 2020., zakonodavac je inkorporirao pod okrilje predmetnog zakona novu odredbu članka 22.a, koja glasi: „(1) U slučaju nastupanja posebnih okolnosti koje podrazumijevaju događaj ili određeno stanje koje se nije moglo predvidjeti i na koje se nije moglo utjecati, a koje ugrožava život i zdravlje građana, imovinu veće vrijednosti, znatno narušava okoliš, gospodarsku aktivnost ili uzrokuje znatnu gospodarsku štetu, Stožer civilne zaštite Republike Hrvatske donosi odluke i upute koje provode stožeri civilne zaštite jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. (2) Odluke i upute iz stavka 1. ovoga članka donose se radi zaštite života i zdravlja građana, očuvanja imovine, gospodarske aktivnosti i okoliša te ujednačavanja postupanja pravnih osoba i građana.“

⁶³ Usp. Roksandić, S.; Grđan, K., *op. cit.* (bilj. 57), str. 331; Roksandić, S.; Mamić, K., *op. cit.* (bilj. 13), str. 705. Usp. Ofak, L. *op. cit.* (bilj. 22), str. 460.

važnost holističkog sagledavanja COVID-19 kao sigurnosne prijetnje.⁶⁴ Slijedom navedenog oba tijela nadležna su za donošenje sigurnosnih mjera iz čl. 47. st. 2. ZZPZB-a, a koje odredbe su relevantne za primjenu čl. 180. KZ-a, koji propisuje kažnjavanje onoga „tko ne postupi po propisima ili naredbama kojima nadležno državno tijelo“ naređuje neku od mjera za sprječavanje i suzbijanje zarazne bolesti među ljudima, pa uslijed toga dođe do opasnosti od širenja zarazne bolesti. Nadzor nad provedbom mjera za zaštitu pučanstva od zaraznih bolesti obavljaju nadležni sanitarni inspektori Državnog inspektorata (čl. 68. ZZPZB-a).

Kaznene odredbe ZZPZB-a sadržajno isključivo uređuju prekršajna ponašanja.⁶⁵ Normirana materija iznimno je kompleksna, uslijed svih implikacija kojima može rezultirati neodgovorno ponašanje,⁶⁶ stoga ne iznenađuje znatan broj propisanih protupravnih ponašanja. Iako su odgovorni subjekti fizičke i pravne osobe, zdravstvena kriza uzrokovana COVID-19 zorno je pokazala da su fizičke osobe (ipak) najčešći počinitelji protupravnog ponašanja, stoga su i novi prekršaji propisani upravo za njih.⁶⁷ U odnosu na pravne osobe zakonodavac je odredbom čl. 75. ZZPZB-a predvidio široku paletu prekršaja, sistematiziravši ih ukupno dvanaest, s rasponom zapriječene kazne od 50 000 do čak 100 000 kuna.⁶⁸ Povećanje kazne za prekršitelje normi ZZPZB-a posljedica je tendencije odlučnog suprotstavljanja i sankcioniranja nesavjesnih počinitelja,

⁶⁴ Usp. Roksandić, S.; Mamić, K., *op. cit.* (bilj. 13), str. 682, 692.

⁶⁵ Termin kaznene odredbe implicira propisivanje određenih sankcija za protupravna ponašanja.

⁶⁶ Usp. Moslavac, B., *op. cit.* (bilj. 60).

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Zakonodavac u čl. 75. ZZPZB-a navodi dvanaest prekršaja koje može počiniti pravna osoba: 1. obavlja dezinfekciju, dezinfekciju i deratizaciju, a ne udovoljava propisanim uvjetima (čl. 11. st. 2. ZZSZB-a), 2. ne provodi rano otkrivanje izvora i putova prenošenja zaraze (čl. 13. ZZSZB-a), 3. ne obavlja laboratorijsko ispitivanje uzročnika zaraznih bolesti, odnosno epidemije zaraznih bolesti (čl. 14. ZZSZB-a), 4. obavlja laboratorijsko ispitivanje uzročnika zaraznih bolesti, odnosno epidemije zaraznih bolesti bez rješenja ministra (čl. 14. st. 8. ZZSZB-a), 5. o izvršenim laboratorijskim ispitivanjima ne vodi evidenciju i ne dostavi izvješće o uzročnicima zaraznih bolesti (čl. 15. ZZSZB-a), 6. ne prijavi zaraznu bolest na način određen Zakonom i pravilnikom donesenim na temelju Zakona (čl. 16. ZZSZB-a), 7. ne izvjesti nadležno tijelo utvrđeno propisima o veterinarskoj djelatnosti (čl. 18. st. 1. ZZSZB-a), 8. obavlja preventivnu i obvezatnu preventivnu dezinfekciju, dezinfekciju i deratizaciju bez ovlaštenja ministra (čl. 24. st. 1. ZZSZB-a), 9. izvješće o provedenom stručnom nadzoru ne dostavi u propisanom roku (čl. 24. st. 5. ZZSZB-a), 10. ne obavlja protuepidemijsku dezinfekciju, dezinfekciju i deratizaciju, ili obavlja protuepidemijsku dezinfekciju, dezinfekciju i deratizaciju, a za to ne ispunjava uvjete propisane pravilnikom donesenim na temelju Zakona (čl. 49. i čl. 54. ZZSZB-a), 11. ne provodi propisane mjere za sprečavanje i suzbijanje bolničkih infekcija (čl. 66. st. 1. ZZSZB-a) te 12. u određenom roku ne postupi po rješenju sanitarnog inspektora Državnog inspektorata (čl. 69. ZZSZB-a).

koji u uvjetima zdravstvene krize zbog širenja zarazne bolesti dovode u opasnost zdravlje i živote drugih osoba.⁶⁹

Privremena derogacija ljudskih prava zajamčenih Ustavom⁷⁰ i Konvencijom okupirala je pažnju znanstvene i stručne, ali i opće javnosti. U prilog navedenom govore ustavnosudski predmeti koji su tijekom 2020. i 2021. godine bili zaprimljeni u Ustavnom sudu RH, a u neposrednoj vezi s koronavirusom.⁷¹ Ustavni sud RH u navedenim je predmetima, *inter alia*, ispitivao jesu li pojedine naložene mjere, usmjerene na suzbijanje pandemije COVID-19, bile u skladu s Ustavom RH. Naime bilo kakva ograničenja ustavom i konvencijom zajamčenih ljudskih prava i temeljnih sloboda moraju biti propisana i u skladu s time poduzeta, uz poštovanje načela razmjernosti. Upravo je ustavnopravna osnova primjene načela razmjernosti zaintrigirala stručnu, ali i širu javnost, napose je li Hrvatski sabor kao osnovu ograničenja trebao primijeniti čl. 16. Ustava (način odlučivanja Sabora u redovnim stanjima, odluka se donosi običnom većinom glasova zastupnika) ili čl. 17. Ustava (način odlučivanja Sabora u izvanrednom stanju, kada se o navedenim ograničenjima odlučuje dvotrećinskom većinom glasova zastupnika). U pogledu navedenog ne postoji suglasje među ustavnopravnim stručnjacima,⁷² ali je stav Ustavnog suda unificiran i jasan.

⁶⁹ Usp. Moslavac, B., *op. cit.* (bilj. 60).

⁷⁰ NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

⁷¹ U periodu od 14. rujna 2020. do 13. srpnja 2021. Ustavni je sud zaprimio ukupno dva-deset i pet predmeta (deset predmeta u 2020. te petnaest u 2021. godini) u kojima nijednom traženju podnositelja nije udovoljio te je prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom odbacio (pet slučajeva) ili ih nije prihvatio (devetnaest slučajeva), dok je u jednom predmetu odbio zahtjev za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom.

⁷² Vodeći ustavni stručnjaci *Barić, Gardašević i Horvat Vuković* smatraju da pandemija smrtonosne bolesti kao što je COVID-19 svakako predstavlja stanje „velike prirodne nepogode“, koje definira čl. 17. Ustava i nalaže Saboru da sva nova ograničenja prava i sloboda koje bi ta nepogoda zahtijevala donese ne običnom, već dvotrećinskom većinom svih zastupnika, jer je, kako veli *Horvat Vuković*, „procedura koju predviđa čl. 17. Ustava osigurač protiv prešutnog klizanja u policijsku državu pod izlikom obrane nacije.“ Prema tome stanje velike prirodne nepogode ne ovisi o tome hoće li Sabor i deklarativno proglasiti izvanredno stanje. (Vidi Vodeći ustavni stručnjaci za Jutarnji: Na koji način država smije ograničavati ljudska prava u izvanrednim situacijama, 28. ožujka 2020., dostupno na: <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/vodeci-ustavni-strucnjaci-za-jutarnji-na-koji-nacin-drzava-smije-ogranicavati-ljudska-prava-u-izvanrednim-situacijama-10144543> (pristup 10. rujna 2021.)). *A contrario Omejec* smatra da su odluke koje bi Sabor donosio po čl. 17. Ustava radi suzbijanja epidemije koronavirusa neusporedivo lošiji odabir od čl. 16. budući da u Ustavu postoji niz blažih i prikladnijih mjera od uvođenja izvanrednog stanja. Također, smatra da je pogrešna interpretacija da je za aktiviranje čl. 17. Ustava dovoljno utvrditi da postoji „velika prirodna nepogoda“ jer je to činjenično pitanje. Pravilna je interpretacija da se izvanredno stanje proglašava obrazloženom odlukom o ograničavanju taksativno navedenih sloboda i prava zajamčenih Ustavom koju donosi Hrvatski sabor dvotrećinskom većinom glasova (vidi Omejec, J., Na izvanredno stanje ne treba ni misliti, a kamo li ga zazivati!, Večernji list, 27. ožujka 2020., dostupno na: <https://>

S obzirom na to da države članice Vijeća Europe imaju široku slobodu procjene u pogledu toga predstavlja li neko stanje “izvanredno stanje koje ugrožava opstanak naroda”, to je u njihovoj dispoziciji da interpretiraju navedeno stanje sukladno okolnostima svakog pojedinog slučaja. Opasnost koja prijeti mora biti neposredna i nije nužno potrebno čekati da se ona obistini, već se mjere mogu donijeti preventivno kako bi se spriječio njezin nastup, pri čemu uobičajene mjere ili Ustavom dopuštene restrikcije nisu dostatne za održavanje javne sigurnosti.⁷³ Međutim činjenica je da Republika Hrvatska nije proglasila izvanredno stanje niti je obavijestila glavnu tajnicu Vijeća Europe da je notificirala derogaciju Konvencije na temelju čl. 15. Konvencije.⁷⁴ Ustavni sud RH istaknuo je da je i u takvim okolnostima, s aspekta Ustava i Konvencije, „dopušteno pojedina prava ili slobode ograničavati samo ako je to prijeko potrebno, pri čemu intenzitet ograničenja ni u kojem slučaju ne smije ugroziti samu bit određenog prava“. Uz to „ograničenja moraju biti zasnovana na valjanjoj pravnoj osnovi, moraju imati legitiman cilj od javnog interesa i poštivati zahtjeve načela razmjernosti, tako da njihov opseg i trajanje budu razmjerni naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.“⁷⁵ Drugim riječima, konvencijska su prava relativne naravi te su podložna ograničenjima u zakonom opravdanim situacijama.⁷⁶

www.vecernji.hr/vijesti/omejec-na-izvanredno-stanje-ne-treba-ni-misliti-a-kamo-li-ga-zazivati-1389637 (pristup 10. rujna 2021.).

⁷³ Vidi predmet ESLJP-a Lawless protiv Irske (No. 3), zahtjev br. 332/57, presuda od 1. srpnja 1961., §§ 36.-37.

Tako su pojedine zemlje proglasile izvanredno stanje zbog suzbijanja terorističke djelatnosti (Irska i Francuska), sanacije pokušaja državnog udara (Turska) ili suzbijanja terorizma nakon terorističkih napada u Sjedinjenim Američkim Državama u rujnu 2001. (Ujedinjeno Kraljevstvo).

⁷⁴ Osam je država članica (do 7. travnja 2020.) notificiralo derogaciju Konvencije i o tome obavijestilo glavnu tajnicu Vijeća Europe (Albanija, Armenija, Estonija, Gruzija, Letonija, Moldavija, Sjeverna Makedonija i Rumunjska). Prije toga nadležne vlasti u navedenim državama formalno su proglasile izvanredno stanje. Pojedine države članice Vijeća Europe (Finska, Italija, Litva, Mađarska, Portugal, Slovačka, Srbija, Španjolska) proglasile su izvanredno stanje, ali nisu notificirale derogaciju Konvencije. Konačno, pojedine države članice Vijeća Europe, kao Hrvatska, nisu notificirale derogaciju Konvencije niti su proglasile izvanredno stanje. (Rješenje Ustavnog suda RH broj: U-I-1372/2020 i dr. od 14. rujna 2020., toč. 22.).

⁷⁵ Rješenje Ustavnog suda RH broj: U-I-1372/2020 i dr. od 14. rujna 2020., toč. 23.

⁷⁶ Više o ograničenjima ljudskih prava u vrijeme epidemije zarazne bolesti s obzirom na primjenu načela razmjernosti iz čl. 16. Ustava i čl. 17. Ustava, koji, iako dijele slične karakteristike, imaju i bitne razlike, vidi Roksandić, S., Grđan, K., *op. cit.* (bilj. 57), 328-330.

5. KAZNENA I PREKRŠAJNA ODGOVORNOST U POREDBENIM PRAVNIM SUSTAVIMA

Kad zemlje pribjegavaju primjeni kaznenog prava, kao što to čine u odgovoru na COVID-19, one koriste najrepresivniji alat koji im stoji na raspolaganju.⁷⁷ Kako bi suzbile pandemiju, mnoge su zemlje pribjegle kriminalizaciji izloženosti i prijenosa virusa COVID-19. Kriminalizacija je provedena na dva načina. Prvi, primjenom već postojećih normi za pojedina kaznena djela, poput kaznenog djela nepoštivanja zdravstvenih propisa tijekom epidemije ili kaznenog djela širenja i prenošenja zarazne bolesti,⁷⁸ te drugi, uvođenjem novih kaznenih djela koja se odnose isključivo na COVID-19.⁷⁹ Budući da COVID-19 nije prva epidemija u suzbijanju koje se pribjegava kaznenom zakonu, važno je istaknuti kako su ranija iskustva kriminalizacije (izloženosti i prijenosa HIV-a) pokazala da je ona nedovoljno učinkovita sa stajališta sprječavanja širenja virusa, ali sa sobom nosi i druge rizike, poput povećanja stigmatizacije.⁸⁰ Sličnu prijetnju predstavlja kriminalizacija COVID-19, koja može dovesti do stigmatizacije oboljelih, ili čak osoba koje (samo) imaju simptome slične bolesti COVID-19, ali i diskriminaciju cijelih skupina za koje se presumira da su nositelji virusa, poput ljudi azijskog podrijetla.⁸¹

Vlade diljem svijeta morale su balansirati između zdravlja, gospodarstva i temeljnih sloboda.⁸² Pandemija COVID-19 rezultirala je presedanom za sve članice EU-a da se, po prvi put u povijesti EU-a, javno zdravlje koristi kako bi se opravdalo ograničenje slobode kretanja. Takva dvostruka uloga javnog zdravlja, kao vrijednost EU-a i nacionalna vrijednost koja je osnova za ograničavanje drugih prava, upozorila je na postojanje ravnoteže u kontekstu pandemije.⁸³

⁷⁷ Sun, N.; Zilli, L., COVID-19 Symposium: The Use of Criminal Sanctions in COVID-19 Responses – Enforcement of Public Health Measures, Part II, *OpinioJuris*, 2020., <http://opiniojuris.org/2020/04/03/covid-19-symposium-the-use-of-criminal-sanctions-in-covid-19-responses-enforcement-of-public-health-measures-part-ii/> (pristup 13. rujna 2021.).

⁷⁸ Primjerice odredba hrvatskog čl. 180. st. 1. ZKP/08; u Srbiji, odredbe čl. 248. i čl. 249. Krivičnog zakonika (<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/71947/72713/F1188924123/SRB71947.pdf>).

⁷⁹ Usp. Matić Bošković, M.; Nenadić, S., *op. cit.* (bilj. 15), str. 269.

⁸⁰ Sun, N.; Zilli, L., *op. cit.* (bilj. 77).

⁸¹ Usp. Matić Bošković, M.; Nenadić, S., *op. cit.* (bilj. 15), str. 269.

⁸² Kostić, J.; Matić Bošković, M., How COVID-19 Pandemic Influences Rule of Law Backsliding in Europe, *Regional Law Review*, Institute of Comparative Law, 2020, str. 83.

⁸³ Goldner Lang, I., Laws of Fear in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of COVID-19, *European Journal of Risk Regulation* (2021), str. 6-7.

U ožujku 2020. gotovo sve države članice EU-a jednostrano su uvele niz mjera vezanih za mobilnost drastično ograničavajući prekogranično kretanje u EU-u. Nikada u povijesti europskih integracija EU se nije suočio s takvom veličinom restriktivnih mjera, koje su dovodile u pitanje održivost unutarnjeg tržišta.⁸⁴ Zanimljivo je da su sva ograničenja mobilnosti usvojena na nacionalnoj razini, a da prethodno nisu dogovorena i koordinirana na razini institucija EU-a.⁸⁵ Jedina iznimka bilo je zatvaranje vanjskih granica s trećim zemljama, o čemu se prvo dogovorilo Europsko vijeće, a zatim je mjera provedena zasebno od strane svake države članice.⁸⁶ Slijedom navedenog, u proljeće 2020. god. cijeli je europski teritorij prestao biti područje bez granične kontrole, što je bio snažan udarac za ono što se oduvijek smatralo jednim od najznačajnijih postignuća europske integracije. Druga vrsta mjera za suzbijanje COVID-19 koja se odnosila na ograničavanje slobode kretanje osoba u EU-u bile su različite vrste ograničenja putovanja, obustave različitih oblika prijevoza putnika te zabrane ulaska i izlaska osoba s nacionalnih teritorija.⁸⁷ Razlika u opsegu i rigidnosti nacionalnih ograničenja i zabrana putovanja rezultirala je nizom različitih i ponekad nedosljednih mjera diljem EU-a.⁸⁸

Poljska je bila među prvim zemljama EU-a koje su donijele mjere ograničavanja slobode. Međutim javnost se uzburkala zbog modaliteta donošenja predmetnih mjera, koji nije imao ustavno utemeljenje. Iako Ustav Poljske sadrži potencijalno „izvanredno stanje“ i odredbe za proglašenje stanja prirodne katastrofe kao jedine situacije u kojima je moguće ograničiti temeljna ljudska prava i slobode, poljska je vlada upotrijebila „stanje epidemije“ kao pravnu osnovu za ograničavanje ljudskih prava i sloboda. Stanje epidemije uvedeno je Uredbom ministra zdravlja od 20. ožujka 2020. godine. Predmetna odluka pokrenula je raspravu o zakonitosti poduzetih mjera i činjenici da stanje epidemije nema unaprijed utvrđeno trajanje te da ga vlada može (unedogled) produljivati.⁸⁹ Slijedom iznesenog poljski pravni odgovor na pandemiju rezultirao je kaotičnim i masovnim zakonodavstvom. Kaotičnim ne samo zbog sadržaja zakona koji se tiču načina komunikacije (e-komunikacija i glasovanje u raznim

⁸⁴ Ibidem, str. 3.

⁸⁵ O važnosti koordiniranog pristupa COVID-19 i njegova unapređenja pisali su Paccès, A.M.; Weimer, M., *From Diversity to Coordination: A European Approach to COVID-19*, European Journal of Risk Regulation, 2020, 11(2), str. 283–296; Renda, A.; Catro, R., *Towards Stronger EU Governance of Health Threats after the COVID-19 Pandemic*, European Journal of Risk Regulation, 2020, 11(2), str. 273–282.

⁸⁶ Goldner Lang, I., *op. cit.* (bilj. 83), str. 4.

⁸⁷ Lista nacionalnih restrikcija mobilnosti za svaku pojedinu državu članicu dostupna je na europa.eu/transport/coronavirus-response_en (pristup 15. lipnja 2021.).

⁸⁸ Goldner Lang, I., *op. cit.* (bilj. 83), str. 4.

⁸⁹ 2020 Rule of Law Report – Country Chapter on the Rule of Law Situation in Poland, SWD(2020) 320 final, str. 16.

javnim i privatnim tijelima) i produljenja političkih mandata već i zbog ubrzanih zakonodavnih procesa u *Sejmu*.⁹⁰ Masovnim, jer egzistiraju brojni zakoni o COVID-19, koji se obično nazivaju „protukriznim štitom“ (*anti-crisis shield*).⁹¹ Mađarska je također uvela rigorozne mjere u cilju suzbijanja COVID-19 proglašivši izvanredno stanje 11. ožujka 2020., a dva tjedna poslije, 30. ožujka, mađarski je parlament usvojio zakon koji je proširio ovlasti vlade da tijekom pandemije donosi uredbе bez utvrđenog vremenskog ograničenja i odobrenja Parlamenta. Ta je odluka izazvala zabrinutost među zastupnicima u Europskom parlamentu, Komisiji EU-a i državama članicama EU-a.⁹² Talijanski je zakonodavac odredbom čl. 24. Zakona o civilnoj zaštiti propisao da vlada može proglašiti izvanredno stanje, koje mora biti ograničenog vremenskog trajanja (najviše 12 + 12 mjeseci) te određenog opsega teritorijalne primjene s obzirom na prirodu i narav samog događaja.⁹³ Mjere poduzete u cilju suzbijanja pandemije COVID-19 u Italiji opisane su kao najveći *lockdown* u povijesti Europe.⁹⁴

Razvidno je kako je teško uravnotežiti i pronaći kompromis između zaštite javnog zdravlja s jedne strane i zaštite temeljnih sloboda i prava s druge strane.⁹⁵ U tom pogledu krucijalna je razina društvene tolerancije prema predviđenim rizicima od COVID-19 budući da se društvene norme i vrijednosti moraju staviti u korelaciju i ravnotežu s načelima opreza i prihvaćanjem rizika od strane javnosti.⁹⁶ U tom kontekstu jedno od objašnjenja zašto je švedski odgovor na pandemiju COVID-19 bio mnogo opušteniji nego u ostatku Europe temelji se na pretpostavci da je razina društvenog i institucionalnog povjerenja u Švedskoj bila mnogo veća nego što je u većini država članica EU-a.⁹⁷ Navedeno je zapravo omogućilo švedskim donositeljima odluka da umjesto strogih mjera izolacije usvoje mjere koje počivaju na individualnoj odgovornosti i uzajamnom povjerenju.

⁹⁰ Drinóczy, T.; Bień-Kacała, A., *COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism*, *The Theory and Practice of Legislation* 2020, vol. 8, nos. 1–2, str. 188.

⁹¹ Ibidem, str. 188.

⁹² Kostić, J.; Matić Bošković, M., *op. cit.* (bilj. 82), str. 83.

⁹³ Canestrini, N., *Covid 19 Italian emergency legislation and infection of the rule of law*, *New Journal of European Criminal Law*, 11(2), 2020, str. 116.

⁹⁴ Horowitz, J.; Bubola, E., *On Day 1 of Lockdown, Italian Officials Urge Citizens to Abide by Rules* (8. ožujka 2020.), *NYTimes.com*.

⁹⁵ Usp. Goldner Lang, I., *op. cit.* (bilj. 83), str. 21.

⁹⁶ Ibidem, str. 21.

⁹⁷ Trägårdh, L.; Özkirimli, U., *Why might Sweden's Covid-19 policy work? Trust between citizens and state*, *The Guardian*, 21 travnja 2020, dostupno na <https://www.theguardian.com/world/commentisfree/2020/apr/21/sweden-covid-19-policy-trust-citizens-state> (pristup 10. rujna 2021.). Vidi i Khorrani, N., *Sweden did it differently – but is it working?*, *EuObserver*, 6. svibnja 2020., dostupno na <https://euobserver.com/opinion/148260> (10. rujna 2021.); Goldner Lang, I., *op. cit.* (bilj. 83), str. 22.

5.1. (Kazneni) Zakon kao pravni temelj za poduzimanje mjera za sprečavanje i kontrolu širenja COVID-19 u poredbenom zakonodavstvu

Brojne zemlje kontinentalne pravne tradicije svojim kaznenopravnim odredbama inkriminiraju širenje zaraznih bolesti. Tako je austrijski zakonodavac odredbama §§ 178. i 179. Kaznenog zakonika (dalje u tekstu: StGB)⁹⁸ inkriminirao namjerno i nehajno ugrožavanje ljudi zaraznim bolestima.⁹⁹ Kod kaznenog djela namjernog ugrožavanja ljudi zaraznim bolestima iz § 178. StGB-a austrijski zakonodavac ulazi u raniju zonu stvaranja opasnosti te inkriminira već i samo postojanje apstraktnog ugrožavanja navodeći da se radi o ponašanju koje bi „vjerojatno moglo prouzročiti rizik od širenja zarazne bolesti“. Švicarski je zakonodavac odredbom § 231. Kaznenog zakona (dalje u tekstu: StGB)¹⁰⁰ također inkriminirao širenje opasne, zarazne ljudske bolesti.¹⁰¹ Savezni ured za javno zdravstvo (*Bundesamt für Gesundheit – BAG*) potvrdio je za *swissinfo.ch* da je koronavirus “opasna bolest” u smislu § 231. StGB-a,¹⁰² dok širenje bolesti mora biti krajnji cilj počiniteljeve radnje i on mora djelovati “zajedničkog uma”, odnosno postupati s namjerom. Međutim pojedini su pravni krugovi mišljenja da primjeni odredbe § 231. StGB-a nema mjesta u situacijama kršenja karantene bez odobrenja,¹⁰³ stoga će u praksi predmetna odredba, kada su posrijedi mjere suzbijanja COVID-19, biti bespredmetna.¹⁰⁴ Navedeno potkrepljuje konstatacija da je Zakonom o epidemijama (dalje u tekstu: EpG)¹⁰⁵ normirano novčano sankcioniranje prekršitelja mjere karantene,

⁹⁸ Strafgesetzbuch, StGB dostupno na <https://www.jusline.at/gesetz/stgb>.

⁹⁹ Foregger, E.; Fabrizio, E. E., *Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetzen, Kurzkomentar*, Wien, 2010, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, str. 569-571. Usp. Bertel, C.; Schwaighofer, K.; Österreichisches Strafrecht, *Besonderer Teil II*, Springer, Wien/New York, 2010, str. 15-16, prema Kurtović Mišić, A.; Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *op. cit.* (bilj. 25), str. 425.

¹⁰⁰ Schweizer Strafgesetzbuch, 311.0, od 21. prosinca 1937. (od 1. srpnja 2020.), dostupno na https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/20200701/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-54-757_781_799-20200701-de-pdf-a.pdf.

¹⁰¹ Usp. Donatsch, A.; Flachsmann, S.; Hug, M.; Maurer, M.; Riesen-Kupper, M.; Weder, U., *StGB Kommentar: Schweizerisches Strafgesetzbuch mit JStG*, Strafbest. des SVG, BetmG und AuG sowie weiteren Erlassen Gebundene Ausgabe – 1. Januar 2010, str. 401-403.

¹⁰² Jorio, L.; Bondolfi, S., *Was passiert, wenn ich die Quarantäne nicht einhalte?*, *swissinfo.ch*, 10. März 2020., dostupno na <https://www.swissinfo.ch/ger/gesellschaft/coronavirus-regeln-straft/45607388>.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Usp. ibidem.

¹⁰⁵ Zakonodavstvo o zaraznim bolestima – Zakon o epidemijama (EpG), njem. Gesetzgebung Übertragbare Krankheiten – Epidemien-gesetz (EpG) 818.101, od 28. rujna 2012. (od 25. lipnja 2020.), dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/>.

što je u nadležnosti kantonalnih državnih odvjetništava.¹⁰⁶ Pokretanje panike prilikom kašljanja s druge strane ne spada u Zakon o epidemijama budući da puki kašalj u smjeru treće strane nije dovoljan za ostvarenje bića kaznenog djela “zastrašivanje stanovništva” (njem. *Schreckung der Bevölkerung*) prema § 258. StGB-a,¹⁰⁷ što skreće pažnju na okolnost da preporuke *BundesratesExterner Link* nisu pravno obvezujuće, već imaju informativni karakter.¹⁰⁸

U Njemačkoj Zakon o prevenciji i kontroli zaraznih bolesti kod ljudi (ili kraće Zakon o zaštiti od infekcija, dalje u tekstu: IfSG)¹⁰⁹ iz 2001. predstavlja pravni temelj za poduzimanje mjera za sprečavanje i kontrolu širenja COVID-19.¹¹⁰ Odredbe IfSG-a imaju za cilj spriječiti zarazne bolesti kod ljudi, otkriti ih u ranoj fazi i spriječiti njihovo širenje (§ 1.).¹¹¹ Predmetni zakon sadrži dalekosežne ovlasti za prevenciju (§ 16. IfSG-a) i suzbijanje zaraznih bolesti (§ 24. IfSG-a), kao i netipičan broj upravnih prekršaja i kaznenih djela.¹¹² Odredbama §§ 28.-31. IfSG-a propisuju se ovlasti nadležnih tijela u pogledu poduzimanja svih potrebnih zaštitnih mjera s ciljem prevencije širenja bolesti, a u kontekstu prevencije COVID-19 uvedene su tri nove odredbe, § 28.a, § 28.b i § 28.c.¹¹³ Odredba § 28.a IfSG-a imala je za cilj osigurati (bolji) pravni temelj za posebne mjere zaštite od infekcije uzrokovane pandemijom COVID-19. Njome su normirani različiti modaliteti restrikcija i ovlasti za borbu protiv epidemije na nacionalnoj razini. Predmetni § 28.a IfSG-a izazvao je brojne kritike i prijedore budući da je predviđao da se odlukama savezne vlade (*der Bund*) i tijela izvršnih vlasti u pokrajinama (*die Länder*) mogu ograničiti temeljna prava građana bez mogućnosti intervencije *Bundestaga*.¹¹⁴ Navedena je okolnost istaknuta i u Nacrtu (posebnog) zakona za zaštitu stanovništva u

¹⁰⁶ Jorio, L.; Bondolfi, S., *op. cit.* (bilj. 102).

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Njem. Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen, (Infektionsschutzgesetz - IfSG), dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/>.

¹¹⁰ Usp. Cerny, L.; Makepeace, J., *Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung*, KriPoZ 3/2020, str. 150.

¹¹¹ Usp. ibidem, str. 109.

¹¹² Usp. Lorenz, H.; Oğlakcioğlu, M., *Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG*, KriPoZ 2/2020, str. 109.

¹¹³ Odredba § 28.a IfSG-a pod nazivom „Posebne zaštitne mjere za sprečavanje širenja COVID-19“; § 28.b normira „Jedinstvene nacionalne zaštitne mjere za sprečavanje širenja COVID-19 u slučaju infekcije te ovlaštenje za izdavanje uredbi“, te § 28.c, kojom se uređuje „Ovlaštenje za izdavanje uredbi u odnosu na posebnu regulaciju cijepljenih, testirani i usporedivih osoba“.

¹¹⁴ Roerig, M. T., *Entrata in vigore la terza legge sulla protezione della popolazione in una situazione epidemica di portata nazionale (Bevölkerungsschutzgesetz)*, Corte Costituzionale, 23/11/2020, dostupno na https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1606129017892.pdf.

slučaju epidemije od nacionalnog interesa, koji regulira sprječavanje zaraze od COVID-19. Četvrtom izmjenom Zakona o zaštiti stanovništva u slučaju epidemiološke situacije od nacionalnog interesa od 22. travnja 2021.¹¹⁵ mijenjan je IfSG. Novo zakonodavno uređenje sada nalaže da *Land* mora opravdati naložene mjere te vremenski ograničiti svoje uredbe i naloge na najviše četiri tjedna te da mora opravdati eventualno produljenje mjera. Nadalje, *Bundestag* mora redovito biti o svemu obaviješten. Federalno ministarstvo zdravstva ili savezna vlada mogu donijeti mjere i propise u borbi protiv COVID-19 na temelju definiranih kriterija, i to samo ako je *Bundestag* prethodno utvrdio epidemijsku situaciju od nacionalnog značaja. *Bundestag* također u svakom trenutku može proglasiti kraj epidemiološke situacije od nacionalnog značaja. Samo ako se sve zaštitne mjere (od održavanja distanci do zabrane okupljanja) pokažu neučinkovite u suzbijanju virusa SARS-CoV-2, *Land* može poduzeti restriktivnije mjere (npr. nametnuti ograničenje kretanja). Važno je napomenuti i da je *Bundestag* donio 25. ožujka 2020. Zakon o ublažavanju posljedica pandemije COVID-19 u građanskom, stečajnom i kaznenom procesnom pravu¹¹⁶ s ciljem ublažavanja (daljnjih) negativnih posljedica pandemije COVID-19 na fizičke i pravne osobe.¹¹⁷ Zakon predviđa privremene prilagodbe u pogledu fleksibilnosti obustave suđenja u kaznenim postupcima. U kontekstu kaznenog procesnog prava suci mogu prekinuti suđenje (bez obzira na trajanje glavne rasprave iz § 229. st. 1. i st. 2. StPO-a¹¹⁸) za vrijeme za koje se glavna rasprava ne može održati uslijed provođenja zaštitnih mjera za sprječavanje širenja virusa COVID-19, ali za najviše tri mjeseca i deset dana (§ 10. st. 1.).¹¹⁹ Po prestanku provođenja zaštitnih mjera suđenje se nastavlja gdje je stalo, odnosno ne mora krenuti iz početka.¹²⁰

¹¹⁵ Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, od 22. travnja 2021., dostupno na https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/B/4_BevSchG_BGBL.pdf.

¹¹⁶ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, Bonn, od 27. ožujka 2020., dostupno na https://www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=6D94A385603EE340E8A909E42A9130F0.1_cid324?__blob=publicationFile&v=2.

¹¹⁷ Usp. Act to Mitigate the Consequences of the COVID19 Pandemic Under Germany's Civil, Insolvency and Criminal Procedure Law, Jones Day, 27. ožujka 2020.

¹¹⁸ Zakon o kaznenom postupku, njem. Strafprozeßordnung (StPO), dostupno na <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> (pristup 10. rujna 2021.).

¹¹⁹ Law to mitigate the consequences of the Covid-19 pandemic in civil, insolvency and criminal procedure law, od 27. ožujka 2020., dostupno na <https://www.noerr.com/en/newsroom/news/lawtomitigatetheconsequencesofthecovid19pandemicincivilinsolvencyandcriminalproceduraw>.

¹²⁰ Germany: The Act on the mitigation of the consequences of the Covid-19 pandemic in the areas of insolvency, civil and criminal procedure law - Main points of interest and

Pojedini teoretičari smatraju da bi se potonja mjera trebala primjenjivati isključivo u situacijama kada se radi o suđenjima koja se moraju nastaviti (npr. slučajevi koji uključuju istražni zatvor), dok bi u svim preostalim slučajevima, nakon završetka pandemije COVID-19, glavna rasprava trebala krenuti iz početka.¹²¹

Nadalje, pažnju plijeni okolnost da se u Njemačkoj među akademskim krugovima potaknulo pitanje neposredne korelacije širenja bolesti COVID-19 i kaznene odgovornosti za kaznena djela tjelesne ozljede (§ 223. StGB-a),¹²² teške tjelesne ozljede (§ 224. StGB-a), tjelesne ozljede iz nehaja (§ 229. StGB-a) te čak ubojstva (§ 212. StGB-a) i prouzročenja smrti iz nehaja (§ 222. StGB-a),¹²³ a u kontekstu primjene § 74. i § 75. IfSG-a.¹²⁴ Sredinom ožujka 2020. Münchenski je odvjetnik prijavio suca regionalnom sudu zbog pokušaja tjelesne ozljede jer je sudac inzistirao na održavanju ročišta unatoč tadašnjoj rizičnoj situaciji uzrokovanoj pandemijom COVID-19.¹²⁵ Kada je u pitanju teška tjelesna ozljeda iz § 224. StGB-a njemački zakonodavac traži da je posrijedi „za život opasno postupanje“, čime upućuje na postojanje apstraktne opasnosti apstrahirajući konkretnu opasnost.¹²⁶

Međutim pojedini autori upozoravaju da je pogrešno dovođenje u korelaciju kaznenih djela tjelesnih ozljeda i ubojstava s posljedicama COVID-19¹²⁷

preliminary analysis -, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2020, str. 2, dostupno na https://www.freshfields.de/4962ff/globalassets/our-thinking/campaigns/coronavirus-alert-centre/pdfs/updated-english-language-briefing-german-covid-19-mitigation-law-06042020.pdf?_ga=2.243083397.622595973.1631620779-2071277560.1631620779.

¹²¹ Ibidem, str. 9.

¹²² Kazneni zakon, njem. Strafgesetzbuch (StGB), BGBI. I S. 3322, dostupno na <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>.

¹²³ Usp. Cerny, L.; Makepeace, J., *op. cit.* (bilj. 110), str. 151.

¹²⁴ Odredbe § 74. i § 75. sadrže kaznene sankcije (Strafvorschriften). Zakonodavac je propisao novčane kazne i kaznu zatvora u trajanju do dvije godine za počinitelje upravnih prekršaja (§ 74.) te za postupanje protivno izvršnim nalogima nadležnih tijela (§ 75., st. 1.). Ukoliko je ponašanjem došlo do širenja zaraznih bolesti, zakonodavac je predvidio kaznu zatvora u trajanju od tri mjeseca do pet godina, osim ako teža kazna nije propisana posebnim zakonom (§ 75., st. 3.).

Usp. ibidem, str. 150-151. Na isti način i Kurtović Mišić, A.; Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *op. cit.* (bilj. 25), str. 424. Također, za kaznenu odgovornost vidi Lorenz, H.; Oğlakcioğlu, M., *op. cit.* (bilj. 112), str. 108-115; Jahn von M.; Schmitt-Leonardy, C., *Kontaktverbot & Co mit Strafen erzwingen?*, Frankfurter Allgemeine, Strafrecht als letztes Mittel, 22. travnja 2020., dostupno na <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/letztes-mittel-kontaktverbot-co-mit-strafen-erzwingen-16737322.html>.

¹²⁵ Cerny, L. Makepeace, J., *op. cit.* (bilj. 110), str. 148.

¹²⁶ Više vidi Fahl, C., *Das strafrecht in den Zeiten von Corona*, Juristische Ausbildung 2020(10), str. 1059.

¹²⁷ Lorenz, von H.; Turhan, E., *Verantwortungslosigkeit kann strafbar sein*, Frankfurter Allgemeine, Einspruch, 21. 3. 2020., dostupno na <https://www.faz.net/einspruch/corona-krise-verantwortungslosigkeit-kann-strafbar-sein-16689724.html>.

budući da zakonodavac nije izričito predvidio tjelesnu ozljedu ili smrtni ishod kao posljedicu zaraze, što može dovesti do teškoća kako u pogledu dokazivanja opće uzročnosti tako i u pogledu tzv. „samougrožavanja“ (njem. *eigenverantwortliche Selbstgefährdung*). Može se konstatirati da, kada je u pitanju zaštita života, StGB nije namijenjen primjeni u kriznim situacijama niti je prikladan instrument u situacijama nehajnog prouzrokovanja rizika zaraze (infekcije). Stoga se upućuje na primjenu kaznenih odredbi IfSG-a, posebno relevantne odredbe § 73., st. 1., br. 6.a, § 74. i § 75. st. 1. br. 1. IfSG-a.¹²⁸ Slijedom navedenog IfSG kažnjiva ponašanja dijeli u tri kategorije (§ 73., § 74. i § 75. IfSG-a), redosljed kojih nije u zavisnosti od stupnja njihove ozbiljnosti, ali počinje s upravnim prekršajima (njem. *Ordnungswidrigkeit*) iz § 73. Odredba § 74. IfSG-a povezana je s određenim upravnim prekršajima iz § 73. st. 1.a (toč. 1.–7., 11. do 20., 22., 22.a, 23. ili 24.), ali i širenjem bolesti navedenih u § 6. st. 1. toč. 1. IfSG-a s namjerom ili nehajem.¹²⁹ Upravo zbog nemogućnosti ili bitne otežanosti dokazivanja određenog stupnja krivnje koji zahtijeva zakonodavac navedena kategorija kažnjivih ponašanja sa sobom donosi iste probleme koji se pojavljuju u pogledu dokazivanja uzročnosti kod kaznenih djela protiv tjelesnih ozljeda, čime se dovodi u pitanje njihova primjena u praksi i relevantnost. Naposljetku, § 75. IfSG-a referira se na vrlo specifična kršenja zaštitnih mjera (“rezervirana” za kazneni zakon, § 75. st. 1.) te na kršenje zakonskih propisa prema § 38. IfSG-a (koji se odnosi na izdavanje naredbi, § 75. st. 2.). Preduvjet za primjenu kaznene sankcije iz § 73. ili § 74. IfSG-a predstavlja kršenje izvršnog naloga iz § 28. st. 1. IfSG-a.¹³⁰

Talijanski zakonodavac inkriminira kazneno djelo (širenja) epidemije te sankcionira namjerno postupanje počinitelja u čl. 438., kao i nehajno postupanje u čl. 452. Kaznenog zakona (dalje u tekstu CP).¹³¹ *Ratio* predmetne odredbe jest zaštita javnog zdravlja, s primarnim naglaskom na izbjegavanje zaraznih bolesti koje mogu stvoriti opasnost i naštetiti zdravlju zajednice.¹³² Krucijalni element kaznenog djela epidemije jest “nekontrolirano širenje zarazne bolesti među većim brojem subjekata kroz kronološki ograničeno trajanje”.¹³³ Pravila talijanskog kaznenog sustava apstraktno su primjenjiva na konkretni slučaj COVID-19 kroz čl. 438. CP-a, kojim se inkriminira širenje epidemije na način da

¹²⁸ Usp. Lorenz, H.; Oglakcioglu, M., *op. cit.* (bilj. 112), str. 109.

¹²⁹ Usp. *ibidem*, str. 110.

¹³⁰ Usp. *ibidem*, str. 113.

¹³¹ Codice Penale (CP), dostupno na <https://www.altalex.com/documents/news/2014/06/03/dei-delitti-contro-l-incolumita-pubblica>.

¹³² Usp. Ardizzone, S., *Epidemia*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, str. 253.

¹³³ Cfr. Cass. S. U. n. 576/2008 in Cavaliere, A., *Coronavirus: il reato di epidemia. Considerazioni anche sull'eventuale concorso con l'omicidio*, *Diritto penale*, 23.3. 2020.; www.ildiritto.it; na sličan način Raffaele, S. *Delitto di epidemia: l'affaire Coronavirus*, *Diritto Penale e Uomo*, 2020, str. 8.

se “onaj tko prouzrokuje epidemiju širenjem patogenih klica kažnjava kaznom doživotnog zatvora”. Zakonodavac nije poimenice naveo koje bi to bolesti bile obuhvaćene „patogenim klicama“, ali je razvidno da se predmetna odredba primjenjuje samo na zarazne bolesti koje se lako šire u populaciji, tako da pogađaju velik broj ljudi u istom vremenskom intervalu.¹³⁴ Također je moguća i primjena čl. 452. CP-a za kaznena djela protiv javne sigurnosti, koji predviđa sankcioniranje svakoga tko iz nehaja počini bilo koju od radnji predviđenih čl. 438. CP-a.¹³⁵ Najproblematičniji aspekt konfiguracije epidemijskog zločina odnosi se na ispravnu identifikaciju psihološkog profila počinitelja i utvrđivanje uzročno-posljedične veze koja mora postojati između ponašanja počinitelja i štetnog događaja za velik broj ljudi, zajedno s teritorijalnim širenjem fenomena epidemije.¹³⁶ Također, pravna priroda kaznenog djela širenja epidemije dugo je bila predmetom rasprave s obzirom na njezinu klasifikaciju, u smislu predstavlja li ono kazneno djelo povređivanja ili kazneno djelo ugrožavanja. Prema mišljenju jednog dijela doktrine širenje epidemije bilo bi kazneno djelo povređivanja (nastupa konkretne štete, tal. *di danno concreto*) jer se povreda javnog zdravlja “mora materijalizirati u stvarnoj šteti koja se sastoji u širenju određenih bolesti.”¹³⁷ Prema mišljenju drugog dijela doktrine kazneno djelo širenja epidemije predstavlja kazneno djelo ugrožavanja (nastupa konkretna opasnost, tal. *di pericolo concreto*) jer u svome biću nužno konzumira opasnost od širenja bolesti.¹³⁸ Međutim prevladavajuća sudska praksa naglasila je dvojaku prirodu kaznenog djela širenja epidemije. Drugim riječima, širenje epidemije mješovito je kazneno djelo, koje je ujedno i kazneno djelo povređivanja i kazneno djelo ugrožavanja. Navedeno je posebno istaknuto i u recentnoj sudskoj presudi u kojoj je sud naveo da pored (već nastupjele) zaraze većeg broja ljudi može doći do (daljnjeg) prenošenja klica na druge osobe i bez ikakve (daljnje) intervencije izvora zaraze, odnosno izvornog širitelja zaraze.¹³⁹ Stoga kazneno

¹³⁴ Erra, C., *Epidemia*, in ED, XV, Milano, 1966, str. 47.

¹³⁵ Usp. Raffaele, S., *op. cit.* (bilj. 133), str. 5.

¹³⁶ *Ibidem*, str. 2.

¹³⁷ Usp. Santoro, A., *Manuale di diritto penale, parte spec.*, III, Torino, 1965, str. 97; Raffaele, S., *op. cit.* (bilj. 133), str. 6; Marani, A., *I delitti contro l'ordine e l'incolumità pubblica*, in Fatto e diritto, Cendon (collana diretta da), P. Cendon, Giuffrè, 2008, str. 266; Gargani, A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, in Trattato di diritto penale, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. IX, t. II, Giuffrè, 2013, str. 209.

¹³⁸ Vidi Ardiszone, *op. cit.* (bilj. 132), str. 254; Nappi, V., *I delitti contro la salute pubblica*, in Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Bricola e Zagrebelsky (a cura di), IV, Torino, 1996, str. 651; D'Alessandro, F., *Pericolo astratto e limiti di soglia*, Milano, 2005, str. 179; Romano, M., Sub Pre Art. 39, in *Commentario sistematico del Codice penale*, Artt. 1-84, Giuffrè, 2004, str. 341.

¹³⁹ Cass. pen. n. 91233/2017, primjer prema Mangia, M., *Riflessioni sulla configurabilità del reato di “epidemia” nei casi di contagio da COVID-19*, 4cLEGAL, dostupno na www.4clegal.com, 21 travnja 2020.

djelo širenja epidemije karakterizira stvaranje štete (povrede), koja se sastoji od prisutnosti bolesti i opasnosti povezane s mogućnošću njezina daljnjeg širenja na štetu sigurnosti i javnog zdravlja.¹⁴⁰ Što se tiče subjektivnog elementa, prevladavajuća doktrina smatra da je potrebna svijest i volja za širenjem patogenih klica i epidemije koja će uslijediti. Drugim riječima, zahtijeva se postojanje tzv. doloznog postupanja (tal. *dolo generico*),¹⁴¹ pri čemu dio doktrine smatra da se kazneno djelo epidemije može počinuti i s neizravnom namjerom (tal. *dolo eventuale*), odnosno pristajanjem na širenje bolesti.¹⁴² Pojedini autori smatraju da je kazneno djelo moguće počinuti i nečinjenjem, ali samo ukoliko je na strani počinitelja postojala zakonska obveza sprječavanja nastupa posljedice i počinitelj je bio svjestan postojanja takve obveze, kao i okolnosti da je aktivnim postupanjem mogao spriječiti nastup posljedice, odnosno pojavu epidemije.¹⁴³ U novije vrijeme u kontekstu širenja virusa SARS-CoV-2 pojavile su se sumnje u mogućnost primjene odredbi čl. 438. CP-a i čl. 452. CP-a (u namjernom ili nehajnom obliku) u odnosu na pojedince koji se, svjesni ili nesvjesni da su zaraženi virusom, nastavljaju slobodno kretati kršeći vladine odredbe o obvezi karantene.¹⁴⁴ U Italiji je, i prije proglašenja pandemije 31. siječnja 2020. godine, rezolucijom Vijeća ministara proglašeno izvanredno stanje u skladu sa Zakonom od 1/2018 (Kodeks civilne zaštite).¹⁴⁵ Ubrzo nakon toga vlada je 21. veljače 2020. donijela Zakonodavnu uredbu br. 6/2020,¹⁴⁶ kasnije pretvorenu u Zakon br. 13/2020 o “Hitnim mjerama u vezi s ograničavanjem i upravljanjem epidemiološkom izvanrednom situacijom prouzročenu COVID-19”, kojim su uvedene ograničavajuće mjere u cilju

¹⁴⁰ Cfr. Trib. Trento, 16. srpnja 2004. Usp. Carpinato, S., *Il delitto di epidemia, questo sconosciuto: la causalità con l'evento „epidemia“ e „morte di più persone“*, Diritto Penale, 27. travnja 2020., dostupno na <https://www.diritto.it/il-delitto-di-epidemia-questo-sconosciuto-la-causalita-con-levento-epidemia-e-morte-di-piu-persone/>.

¹⁴¹ Antolisei, F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, vol. II*, Giuffrè, 2008, str. 36; Bonfiglioli, A., *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, u Trattato di diritto penale, diretto da M. Papa, A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, vol. IV, Delitti contro l'incolumità pubblica e reati in materia di stupefacenti, UTET Giuridica, 2010, str. 393.

¹⁴² Fiandaca, G.; Musco, E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, str. 538.; Battaglini, E.; Bruno, B., voce *Incolunità pubblica* (delitti contro la), u Nov. dig. it., Torino, 1062, str. 7; Erra, C., *op. cit.* (bilj. 133), str. 17; Raffaele, S., *op. cit.* (bilj. 133), str. 10.

¹⁴³ Analogno Corbetta, S., *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, vol. II*, Dei delitti contro l'incolumità individuale, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, CEDAM, 2003, str. 99.

¹⁴⁴ Zanerolli, M., *Il reato di epidemia e la sua possibile configurazione in caso di violazione delle norme emergenziali di contrasto alla diffusione del virus Covid-19*, 11. siječnja 2021., dostupno na <https://www.diritto.it/il-reato-di-epidemia-e-la-sua-possibile-configurazione-in-caso-di-violazione-delle-norme-emergenziali-di-contrasto-alla-diffusione-del-virus-covid-19/>.

¹⁴⁵ Canestrini, N., *op. cit.* (bilj. 93), str. 116.

¹⁴⁶ Dostupno na <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/23/20G00020/sg>.

prevencije i suzbijanja zaraze. Prema čl. 3. st. 4. gore navedene uredbe “ako ponašanje ne predstavlja teže kazneno djelo, nepoštivanje mjera kažnjava se prema čl. 650. CP-a”.¹⁴⁷ Navedenim je vlada osigurala kažnjavanje prekršitelja nametnutih obveza kaznom propisanom CP-om, odnosno novčanom kaznom (do 206 eura) te kaznom zatvora do tri mjeseca.¹⁴⁸ Kasnijom Zakonodavnom uredbom br. 19/2020 od 26. ožujka 2020.,¹⁴⁹ pretvorenom u Zakon br. 35/2020, postrožene su novčane kazne za počinitelje (u iznosu od 400 do 3000 eura), čime je eliminirano pozivanje na čl. 650. CP-a. Glavna razlika čl. 3. st. 4., Zakonodavne uredbe br. 6/2020 i čl. 4. st. 6. Zakonodavne uredbe br. 19/2020 leži u razgraničenju je li subjekt zaražen koronavirusom ili ne. Drugim riječima, prva se uredba primjenjuje u slučajevima kršenja mjera bez obzira na to je li osoba zaražena koronavirusom ili ne, za razliku od druge uredbe, koja (teže) sankcionira kršenje navedenih mjera u slučaju kada je osoba pozitivna na testu za COVID-19.

S navedena dva dekreta talijanski je zakonodavac stvorio svojevrсни „sankcionirajući mikrosustav“ (tal. *microsistema sanzionario*),¹⁵⁰ koji je gradiran prema ozbiljnosti ponašanja predmetnog subjekta. Na prvoj se razini sankcionirajućeg mikrosustava nalaze ponašanja kojima se krše mjere suzbijanja zaraze, sukladno čl. 1. Zakonodavne uredbe br. 19/2020, a koje se sankcioniraju upravnom sankcijom. Na drugoj se razini nalaze ponašanja osoba pozitivnih na virus koje krše mjeru karantene (čl. 1. st. 2. (e) Zakonodavne uredbe br. 19 /2020), a koje se sankcioniraju shodno čl. 260. Kraljevskog dekreta br. 1265/1934 od 24. kolovoza 1934.,¹⁵¹ odnosno novčanom kaznom (u iznosu od 500 do 5000 eura) i kaznom zatvora od tri do osamnaest mjeseci. Treću razinu čine ponašanja onih koji šire virus iz nehaja, kažnjivo prema čl. 452. CP-a. Sudska je praksa stava da kršenje hitnih mjera, bilo općih ili pojedinačnih, predstavlja kažnjivo ponašanje, pri čemu je nesporna uzročna veza između zabranjenog postupanja i nastupjele posljedice u vidu širenja epidemije.¹⁵² Konačno, četvrtu razinu čine ponašanja zlonamjernog širenja virusa, sankci-

¹⁴⁷ Odredba čl. 650. CP-a propisuje sankcije za postupanje protivno mjerama koje je naložilo nadležno tijelo iz razloga javne sigurnosti (novčanom kaznom u iznosu do 206 eura ili kaznom zatvora do tri mjeseca).

¹⁴⁸ Usp. Zanerolli, M., *op. cit.* (bilj. 144).

¹⁴⁹ Dostupno na https://www.diritto.it/il-reato-di-epidemia-e-la-sua-possibile-configurazione-in-caso-di-violazione-delle-norme-emergenziali-di-contrasto-alla-diffusione-del-virus-covid-19/#_ftn3.

¹⁵⁰ Zalin, M., *Le nuove fattispecie di reato introdotte ai tempi del Coronavirus*, in Filodiritto, 30 Marzo 2020., dostupno na <https://www.filodiritto.com/le-nuove-fattispecie-di-reato-introdotte-ai-tempi-del-coronavirus>.

¹⁵¹ Dostupno na <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1934-07-27;1265>.

¹⁵² Slično Carpinato, S., *op. cit.* (bilj. 140).

onirana čl. 438. CP-a, slučaj koji nije tipiziran hitnim zakonodavstvom, ali je apstraktno prilagodljiv u kategoriji “najtežih kaznenih djela.” Imajući na umu navedeno, sankcioniranju podliježu oni koji, svjesni svog patološkog stanja, prihvaćaju rizik zaraze više ljudi, ostajući u bliskom kontaktu s njima dulje vrijeme.¹⁵³ Iz navedenog proizlazi da bi se svi oni koji su pozitivni na testu za COVID-19 i svjesno krše hitne uredbe donesene za suzbijanje širenja zaraze, ukoliko su ispunjeni svi zakonski uvjeti, mogli suočiti s najstrožom zatvorskom kaznom u talijanskom sustavu, a to je doživotni zatvor.¹⁵⁴

Streslov smatra da bi poboljšanja kaznenog zakonodavstva trebala ići u smjeru da prijetnja izravnom kontaminacijom, kao i namjerno kršenje utvrđenih zabrana predstavljaju stvarnu opasnost ne samo za život ili zdravlje određene osobe ili skupine osoba već i za tjelesno, mentalno i duhovno zdravlje cjelokupnog stanovništva. Stoga je nužno razgraničiti što je stvarni objekt kaznenopravne zaštite – zdravlje ljudi, kako se to tradicionalno smatralo, ili je to, u konkretnoj situaciji prouzrokovanoj pandemijom COVID-19, javno zdravlje, koje uključuje čitav niz mjera za liječenje i prevenciju bolesti.¹⁵⁵

6. ZAKLJUČAK

S obzirom na raspoloživost širokog dijapazona mjera za suzbijanje širenja i prenošenja bolesti COVID-19 u kontekstu kršenja mjera, ali i različitih drugih kažnjivih ponašanja, nameće se pitanje primjene različitih sankcija, kao i same njihove pravne prirode. U svrhu poštivanja mjera usmjerenih na suzbijanje pandemije COVID-19 državama na raspolaganju stoji čitava paleta sankcija inkorporirana kroz odredbe prekršajnog, upravno-procesnog i kaznenog prava. U kontekstu primjene kaznenopravnih odredbi na situacije povezane s koronavirusom treba voditi računa da radijus njihove aplikacije bude uzak, dok provođenje kaznenog progona i kažnjavanja treba biti reducirano na vrlo ograničen broj slučajeva. Mjere suzbijanja COVID-19 stoga trebaju biti pragmatične i racionalne. Također, i samo pravo treba imati pragmatičan i racionalan pristup u procjeni primjene zakonskih odredbi koje se apliciraju na situaciju izazvanu COVID-19.

Kršenje epidemioloških mjera od strane osoba za koje postoji i najmanja sumnja da su nositelji virusa mora predstavljati (barem) prekršaj, a ovisno o okolnostima slučaja moguće čak i kazneno djelo. Stoga kaznena djela protiv zdravlja ljudi trebaju postojati, ali samo kao *ultima ratio* za sprječavanje šire-

¹⁵³ Zalin, M., *op. cit.* (bilj. 150).

¹⁵⁴ Usp. Cesareo, T., *Le sanzioni penali per violazione delle disposizioni anti Coronavirus*, in www.camminodiritto.it, 18 Marzo 2020.

¹⁵⁵ Streltsov, Y., *op. cit.* (bilj. 7), str. 8-9.

nja zaraznih bolesti. Međutim, čak i u situacijama navodnog prijenosa bolesti, praktične poteškoće predstavljat će dokazivanje uzročnosti ponašanja počinitelja i nastupjele posljedice, stoga kad god je to moguće primat treba dati prekršajnim i upravnim sankcijama. Kaznenopravne sankcije mogu odvratiti počinitelje od kršenja mjera, ali ih uvijek treba primjenjivati *cum grano salis* budući da uspješna implementacija mjera za prevenciju širenja zaraznih bolesti nije i ne smije biti ograničena samo na kaznenu represiju.¹⁵⁶

Čak i u izvanrednim uvjetima koji nalažu promptno djelovanje i pronalaznje novih odgovora u borbi s pandemijom COVID-19 mjere koje se poduzimaju moraju biti nužne i razmjerne naravi potrebe za njihovim provođenjem te ni u kojem slučaju ne smiju podrivati osnovne postulate demokratskog društva, a to je pravna država i vladavina prava.¹⁵⁷ Iako neposredna ugroza racionalizira potrebu za pravnim odgovorom na kršenje mjera usmjerenih na suzbijanje pandemije COVID-19, ne smije se smetnuti s uma da je kazneno pravo *ultima ratio societatis*, pa i kad je u pitanju očuvanje zdravlja ljudi.

LITERATURA

1. Antolisei, F., *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. II, Giuffrè, 2008.
2. Ardizzone, S., *Epidemia*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990.
3. Barrett, R.; Brown, P. J., *Stigma in the Time of Influenza: Social and Institutional Responses to Pandemic Emergencies*, *Journal of Infectious Diseases*, 197(1), 2008, str. 34-37.
4. Battaglini, E.; Bruno, B., voce *Incolunità pubblica* (delitti contro la), in *Nov. dig. it.*, Torino, 1968.
5. Bedford, J.; Enria, D.; Giesecke, J.; Heymann, D. L.; Ihekweazu, C.; Kobinger, G.; Lane, H. C.; Memish, Z.; Oh, M.; Sall, A. A.; Schuchat, A.; Ungchusak, K.; Wieler, L. H., *COVID-19: Towards Controlling of a Pandemic*, *The Lancet*, 395(10229), 2020, str. 1015-1018.
6. Bertel, C., Schwaighofer, K., *Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, Springer, Wien/New York, 2010.
7. Bonfiglioli, A., *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Papa, M.; Cadoppi, A.; Canestrari, S.; Manna, A. vol. IV, *Delitti contro l'incolumità pubblica e reati in materia di stupefacenti*, UTET Giuridica, 2010.
8. Canestrini, N., *Covid 19 Italian emergency legislation and infection of the rule of law*, *New Journal of European Criminal Law*, 11(2), 2020, str. 116-122.

¹⁵⁶ Usp. Roksandić, S.; Mamić, K., *op. cit.* (bilj. 13), str. 698.

¹⁵⁷ Usp. Mirković, M., Krivična odgovornost zbog širenja zaraznih bolesti i provođenje krivičnog postupka u F BiH na primjeru COVID-19, *Fondacija Centar za javno pravo*, str. 12-13.

9. Carpinato, S., *Il delitto di epidemia, questo sconosciuto: la causalità con l'evento „epidemia“ e „morte di più persone“*, Diritto Penale, 2020.
10. Cavaliere, A., *Coronavirus: il reato di epidemia. Considerazioni anche sull'eventuale concorso con l'omicidio*, Diritto penale, 23.3. 2020.; www.ildiritto.it.
11. Cerny, L.; Makepeace, J., *Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung*, KriPoZ 3/2020, str. 148-151.
12. Cesareo, T., *Le sanzioni penali per violazione delle disposizioni anti Coronavirus*, Cammino Diritto, 2020 (www.camminodiritto.it).
13. Chalmers, J., *Disease transmission, liability and criminal law*, In: Viens, A. M., Coggon, J. and Kessel, A. S. (eds.) *Criminal Law, Philosophy and Public Health Practice*. Cambridge University Press: Cambridge, 2013, str. 124-141.
14. Corbetta, S., *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, vol. II*, Dei delitti contro l'incolumità individuale, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini), CEDAM, 2003.
15. Csikai, E., *Euthanasia and Assisted Suicide*, Journal of Gerontological Social Work, 31(3-4), 1999, str. 49-63.
16. D'Alessandro, F., *Pericolo astratto e limiti di soglia*, Milano, 2005.
17. Dimovski, D.; Turanjanin, V.; Kolaković-Bojović, M.; Čvorović, D., *Attitudes toward Euthanasia of Students of Law and Medicine in Serbia*, Iran J Public Health, 49(2), 2020, str. 400-402.
18. Donatsch, A.; Flachsmann, S.; Hug, M.; Maurer, M.; Riesen-Kupper, M.; Weder, U., *StGB Kommentar: Schweizerisches Strafgesetzbuch mit JStG*, Strafbest. des SVG, BetmG und AuG sowie weiteren Erlassen Gebundene Ausgabe – 1. Januar 2010.
19. Drinóczi, T.; Bień-Kacała, A., *COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism*, The Theory and Practice of Legislation 2020, 8(1-2), str. 171-192.
20. Erra, C., *Epidemia*, in ED, XV, Milano, 1966.
21. Fahl, C., *Das strafrecht in den Zeiten von Corona*, Juristische Ausbildung 2020(10), str. 1058-1065.
22. Fiandaca, G.; Musco, E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019.
23. Foregger, E.; Fabrizio, E. E., *Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetzen, Kurzkomentar*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2010.
24. Galletly, C. L., Pinkerton, S. D., *Conflicting Messages: How Criminal HIV Disclosure Laws Undermine Public Health Efforts to Control the Spread of HIV*, AIDS and Behaviour, 10(5), 2006, str. 451-461.
25. Gargani, A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, in Trattato di diritto penale, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. IX, t. II, Giuffrè, 2013.
26. Goldner Lang, I., *Laws of Fear in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of COVID-19*, European Journal of Risk Regulation (2021), str. 1-24.
27. Grozdanić, V.; Kurtović, A., *Smanjeno ubrojivi prema novoj zakonskoj regulativi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 6(2), 1999, str. 519-530.
28. Holshue, M. L.; DeBolt, C.; Lindquist, S.; Lofy, K. H.; Wiesman, J.; Bruce, H.; Spitters, C.; Ericson, K.; Wilkerson, S.; Tural, A.; Diaz, G.; Cohn, A.; Fox, L.; Patel, A.; Gerber, S. I.; Kim, L.; Tong, S.; Lu, X.; Lindstrom, S.; Pallansch, M. A.;

- Weldon, W. C.; Biggs, H. M.; Uyeki, T. M.; Pillai, S. K., *First Case of 2019 Novel Coronavirus in the United States*, *New Eng J Med*, 382(10), 2020, str. 929-936.
29. Horder, J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 8th ed, 2016.
30. Horowitz, J.; Bubola, E., *On Day 1 of Lockdown, Italian Officials Urge Citizens to Abide by Rules* (8. ožujka 2020.), *NYTimes.com*
31. Husak, D. N., *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, *Arizona Law Review*, 37(1), 1995, str. 151-184.
32. Husak, D., *The Criminal Law as Last Resort*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(2), 2004, str. 207-235.
33. Jahn von M.; Schmitt-Leonardy, C., *Kontaktverbot & Co mit Strafen erzwingen?*, *Frankfurter Allgemeine*, Strafrecht als letztes Mittel, 22. 4. 2020.
34. Jorio, L.; Bondolfi, S., *Was passiert, wenn ich die Quarantäne nicht einhalte?*, *swissinfo.ch*, 10. ožujka 2020.
35. Khorrami, N., *Sweden did it differently – but is it working?*, *EuObserver*, 6. svibnja 2020.
36. Kostić, J.; Matić Bošković, M., *How COVID-19 Pandemic Influences Rule of Law Backsliding in Europe*, *Regional Law Review*, Institute of Comparative Law, 2020, str. 77-90.
37. Kudrić, Ž., *Novela Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti*, *IUS-INFO* od 20. travnja 2020. (www.iusinfo.hr).
38. Kurtović, A.; Petrić, I., *Kazneno djelo usmrćenja na zahtjev i eutanazija*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 21(2), 2000, str. 655-673.
39. Kurtović Mišić, A.; Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *Kažnjiva ponašanja fizičkih i pravnih osoba za vrijeme pandemije COVID-a 19: između kaznenog, prekršajnog i upravnog prava*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 58(2), 2021, str. 419-439.
40. Lelliott, J.; Schloenhardt, A.; Ioannou, R., *Pandemics, punishment, and public health: COVID-19 and criminal law in Australia*, *UNSW Law Journal*, 44(1), 2021, str. 167-196.
41. Lorenz, H.; Oğlakcioğlu, M., *Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG*, *KriPoZ* 2/2020, 108-115.
42. Lorenz, von H.; Turhan, E., *Verantwortungslosigkeit kann strafbar sein*, *Frankfurter Allgemeine*, Einspruch, 21. 3. 2020.
43. Mangia, M., *Riflessioni sulla configurabilità del reato di “epidemia” nei casi di contagio da COVID-19*, *4cLEGAL*, 2020, (www.4clegal.com).
44. Marani, A., *I delitti contro l'ordine e l'incolumità pubblica*, in *Fatto e diritto*, Cendon (collana diretta da), P. Cendon, Giuffrè, 2008.
45. Martinović, I., *Kaznena i prekršajna odgovornost za širenje koronavirusa i postupanje u slučaju neizvršenja izrečenih mjera za zaštitu od zaraznih bolesti*, *In-formator* br. 6620-6621, 30. III. i 6. IV. 2020., str. 13-16.
46. Matić Bošković, M.; Nenadić, S., *Impact of Covid-19 pandemic on criminal justice systems accross Europe*, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (Eclic)*, Issue 5, 263-290.

47. Miller, J. M.; Blumstein, A., *Crime, Justice & the COVID-19 Pandemic: Toward a National Research Agenda*, American Journal of Criminal Justice, 45(4), 2020, str. 515–524.
48. Mirković, M., *Krivična odgovornost zbog širenja zaraznih bolesti i provođenje krivičnog postupka u F BiH na primjeru COVID-19*, Fondacija Centar za javno pravo, str. 1-13.
49. Moslavac, B., *Dodatne kaznene odredbe Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti*, IUS-INFO, Klasifikacija: 9.5.5. Zaštita od zaraznih bolesti(ZAKO)(PROP) (www.iusinfo.hr).
50. Munivrana Vajda, M.; Ofak, L., *Kažnjavanje za kršenje mjera usmjerenih na suzbijanje pandemije COVID-19*, IUS-INFO (www.iusinfo.hr).
51. Nappi, V., *I delitti contro la salute pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Bricola e Zagrebelsky (a cura di), IV, Torino, 1996.
52. Nemerson, S., *Alcoholism, Intoxication, and the Criminal Law*, Cardozo, Law Review, 10 (3), 1998, str. 393-474.
53. Ofak, L., *Pravna priroda mjera usmjerenih na suzbijanje pandemije COVID-a 19*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 58(2), 2021, str. 459-475.
54. Paccès, A. M.; Weimer, M., *From Diversity to Coordination: A European Approach to COVID-19*, European Journal of Risk Regulation, 2020, 11(2), str. 283–296.
55. Pavlović, Š., *Kazneni zakon*, Libertin, Rijeka, 2015.
56. Raffaele, S., *Delitto di epidemia: l'affaire Coronavirus*, Dritto Penale e Uomo, 2020, str. 1-23.
57. Renda, A.; Catro, R., *Towards Stronger EU Governance of Health Threats after the COVID-19 Pandemic*, European Journal of Risk Regulation, 2020, 11(2), str. 273–282.
58. Roerig, M. T., *Entrata in vigore la terza legge sulla protezione della popolazione in una situazione epidemica di portata nazionale (Bevölkerungsschutzgesetz)*, Corte Costituzionale, Servizio Studi, Area di Diritto Comparato, 23. 11. 2020, str. 1-2.
59. Rogers, R., Shuman, D., *Fundamentals of Forensic Practice: Mental Health and Criminal Law*, New York: Springer, 2005.
60. Roksandić Vidlička, S., *Kaznena djela protiv zdravlja ljudi*, u Cvitanović, L.; Derenčinović, D.; Turković, K.; Munivrana Vajda, M.; Dragičević Prtenjača, M.; Maršavelski, A.; Roksandić Vidlička, S., *Kazneno pravo posebni dio*, Zagreb, 2018, str. 253-268.
61. Roksandić, S.; Grđan, K., *Covid-19 i razumijevanje pravnih propisa vezanih uz suzbijanje zaraznih bolesti u Republici Hrvatskoj: Osvrt na bitna pravna pitanja od početka pandemije do listopada 2020*, Pravni vjesnik 36(3-4), str. 327-343.
62. Roksandić, S.; Mamić, K., *Širenje zaraznih bolesti kao prijetnja ostvarivanju ljudske sigurnosti i kaznenopravni mehanizmi u sprječavanju širenja bolesti Covid-19*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, 27 (2), str. 681-714.
63. Romano, M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Artt. 1-84, Giuffrè, 2004.
64. Rothan, H. A.; Byrareddy, S. N., *The Epidemiology and Pathogenesis of Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak*, Journal of Autoimmunity, 109(102433), 2020, str. 1-4.

65. Santoro, A., *Manuale di diritto penale, parte spec., III*, Torino, 1965.
66. Skolnik, T., *Criminal law during (and after) COVID-19*, Manitoba Law Journal; 43(4), 2020., str. 145-179.
67. Streltsov, Y., *Coronavirus and Criminal law: Paradox or Expediency of the Joint Analysis?!*, ResearchGate, April 2020.
68. Sun, N.; Zilli, L., *COVID-19 Symposium: The Use of Criminal Sanctions in COVID-19 Responses – Enforcement of Public Health Measures*, Part II, *OpinioJuris*, 2020.
69. Syse, A., *Criminal Law and Contagious Diseases: A Nordic Perspective* in Stanton, C. and Quirk H. (eds), *Criminalising Contagion Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law*, Cambridge University Press, 2016, str. 98-119.
70. Šeparović, Z.; Kokić, I., *Kaznena djela protiv zdravlja ljudi*, u Horvatić, Ž.; Šeparović, Z. i sur., *Kazneno pravo posebni dio*, Zagreb 1999.
71. Trägårdh, L.; Özkirimli, U., *Why might Sweden's Covid-19 policy work? Trust between citizens and state*, *The Guardian*, 21. travnja 2020.
72. Turanjanin, V.; Radulović, D., *Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law Reaction in Europe: A Review*, *Iranian Journal of Public Health*, 49(1), 2020, str. 4-11.
73. Turković, K. u Novoselec, P. (ur.), *Posebni dio Kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007.
74. Turković, K.; Novoselec, P.; Grozdanić, V.; Kurtović Mišić, A.; Derenčinović, D.; Bojanić, I.; Munivrana Vajda, M.; Mrčela, M.; Nola, S.; Roksandić Vidlička, S. et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2013.
75. Zalin, M., *Le nuove fattispecie di reato introdotte ai tempi del Coronavirus*, *Filodiritto*, 30 Marzo 2020.
76. Zanerolli, M., *Il reato di epidemia e la sua possibile configurazione in caso di violazione delle norme emergenziali di contrasto alla diffusione del virus Covid-19*, *Diritto penale*, 2021.
77. Zhou, F.; Yu, t.; Du, R.; Fan, G.; Liu, Y.; Liu, Z.; Xiang, J.; Wang, Y.; Song, B.; Gu, X.; Guan, L.; Wei, Y.; Li, H.; Wu, X.; Xu, J.; Tu, S.; Zhang, Y.; Chen, H.; Cao, B., *Clinical Course and Risk Factors for Mortality of Adult Inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: A Retrospective Cohort Study*, *PubMed*, 395(10229), 2020, str. 1054-1062.

Summary

THE LEGAL NATURE OF MEASURES FOR THE PREVENTION AND SANCTIONING OF CRIMINAL BEHAVIOUR IN DIRECT CORRELATION WITH COVID-19

The COVID-19 pandemic has forced many countries to take a number of measures to combat it. There has been no lack of criminal response, either by applying the existing normative framework to behaviours that can be described as leading to contagion or by prescribing new criminal offences. Numerous European countries criminalise the transmission of disease in certain circumstances in their criminal laws, and widely prescribing criminal behaviour during the COVID-19 pandemic has resulted in the possibility of applying sanctions of a different legal nature. The question arises of the role of criminal law in preventing the spread of disease and combating the COVID-19 pandemic, the scope and range of criminal responsibility, and the implications for human rights and freedoms. Although the immediate threat demands a legal response to the violation of measures aimed at combating the COVID-19 pandemic, it should be borne in mind that criminal law is the *ultima ratio societatis*, even when it comes to preserving human health.

The first part of the paper considers administrative measures and misdemeanour and penal provisions that have been adopted in the Republic of Croatia in respect of the prevention of and social reaction to the spread of the COVID-19 virus. The second part examines the scope and manner of the application of the relevant provisions of criminal law and individual and general administrative measures adopted in individual European countries in the context of the COVID-19 virus.

To conduct the study, relevant domestic and foreign literature was analysed, as was the normative regulation of the subject matter in individual countries belonging to the continental legal tradition.

Keywords: COVID-19, pandemic, criminal law, criminal liability, misdemeanour liability, administrative measures

Danijel Javorić Barić*

NEVLADINE ORGANIZACIJE I POJAM *ACTIO POPULARIS* PRED EUROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA **

Rad se bavi analizom položaja nevladinih organizacija kao podnositelja zahtjeva pred Europskim sudom za ljudska prava te pojmom actio popularis u svjetlu novije prakse Europskog suda za ljudska prava. Prvi dio rada analizira pokretanje postupaka pred Europskim sudom za ljudska prava, s naglaskom na dva ključna elementa pojedinačnih zahtjeva – kategorija podnositelja te status žrtve. U drugom se dijelu analizira položaj nevladinih organizacija u međunarodnom pravu, pri čemu će se osobita pozornost posvetiti položaju nevladinih organizacija pred međunarodnim sudskim mehanizmima. Središnji dio rada predstavlja analiza presude Centar za pravna istraživanja u ime Valentina Campeanua protiv Rumunjske, koja se smatra velikim iskorakom u pogledu zaštite najranjivijih skupina društva, ali je ujedno i otvorila pitanje uvođenja pojma actio popularis pred Europskim sudom za ljudska prava.

Ključne riječi: nevladine organizacije, actio popularis, uvjeti dopuštenosti, CLR protiv Rumunjske, zaštita ranjivih skupina

1. UVOD

Europska konvencija za ljudska prava¹ (u daljnjem tekstu Konvencija) postala je činom pristupanja RH Vijeću Europe 5. studenog 1997. međunarodni izvor prava u Republici Hrvatskoj. Time je hrvatskim građanima otvoren novi element zaštite njihovih prava, i to putem Europskog suda za ljudska prava² (u

* Danijel Javorić Barić, mag. iur., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

** Rad predstavlja ažurirano istraživanje koje je autor proveo u sklopu izrade diplomskog rada.

¹ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda, Narodne novine MU, br. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010.

² Europski sud za ljudska prava međunarodni je sud ustrojen 1959. godine sa sjedištem u Strasbourgu. Njegova je nadležnost odlučivati o pojedinačnim ili međunarodnim zahtjevima koji se odnose na povredu građanskih i političkih prava sadržanih u Europskoj konvenciji o

daljnem tekstu Sud). Krapac ističe kako su neki, ne bez razloga, Konvenciju prozvali “krunskim draguljem Vijeća Europe” jer je njezin sustav zaštite ljudskih prava, utemeljen na posebnom mehanizmu nadzora poštivanja konvencijskih odredbi, donio veliku novost za međunarodno pravo: on je po prvi put ustanovio mogućnost da se slučajevi povrede međunarodnih normi pobijaju pred međunarodnim državnim forumom ne samo na inicijativu država nego i na inicijativu pojedinaca.³ Takav se normativni iskorak u zaštiti ljudskih prava nesumnjivo smatra jednim od najefikasnijih elemenata međunarodne zaštite ljudskih prava.

Dva su načina pokretanja postupka pred Sudom: jedan koji se odnosi na međudržavne sporove i drugi koji je vezan za pojedinačne zahtjeve pred Sudom na temelju čl. 34. Konvencije. Kada se pristupi analizi članka 34. Konvencije te sudskoj praksi vezanoj uz taj članak, mogu se uočiti dva ključna elementa, a to su kategorije podnositelja pojedinačnih zahtjeva te pojam statusa žrtve. U dosadašnjoj praksi Sud pokazuje određenu razinu fleksibilnosti u tumačenju tih pojmova, no ipak uporno ponavlja i utvrđuje kako *actio popularis*, tužba koju bi mogao podnijeti bilo tko u ime povrede počinjene ne njemu samom, nego općem interesu, nije dopustiva. No u posljednje se vrijeme otvaraju novi izazovi za Sud u pogledu potrebe za pružanjem adekvatne pravne zaštite interesima pojedinaca koji nisu zaštićeni na nacionalnoj razini, što je dovelo do iskoraka učinjenog u predmetu *Centar za pravna istraživanja u ime Valentina Campeanua protiv Rumunjske* (dalje u tekstu: CLR protiv Rumunjske).⁴ Tom se presudom, na temelju duha Konvencije kao zaštitnika ljudskih prava, dopušta nevladinoj organizaciji da podigne zahtjev u ime žrtve, iako ne udovoljava konvencijskim standardima koji omogućuju podnošenje pojedinačnog zahtjeva, i to kao pravnog zastupnika *sui generis*, prije svega zbog iznimnih okolnosti slučaja.

Cilj je ovoga rada analizirati položaj nevladinih organizacija pred Sudom te ukratko predstaviti pojam *actio popularis* u međunarodnom pravu, a sve u

ljudskim pravima. Drugim riječima, zadaća je Suda osigurati da države poštuju prava i jamstva predviđena Konvencijom. U trenutku kada utvrdi da je neka država povrijedila jedno ili više tih prava i jamstava Sud donosi presude koje su obvezujuće za svaku državu i dovode do toga da dotične zemlje imaju obvezu postupati po njima i mijenjati svoje zakonodavstvo i administrativnu praksu u velikom broju područja kako se slične povrede ne bi ponavljale u budućnosti. Sud se sastoji od broja sudaca jednakog broju država članica Vijeća Europe koje su ratificirale Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (trenutačno ih je četrdeset sedam). Oni sude u osobnom svojstvu i ne predstavljaju nijednu državu; biraju se na neobnovljiv mandat od devet godina.

³ D. Krapac: Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i hrvatski kazneni postupak; Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol 2, broj 1-1995, str. 5.

⁴ Centar za pravna istraživanja u ime Valentina Campeanua protiv Rumunjske (2014), zahtjev br. 47848/08.

svjetlu novosti koje je donijela gore navedena presuda, uz nastojanje autora da se predstave i alternativni načini rješavanja u odnosu na one koje je zauzeo Sud.

2. POKRETANJE POSTUPKA PRED SUDOM

Članak 34. Konvencije definira pravo na podnošenje pojedinačnih zahtjeva, a Sud u svojoj praksi često ističe tu mogućnost kao jednu od ključnih garancija efikasnosti konvencijskog sustava zaštite ljudskih prava.⁵ Od Suda se traži da pri interpretaciji Konvencije iznimnu pozornost posveti posebnom karakteru Konvencije kao dokumenta koji služi osnaživanju ljudskih prava i temeljnih sloboda, što i sam u svojim presudama naglašava, ističući da Konvencija, za razliku od drugih međunarodnih ugovora te vrste, ne stvara samo odnose između država potpisnica nego i mrežu zajedničkih višestranih odnosa koja doprinosi sustavu kolektivne zaštite.⁶ Kada bi Konvencija bila bazirana samo na članku 33,⁷ koji uređuje međudržavne sporove, mehanizam zaštite pred Sudom bio bi manjkav.⁸ Države imaju pravo podnijeti zahtjev u svakom slučaju povrede prava od strane druge države, i to neovisno o tome radi li se o njezinim državljanima ili ne. Konvencija u ovom slučaju ne stavlja naglasak na državni, nego na interes europskog javnog poretka.⁹

2.1. Kategorija podnositelja pojedinačnih zahtjeva

Članak 34. Konvencije navodi kategorije dopuštenih podnositelja pojedinačnih zahtjeva, i to redom: fizičke osobe, nevladine organizacije te skupine pojedinaca. Upravo je kategorija nevladinih organizacija u fokusu rada Suda u novije vrijeme.

⁵ Mamatkulov i Askarov protiv Turske (2005), zahtjev br. 46827/99 i 46951/99, točka 100.

⁶ Loizidou protiv Turske, prethodni prigovori (1995), zahtjev br. 15318/89, točka 70.

⁷ Čl. 33. Konvencije: "Svaka visoka ugovorna stranka može se obratiti Sudu povodom svake navodne povrede odredaba Konvencije i dodatnih protokola od strane druge visoke ugovorne stranke."

⁸ Tim člankom regulirani su međudržavni sporovi koji se izdvajaju u svojoj biti od pojedinačnih zahtjeva. Naime drugačija je priroda tih zahtjeva, a kao glavna razlika navodi se kako se međudržavnim sporovima može žaliti na zakonodavne mjere ili neku praksu apstraktno, ne dokazujući njihov štetni utjecaj na samu državu podnositelja zahtjeva. Time se državama dopušta *actio popularis*. Više o tome v. D. Šago, Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (2016), vol. 37, br. 1, str. 594.

⁹ *Ibid.* 8.

Za početak, potrebno je naglasiti kako postupak pred Sudom nije otvoren za sve pravne osobe, nego samo onima isključenim iz konvencijskog shvaćanja pojma vladinih organizacija.¹⁰ Konvencija široko postavlja kategoriju nevladinih organizacija. Cilj toga jest prije svega otvoriti put pravne zaštite pravnom osobom, ali i isključiti pravo na zaštitu pravnom osobama koje su okarakterizirane kao državne ili koje su pod odlučujućim utjecajem države. Sud je u svojoj praksi uspostavio kriterije koji isključuju pravnu osobu iz pojma vladine organizacije. Prije svega, to je činjenica da pravna osoba nema izvršnih ovlasti, zatim da nije uspostavljena kao dio javne uprave te da u svom djelovanju ne podliježe nadzoru države.¹¹ Takvi kriteriji usmjereni su prema pravnoj naravi pravne osobe kao organizacije koja nije povezana s državom na način koji bi dovodio u sumnju njezinu mogućnost djelovanja pred Sudom kao organizacije neovisne o državnoj vlasti, a sve u cilju izbjegavanja paradoksa da Sud rješava sporove između državnih tijela. Tako je Sud isključio mogućnost da se pred Sudom kao podnositelji zahtjeva nađu središnji organi države, ali jednako tako i decentralizirane jedinice koje izvršavaju javne funkcije, kao što su lokalne i regionalne jedinice, bez obzira na njihovu proklamiranu neovisnost o središnjim tijelima. Jednako tako, kako bi se utvrdilo da bilo koja pravna osoba, osim jedinica decentraliziranih vlasti, spada u kategoriju vladinih organizacija, u obzir treba uzeti pravni status, a gdje je to moguće i prava koja taj status daje, zatim prirodu ovlasti koje izvršava i kontekst u kojem te ovlasti izvršava te stupanj neovisnosti o državnim institucijama.¹² Potrebno je naglasiti kriterij stupnja neovisnosti o državnim institucijama. Naime s obzirom na raznolikost pravnih oblika državnih institucija time pod pojam vladinih organizacija spadaju i agencije, kao poseban tip kvaziregulatornih državnih tijela, kojima se u nadležnost stavlja na primjer regulacija tržišta, nadzor financijskih aktivnosti, izvršavanje određenih isplata krajnjim korisnicima itd.

U kontekstu teme ovoga rada¹³ važno je naglasiti činjenicu kako se u obzir pri odlučivanju uzima i okolnost da je podnositelj obavljao komercijalne poslove, bez nekih javnih ovlasti ili monopola u svom sektoru.¹⁴ No Sud je i kod čl. 33. Konvencije utvrdio kako ni država kao podnositelj međudržavnog spora ne može ustati s takvim zahtjevom ako se radi o zaštiti prava subjekta koji ne

¹⁰ Practical guide on admissibility criteria, Council of Europe and European Court of Human Rights (2021), str. 9.

¹¹ Holy monasteries protiv Grčke (1994), zahtjev br. 13092/87, 13984/88, točka 49.

¹² Radio France i drugi protiv Francuske (2003), odluka, br. 53984/00, točka 26.

¹³ Vrlo važnu ulogu u postupcima pokrenutima od strane nevladinih organizacija igra i to na povredu kojih se prava stranka u postupku poziva. Naime Sud je u svojoj praksi utvrdio kako se pravnom osobama priznaje na primjer pravo na pravično suđenje iz članka 6. ili sloboda izražavanja iz članka 10. Konvencije.

¹⁴ *Ibid.* 10, str. 10.

spada pod pojam nevladine organizacije, odnosno on ne bi mogao sam podnijeti pojedinačni zahtjev.¹⁵

2.1.1. O nevladinim organizacijama pred Sudom

Ovdje je uvodno bitno napomenuti kako se u situacijama kada se radi o nevladinoj organizaciji kao jednoj od dopuštenih kategorija podnositelja zahtjeva od nje ne traži ispunjenje posebnih elemenata, odnosno kriterija. Naime sve ono što se odnosi na druge kategorije podnositelja pojedinačnih zahtjeva odnosi se i na nevladine organizacije.

2.2. O statusu žrtve

Članak 34. Konvencije ne definira pojam statusa žrtve, već samo navodi kako svaki podnositelj pojedinačnog zahtjeva mora tvrditi kako se radi o povredi prava priznatih u Konvenciji ili nekom od Protokola počinjenoj od strane države potpisnice Konvencije. Samo tumačenje pojma statusa žrtve u nadležnosti je Suda.

U svojoj praksi Sud je ustvrdio kako pojam statusa žrtve treba tumačiti autonomno te neovisno o domaćim propisima koji se tiču interesa ili sposobnosti za poduzimanje radnji u postupku. Kako bi podnositelj pojedinačnog zahtjeva uspio dokazati status žrtve,¹⁶ treba postojati direktna veza između podnositelja pojedinačnog zahtjeva i štete koju smatra da je pretrpio temeljem navodne povrede.¹⁷ Sud je sadržaj pojma statusa žrtve utvrdio u predmetu *Eckle protiv Njemačke*,¹⁸ gdje se navodi kako pojam žrtve označava osobu direktno pogođenu postupanjem ili propuštanjem o kojem se u tom slučaju radi (tzv. pojam izravne žrtve).¹⁹

Genezu statusa neizravne žrtve možemo pratiti kao odgovor Suda na potrebu proširenja statusa žrtve radi izbjegavanja situacija u kojima bi pravni formalizam sprečavao djelovanje Suda kao garanta međunarodne zaštite prava pojedinaca. Naime nije prihvatljivo da osobe bliske žrtvama, koje zbog te bliskosti proživljavaju određeni stupanj patnje, nemaju adekvatnu pravnu zaštitu. Možemo navesti kako su pri tome potrebne posebne okolnosti, koje od slučaja

¹⁵ *Ibid.* 10, str. 10; za više v. Slovenija protiv Hrvatske (2020), zahtjev br. 54155/2016.

¹⁶ Kada se navodi pojam žrtve u kontekstu Konvencije, osnovni oblik tog pojma predstavlja status izravne žrtve.

¹⁷ Taura i ostali protiv Francuske (1995), zahtjev br. 28204/95, str. 130.

¹⁸ *Eckle protiv Njemačke* (1982), zahtjev br. 8130/78.

¹⁹ *Ibid.* 8, stranica 598.

do slučaja upućuju na širi opseg patnje koju je srodnik pretrpio, pri čemu se isključuju okolnosti koje su same po sebi uobičajene za odnose između srodnika. Sud je kao takve okolnosti naveo prije svega bliskost srodstva (s posebnim naglaskom na odnos roditelj – dijete), zatim partnerstva, opseg u kojem je srodnik svjedočio događajima koji uzrokuju patnju te uključenost srodnika u sam postupak povrede prava izravne žrtve.²⁰ I kod statusa neizravne žrtve vrlo je važno o kojoj se povredi konvencijskog prava radi. Kad se radi o povredi prava na život, Sud prihvaća pojedinačne zahtjeve od strane srodnika. U drugim slučajevima srodnici mogu podnijeti zahtjev samo u pogledu povreda koje su imale učinak i na njih same.²¹

Sud je sklon utvrditi status neizravne žrtve bliskim srodnicima kao osobama s dostatnim pravnim interesom kada je navodna žrtva umrla prije podnošenja zahtjeva, s tim da se tužba podnosi u ime srodnika, a ne preminule osobe²² (no sud u pravilu odbija priznati *locus standi* bilo kojoj drugoj osobi kada povreda nije u vezi s čl. 2. Konvencije, osim ako takve osobe mogu dokazati vlastiti interes²³). Kada je izravna žrtva preminula prije nego što je došlo do pokretanja postupka pred Sudom, sud će pri odluci o dopustivosti uzeti u obzir sljedeće kriterije: radi li se o pitanju od općeg interesa za ljudska prava te ima li podnositelj opravdani interes kao nasljednik za pokretanjem postupka pred Sudom, kao i postoji li direktan učinak i na njegova prava.²⁴

Status potencijalne žrtve²⁵ predstavlja najširi pojam konvencijskog pojma statusa žrtve. U tim se situacijama povreda prava ne treba utvrditi, već je dostatna sama okolnost da je do povrede prava moglo doći, s time da Sud takav pojam ne tumači preširoko.

Ovdje ipak valja spomenuti kako, s obzirom na temu rada, povreda o kojoj se radi mora biti počinjenja samoj nevladinoj organizaciji, a ne njezinim članovima. Dakle za ispunjenje statusa žrtve povreda mora nastati samoj nevladinoj organizaciji (pri čemu, svakako, treba napomenuti kako se mora raditi o povredi prava koja mogu biti zaštićena nevladinoj organizaciji).²⁶

²⁰ Cakici protiv Turske (1999), zahtjev br. 23657/94, točka 98.

²¹ F. G. Jacobs, R. C. A. White; *The European Convention on Human Rights*, Clarendon press, Oxford (2021), str. 30.

²² Varnava i drugi protiv Turske (2009), zahtjev br. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 i 16073/90, točka 111.

²³ Nassau Verzekering Maatschappij N. V. protiv Nizozemske (2011), zahtjev br. 57602/09, točka 20.

²⁴ *Ibid.* 21, str. 30.

²⁵ Pojam potencijalne žrtve Sud je izgradio u predmetu Klaas i drugi protiv Njemačke (1978), zahtjev br. 5029/71. Za daljnji razvoj v. Zakharov protiv Rusije (2015), zahtjev br. 47143/06.

²⁶ Lloyd Hitoshi Mayer, *NGO Standing and Influence in Regional Human Rights Courts and Commissions* (2011), str. 924, dostupno na: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_sc-

3. NEVLADINE ORGANIZACIJE U MEĐUNARODNOM PRAVU

Nakon uvodne analize relevantnih dijelova Konvencije i prakse Suda prelazi se na analizu položaja nevladinih organizacija kao zasebnih međunarodnopravnih subjekta. Pitanje njihova položaja u međunarodnom pravu jedna je od tema koje se sve intenzivnije analiziraju, a sam status predmet je izrazito brzog razvoja. Ključna odrednica tog razvoja jest želja za jačanjem efikasnosti međunarodnih sudskih mehanizama, odnosno jačanjem položaja nevladinih organizacija nastoji se osnažiti zaštitu ljudskih prava općenito. Pitanje koje se nameće jest koja je uloga nevladinih organizacija u međunarodnom pravu i na koji se način te uloge izvršavaju. Prvi korak koji je bilo potrebno učiniti u pogledu razvoja ovog područja jest redefinirati tradicionalni (ne)pravni položaj nevladinih organizacija u međunarodnom pravu.²⁷ Kao plod potrebe za takvim razmišljanjem Rebasti i Vierucci izdvajaju dva polja djelovanja nevladinih organizacija koja ih stavljaju u poseban položaj u odnosu na druge nove subjekte međunarodnog prava, a to su poseban odnos s međunarodnim organizacijama te sudjelovanje u međunarodnim sudskim postupcima.²⁸

3.1. Legitimitet nevladinih organizacija kao zaštitnika ljudskih prava

Kako bi nevladine organizacije došle do današnjeg položaja u međunarodnom pravu, bilo je potrebno uvidjeti iz čega proizlazi njihov legitimitet kao zaštitnika ljudskih prava (s obzirom na opseg i temu ovoga rada analizirat će se pitanje njihova legitimiteta samo u ovom pogledu), a posljedično i njihove odgovornosti za djelovanje prema subjektima u čiju korist djeluju. Posebno je to bitno kada se u obzir uzme i sve veći broj različitih nevladinih organizacija čije se međudjelovanje može promatrati i u kontekstu rivaliteta, a ne međusobne suradnje. Kako to ističe Odinalu, zaštita ljudskih prava u nekim područjima postaje oznaka privilegiranosti, a ne časti.²⁹

Pri razmatranju legitimiteta međunarodnih organizacija izdvajaju se dva elementa: prvi se odnosi na opravdanost tema kojima se bave i načina na koji

holarship/54/?utm_source=scholarship.law.nd.edu%2Fflaw_faculty_scholarship%2F54&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.

²⁷ Emanuele Rebasti, Luisa Vierucci, A Legal Status for NGO's in Contemporary International Law (2005), str. 1, dostupno na: <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/VierucciRebasti-1.pdf>.

²⁸ *Ibid.* 27.

²⁹ Chidi Anselm Odinalu, Why More Africans Don't Use Human Rights Language, Human Rights Dialogue, Carnegie Council on Ethics and International Affairs 2, 1 (2000), dostupno na: https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_01/articles/602.

djeluju pri tome, a drugi je pitanje rezultata koji se pritom ostvaruje.³⁰ Također, postavlja se i pitanje izvora legitimiteta, pri čemu Slim definira legitimitet nevladinih organizacija kao „poseban status kojim je organizacija prožeta i percipirana u svakom trenutku, a koji joj omogućava djelovanje uz generalno odobrenje ljudi, vlada, pravnih osoba i nevladinih subjekata diljem svijeta“.³¹ Iz toga se izdvaja misao kako je legitimitet nevladinih organizacija istovremeno derivat morala i prava, ali i produkt vjerodostojnosti, opipljive podrške, ali i neopipljive dobre volje.³²

Kao nusprodukt razmatranja legitimiteta, odnosno kao jedan od elemenata koji sačinjavaju legitimitet nevladinih organizacija, izdvaja se pitanje odgovornosti nevladinih organizacija, uz koje se vežu i pitanja odgovornosti za što, kome, kako, kao i za napredak u djelovanju općenito.³³ Zbog sve jačeg angažmana nevladinih organizacija u međunarodnim odnosima javlja se i svijest o nužnosti njihove uključenosti u procese donošenja međunarodnih dokumenata, kao što je to bilo pri donošenju Ottawske konvencije. Upravo se iz takvih primjera može izdvojiti i zaključak kako su međunarodne nevladine organizacije zapravo međunarodno civilno društvo, glas ljudi diljem svijeta, odnosno, „svjetsko mišljenje“, te da države i međunarodne organizacije moraju omogućiti tim nevladinim organizacijama odgovarajuću poziciju u procesu donošenja (op. a. odluka i međunarodnih dokumenata), što je praćeno rizikom nelegitimnosti procesa ako pozicija nije adekvatna.³⁴

Iz svega ovoga možemo zaključiti kako je pitanje legitimiteta neodvojivo povezano s razmatranjem daljnjeg razvoja položaja nevladinih organizacija u međunarodnom pravu, a autor ističe kako kompleksnost ovog pitanja još uvijek nije dovoljno adresirana iz pravnog aspekta, već više predstavlja produkt socioloških i kulturoloških razmatranja.³⁵

³⁰ Hugo Slim, *By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organizations*, International Council on Human Rights Policy (2002), str. 4, dostupno na: <https://www.jha.ac/a082/>.

³¹ *Ibid.* 30.

³² *Ibid.* 30.

³³ Za više v. *ibid.* 27, str 15, 16.

³⁴ Kenneth Anderson, *The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society*, *European Journal of International Law* (2000), vol. 11, br. 1, str. 111.

³⁵ Za vidjeti v. Alan Whites, *NGOs: Facing Dilemmas and Answering Critics*, u *Development Dilemmas*, World Vision International (2002).

3.2. Nevladine organizacije pred međunarodnim sudskim mehanizmima

Conditio sine qua non za bilo koje razmatranje odnosa nevladinih organizacija i međunarodnih sudskih mehanizama jest gore spomenuti legitimitet međunarodnih organizacija, odnosno pravo na zastupanje (općih) interesa.³⁶ Dva su različita oblika ostvarenja pravosudne uloge nevladinih organizacija pred međunarodnim sudskim mehanizmima. Jedan predstavlja pojam prijatelja suda (*amicus curiae*), a drugi pravo nastupa pred sudom (*locus standi*). Razmatranje oba oblika djelovanja otvara više različitih pitanja, pri čemu se ističe pitanje interesa nevladinih organizacija za takvim formaliziranim djelovanjem, zatim pitanje osposobljenosti nevladinih organizacija za postupke pred međunarodnim sudskim mehanizmima, kao i sam način na koji se navedeni oblici pravosudne uloge mogu ostvariti (pri čemu je osobito bitno da se time ne onemoguću redovan rada sudova (op. a. uslijed potencijalnog povećanja broja predmeta).³⁷

Drugi bitan aspekt pri razmatranju ove teme jest pitanje općenitog međudjelovanja između uključenih subjekata, odnosno sudova i nevladinih organizacija. Dothan je polja međudnosa promatrao u kontekstu odnosa nevladinih organizacija i Suda te ih je kategorizirao u tri domene. Prvo polje (*input*) odnosi se na podnošenje zahtjeva Sudu od strane nevladinih organizacija.³⁸ Drugo polje (*public relations*) odnosi se na objavljivanje presuda u javnosti radi promicanje standarda koje je Sud u presudama zauzeo, što pomaže Sudu u njegovoj glavnoj funkciji, zaštiti ljudskih prava i sloboda, no istovremeno pomaže i nevladinim organizacijama koje se na taj način legitimiraju³⁹ u javnosti.⁴⁰ Zadnje polje (*output*) odnosi se na nadzor izvršenja presuda koje neformalno vrše i nevladine organizacije. Iz svega proizlazi da je međudnos nevladinih organizacija i Suda izrazito kompleksan te je pitanje njegova uređenja izrazito bitno, s velikim posljedicama na rad Suda i samih nevladinih organizacija.⁴¹

³⁶ *Ibid.* 27, str. 11.

³⁷ *Ibid.* 27, str. 12.

³⁸ Pri tome je potrebno naglasiti da se Sud već u trenutnom stanju suočava s velikim brojem predmeta te je upitno treba li širiti dostupnost pristupa nevladinih organizacija Sudu, posebno kada se uzme u obzir i ograničenost resursa kojima raspolažu same nevladine organizacije. Shai Dothan, *Luring NGOs to International Courts: A Comment on CLR v Romania*, ZaoRV 75 (2015), str. 644, dostupno na: https://www.zaoerv.de/75_2015/75_2015_3_b_635_670.pdf.

³⁹ Za više v. poglavlje 3.1. Legitimitet nevladinih organizacija.

⁴⁰ *Ibid.* 38, str. 646-647.

⁴¹ Za više o prednostima i nedostacima intervencija nevladinih organizacija v. *ibid.* 38, str. 648-657 i Nina Vajić, *Some Concluding remarks on NGOs and the European Court of Human Rights*, u: *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, Treves i dr. (ur), (2004).

3.3. *Actio popularis*

*Actio popularis*⁴² predstavlja pojam tužbe radi zaštite općeg interesa koju može podići bilo koji pojedinac, bez zahtjeva za ispunjenjem kriterija (pravnog ili nekog drugog) interesa. Važnost je ovog pojma za našu temu iznimna, a analizom povijesnog razvoja uočava se ključan element – pitanje općeg interesa. Dakle okolnost da se takvom tužbom ustalo u korist općeg, a ne osobnog interesa označava da pravna znanost uvažava opći interes kao legitimni cilj procesnog aktivizma. Pitanje općeg (odnosno javnog) interesa⁴³ iznimno je značajno jer otvara prostor drugim subjektima međunarodnog prava (osim država), kao što utvrđuje i Simma: *Uistinu, međunarodno pravo nesumnjivo je došlo do razine na kojoj se više ne iscrpljuje u korespondentnim pravima i obvezama država, nego uključuje i zajednički interes međunarodne zajednice u cjelini, uključujući ne samo države nego i sva ljudska bića.*⁴⁴ Uz to okolnost da nije potrebno dokazivati vlastiti interes (odnosno korist) pri takvu procesnom djelovanju nije samo afirmacija kriterija opće koristi već i uvažavanje činjenice da svaki član zajednice ima legitiman interes u zaštiti općih interesa društva.

Actio popularis nepoznat je pojam u tradicionalnom međunarodnom pravu, odnosno nije uvažen kao jedan od pojmova pri mogućnosti pokretanja postupka (u pogledu novih subjekata međunarodnih odnosa). Više je razloga za to, no autor prije svega izdvaja okolnost kako su u tradicionalnom shvaćanju međunarodnog prava subjektima smatrane prije svega države, a tek u novije vrijeme pojedinci i druge pravne osobe. Samo *Inter-American Commission on Human Rights* i *African Commission on Human Rights* te u ograničenom obliku *African Court on Human and People's Rights* poznaju taj pravni pojam.⁴⁵ Ipak, trend pokazuje sve veći broj slučajeva pred međunarodnim sudskim me-

⁴² Za više o *actio popularis* v. William Aceves, *Actio popularis? The Class Action in International Law*, u: The University of Chicago Legal Forum (2003), str. 353-401, dostupno na: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1336&context=uclf>.

⁴³ Opći interes na normativnoj razini predstavljaju određeni pravni pojmovi kao što su *ius cogens*, *obveze erga omnes*, itd. Za više v. Yoshifumi Tanaka, *Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 15, 2011, str. 332, dostupno na: https://www.mpil.de/files/pdf3/mpu-nyb_07_Tanaka_151.pdf.

⁴⁴ B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of Practitioner*, European Journal of International Law 20 (2009), str. 265-268, dostupno na: <https://academic.oup.com/ejil/article/20/2/265/500839>.

⁴⁵ *Ibid.* 27, str. 13. Za više v. F. Voefray: *L'actio popularis ou la defense de l'interet collectif devant les juridictions internationales* i Helena De Vylder, *Rewriting CLR on behalf of Valentin Campeanu v Romania*, u *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions* (2017), str. 299-306.

hanizmima koji se tiču općeg interesa,⁴⁶ i to u obliku kolektivnih sporova.⁴⁷ Općenito, taj se pravni pojam u međunarodnom pravu pojavio prvi put u predmetu *Jugozapadna Afrika* pred Međunarodnim sudom (*International Court of Justice*), gdje je postavljena definicija *actio popularis* kao pravo stanovnika bilo koje zajednice na pokretanje pravnog postupka u slučaju povrede općeg interesa.⁴⁸

4. CENTAR ZA PRAVNA ISTRAŽIVANJA U IME VALENTINA CAMPEANUA PROTIV RUMUNJSKE

Nakon uvodnih analiza o podnositeljima zahtjeva pred Sudom i o položaju nevladinih organizacija pred sudskim mehanizmima međunarodnog prava, s osvrtom na *actio popularis*, dolazimo do ključnog dijela ovog rada, a to je iskorak koji je Sud 2014. učinio u pogledu uređenja pitanja *locus standi* nevladinih organizacijama (bez statusa žrtve), što je dovelo i do koraka naprijed u pogledu zaštite izrazito ranjivih skupina ljudi – osoba s invaliditetom, odnosno osoba s duševnim smetnjama.

Važnost presude ogleđa se u činjenici kako je Sud uvažio *locus standi* nevladinoj organizaciji iako ona nije imala status žrtve. Naime ona je ustala sa zahtjevom u ime preminule osobe kao njezin zastupnik, bez ispunjenja propisanih kriterija za zastupstvo. Kako je podlogu za takvo djelovanje Sud našao u izvanrednim okolnostima slučaja, za početak će se sažeto prikazati ključne činjenične i proceduralne odrednice tog predmeta.

4.1. Činjenične i proceduralne okolnosti slučaja⁴⁹

Valentin Campeanu bio je nezbrinuto dijete koje je odmah po rođenju smješteno u sirotište, gdje je i odrastao. Imao je više ozbiljnih zdravstvenih dijagnoza, od kojih se ističe HIV te teško duševno oboljenje, teža retardacija s kvocijentom inteligencije između 10 i 30. Tijekom vremena, a zbog prethodnih

⁴⁶ Zaštitu općeg interesa izrazio je Sud u predmetu *Karner protiv Austrije* (2003), zahtjev br. 400016/98, gdje je kao jedini razlog zašto je odlučivao u predmetu naglasio zaštitu općeg (kolektivnog) interesa.

⁴⁷ Za više v. *Farid Ahmadov, The Right of Actio popularis before International Courts and Tribunals, Queen Mary Studies in International Law*, vol. 31 (2018).

⁴⁸ Zanimljivo je da je sud rekao kako je taj pravni pojam nepoznat međunarodnom pravu u vrijeme donošenja odluke. Za više v. *Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa (second phase)*(1966), ICJ, Rep. 6, par. 88, str. 47.

⁴⁹ CLR protiv Rumunjske, str. 3-14.

dijagnoza, obolio je i od plućne tuberkuloze, upale pluća i kroničnog hepatitisa. Tijekom djetinjstva nekoliko je puta premještan iz jedne državne institucije zdravstvenog i socijalnog tipa u drugu. Odbor za zaštitu djece okruga Dolj (u daljnjem tekstu Odbor) 2003. odredio je prestanak državne skrbi za Campeanua zbog navršenih 18 godina života te činjenice da u tom trenutku nije bio više u sustavu obrazovanja. Campeanu nije bio zastupan u postupku pred Odborom niti je bio prisutan pri donošenju odluke. Nakon toga ponovno je više puta premještan iz jedne institucije u drugu, uz napomenu da ni u jednoj od njih nije imao adekvatnu zdravstvenu skrb.

Naposlijetku ga je Odbor smjestio u Medicinsko-socijalni centar Cetate-Dolj (u daljnjem tekstu Centar), uz napomenu kako su u zahtjevu za smještaj manjkavo navedene dijagnoze. Naime smješten je u Centar 5. veljače 2004., a u inicijalnoj procjeni stanja utvrdilo se kako se Campeanu nalazi u stanju psihičkog i fizičkog propadanja, odjeven u istrošenu trenirku bez donjeg rublja i obuće, a uz to nije dobio adekvatne lijekove, kao ni informacije o svom zdravstvenom stanju. Zbog toga je upućen na kontrolu i liječenje u psihijatrijsku bolnicu Poiana Mare (u daljnjem tekstu PMH). Kako je CLR 20. veljače 2004. bio u nadzoru PMH, osobe u kontroli zamijetile su teško stanje Campeanua. Sastavili su izvješće o stanju u kojem su ga zatekli te su odmah zatražili smještaj u bolnicu zbog pružanja adekvatnog tretmana. Međutim zahtjev je odbijen jer "se ne radi o hitnom, nego o socijalnom slučaju, a on ionako ne bi mogao izdržati put". Campeanu je preminuo te iste večeri, a u smrtnom se listu kao neposredni uzrok smrti navodi kardiorespiratorna insuficijencija. Iako rumunjsko zakonodavstvo određuje obveznu obdukciju nakon smrti u psihijatrijskoj ustanovi, PMH nije izvršio svoju obavezu jer su smatrali da se ne radi o sumnjivoj smrti.

CLR je 21. veljače, bez saznanja o smrti Campeanua, sastavio više hitnih dopisa koje je poslao različitim institucijama, a u njima je naveo činjenicu osobito teškog zdravstvenog stanja, kao i to da mu se u PMH ne može pružiti odgovarajuća skrb. Zatražili su poduzimanje hitnih mjera za rješavanje te situacije, a objavili su i priopćenje za medije u kojima su zatražili hitno djelovanje.

CLR je 23. veljače 2004. podnio kaznenu prijavu državnom odvjetništvu Rumunjske zbog okolnosti koje su dovele do Campeanuove smrti, a posebno su u prijavi istaknuli neodgovarajuću skrb koja je i uzrok smrti. Dvije dodatne kaznene prijave podnose 15. lipnja 2004., jednu Okružnom sudu u Craiovi, a drugu uredu državnog odvjetnika pri Županijskom sudu u Craiovi. U njima su ponovno zatražili otvaranje istrage u vezi s okolnostima smrti Valentina Campeanua.

Ured državnog odvjetnika pri Županijskom sudu u Dolju 31. kolovoza 2004. obavijestio je CLR da je otvorena istraga. U tijeku istrage izrađeno je forenzičko izvješće od strane Zavoda za sudsku medicinu te obdukcija ekshumiranog tijela Valentina Campeanua. U nekoliko navrata CLR je podnosio žalbe na

odluke državnog odvjetništva, no 4. travnja 2008. Okružni je sud u Calafatu konačno odlučio kako kazneni progon treba obustaviti.

CLR podnosi 2. listopada 2008. pojedinačni zahtjev Sudu u ime Valentina Campeanua navodeći kako je on bio žrtva povrede članka 2., 3., 5., 8. i 13. Konvencije.

Sud je odlučio istodobno odlučivati o dopuštenosti i osnovanosti zahtjeva. Zbog važnosti slučaja zaprimljena su brojna očitovanja trećih stranaka, i to od strane *Humans Rights Watch*, rumunjske nevladine organizacije *Euroregionalni centar za javne inicijative*, bugarskog *Helsinškog odbora* i organizacije *Centar za zastupanje osoba s duševnim smetnjama*, kojima je predsjednik Vijeća dopustio miješanje u postupak (članak 36. stavak 2. Konvencije i pravilo 44. stavak 3. Poslovnika Suda), a *povjerenik za ljudska prava Vijeća Europe* iskoristio je pravo miješanja u postupak i podnio očitovanje.

4.2. O dopustivosti zahtjeva⁵⁰

Ključno pitanje ovog predmeta nisu povrede Konvencije, već treba li dopustiti nevladinoj organizaciji da ustane s pojedinačnim zahtjevom pred Sudom radi zaštite prava osoba s duševnim smetnjama (dakle bez ispunjenja kriterija statusa žrtve) te, ukoliko se to dopusti, na koji način to regulirati. Iznimna osjetljivost slučaja ogleda se u tome što se radi o povredama koje su dovele do smrti žrtve, a nepostupanje Suda ostavilo bi ih neutvrđenima. Što je još važnije, izostala bi i mogućnost sprečavanja buduće povrede prava u sličnim situacijama.

Vlada Rumunjske protivi se *locus standi* CLR-a te smatra da je pojedinačni zahtjev *ratione personae* nedopustiv. Navode kako CLR s jedne strane nema status žrtve, a s druge strane nema ni valjanog zastupanja izravne žrtve. Vlada tvrdi da sama činjenica ranjivosti žrtve i okolnost da se CLR bavio time pred domaćim tijelima ne transformira CLR u neizravnu žrtvu. U nedostatku jake poveznice između CLR-a i izravne žrtve, odnosno odluke kojom bi se CLR-u povjerila dužnost brige o pravima i interesima, odnosno zastupanju Campeanua, CLR se ne može smatrati žrtvom, ni izravnom ni neizravnom, niti zastupnikom direktne žrtve. Vlada Rumunjske posebno ističe da CLR-ovo uključivanje u domaće postupke ne znači priznanje *locus standi* CLR-a. Oni navode kako se postupci CLR-a temelje na rumunjskom zakonodavstvu, koje dopušta svakoj zainteresiranoj osobi žalbu na odluku državnog odvjetnika kojom se ugrožavaju njegova prava. Vlada zaključuje da se radi o *actio popularis*, koja je zabranjena člankom 34. Konvencije.

⁵⁰ CLR protiv Rumunjske, str. 27-40.

S druge strane CLR navodi posebne okolnosti slučaja koje zahtijevaju da Sud uđe u meritum spora i za to nude dva rješenja: ili priznanje statusa neizravne žrtve CLR-u ili priznanje statusa zastupnika CLR-a koji postupa u Campeanuovo ime. CLR prije svega ističe princip fleksibilnog tumačenja kriterija dopustivosti kada je to potrebno radi zaštite ljudskih prava. Ovdje su kao takve okolnosti navedene: nemogućnost Valentina Campeanua za pristup pravnoj zaštiti, bilo izravno bilo putem zastupnika, zatim okolnost da su domaća pravosudna tijela priznala *locus standi* CLR-u te okolnost da se CLR dugo vremena bavi zastupanjem osoba s posebnim potrebama. Ključni argument CLR-a jest dosadašnja praksa Suda, koja prilagođava pravila o dopustivosti kako bi se omogućio pristup Sudu osobama kojima je to znatno otežano ili nemoguće zbog okolnosti izvan njihove kontrole (zbog povreda na koje se žale, kao što je to bilo u predmetu *Klaas protiv Njemačke*).

CLR navodi kako Sud odstupa od pravila o statusu žrtve jer presude Suda nemaju samo svrhu odlučivanja o sporovima koji su pokrenuti, već moraju i razjasniti, štiti i razvijati pravila iz Konvencije doprinoseći naporima država da poštuju obveze koje su preuzele.⁵¹ CLR se poziva i na međunarodnu praksu *Inter-American Commission on Human Rights* i *African Commission on Human and Peoples' Rights*, koji u posebnim okolnostima dopuštaju podnošenje zahtjeva od strane drugih u ime navodne žrtve ako je žrtva u nemogućnosti podnijeti zahtjev sama.

CLR je također naveo kriterije koje smatra korisnima za određivanje *locus standi* u slučajevima sličnima ovim:

- a. ranjivost žrtve, koja uključuje potpunu nemogućnost podnošenja pravnog sredstva
- b. praktične ili fizičke prepreke koje onemogućuju žrtvu u korištenju pravnih sredstava, npr. lišenje slobode ili nesposobnost stupanja u kontakt s odvjetnikom ili bliskim srodnicima
- c. priroda povrede, osobito u slučaju povrede članka 2., kada izravna žrtva nije u prilici opunomoćiti drugog
- d. nedostatak odgovarajućih alternativnih institucionalnih mehanizama za osiguravanje djelotvornog zastupanja za žrtvu
- e. priroda odnosa između treće strane koja polaže pravo na *locus standi* i žrtve
- f. odgovarajuća domaća pravila o *locus standi*
- g. okolnost da su prigovori i povrede Konvencije važne naravi.

Pri odlučivanju o dopustivosti zahtjeva, kao što je izneseno, Sud je mogao uvažiti *locus standi* na temelju dvije osnove – na temelju statusa neizravne žrtve ili na temelju zastupanja. Naravno, Sud je mogao i odbiti *locus standi*.

⁵¹ Karner protiv Austrije (2003), br. 40016/98, točka 26.

U pogledu prve mogućnosti Sud je u dosadašnjoj praksi razlikovao pojedinačne zahtjeve u kojima je izravna žrtva umrla prije podnošenja zahtjeva od onih gdje je žrtva umrla nakon toga. Tamo gdje je žrtva umrla nakon podnošenja zahtjeva Sud u načelu prihvaća da nasljednici preuzmu progon ako imaju dovoljno interesa. S druge strane kada izravna žrtva umre prije podnošenja zahtjeva Sudu, Sud je spreman priznati status žrtve nasljedniku, i to kada se radi o predmetu od općeg interesa za zaštitu ljudskih prava te kada nasljednik ima legitiman interes nastaviti s postupkom na temelju direktnog učinka na njegova prava. U postupcima u kojima navodna povreda Konvencije nije blisko povezana s povredom čl. 2. Konvencije Sud puno strože pristupa ocjeni dopustivosti zahtjeva. Sud posebice naglašava da članak 34. Konvencije ne dopušta podnošenje zahtjeva *in abstracto*, a samim time ni *actio popularis*.

U pitanjima zastupanja Sud navodi kako pojedinačni zahtjevi podneseni u ime žrtava, čak i kad nema valjane forme propisane za zastupanje, mogu biti proglašeni dopustivim. U takvim se slučajevima posebice razmatra ranjivost žrtve u pogledu dobi, spola ili posebnih potreba, koja ih onemogućava u podnošenju zahtjeva Sudu, s posebnim naglaskom na odnos između podnositelja zahtjeva i žrtve.

Konačno, u samom odlučivanju o *locus standi* CLR-a u ovom slučaju Sud kreće od napomene kako ovaj slučaj nije lako svrstati ni u jednu od dosad spomenutih kategorija te je potrebno tumačenje Konvencije. Sud polazi od činjenice da tumačenje Konvencije mora garantirati prava koja su praktična i učinkovita, a ne teoretska ili iluzorna. Jednako tako, mora se osigurati konzistentnost standarda u vezi s dopustivosti zahtjeva. Sud je utvrdio Campeanua izravnom žrtvom. No Sud ne nalazi osnove za utvrđenje CLR-a ni kao neizravne žrtve (jer CLR nije dokazao dovoljno blisku vezu s izravnom žrtvom) niti nalazi osobni interes CLR-a u pokretanju postupka pred Sudom.

Sud je pri tome svjestan kako žrtva nije bila u stanju sama pokrenuti postupak pred domaćim tijelima, kao i da CLR-ova legitimacija da postupa u ime Campeanua ni na koji način nije dovedena u pitanje pred domaćim institucijama. Ističe kako bi ti postupci bili u nadležnosti skrbnika ili zastupnika, a s obzirom na to da njih nema, poduzeo ih je CLR (jer žrtva nije imala ni poznatih nasljednika). Sud također ističe da je veoma značajno to što se glavni prigovor odnosi na povredu čl. 2. Konvencije.

Na temelju svega navedenog Sud smatra da bi u takvim posebnim okolnostima slučaja, imajući na umu ozbiljnost navoda, trebalo utvrditi CLR kao zastupnika Valentina Campeanua bez obzira na činjenicu da CLR nije imao punomoć i da je Campeanu preminuo prije nego što je podnesen zahtjev Sudu. Svaki drugi zaključak predstavljao bi sprečavanje ispitivanja izrazito bitnih povreda, pri čemu postoji rizik da država izbjegne odgovornost na temelju

Konvencije zbog svog propusta da imenuje zakonskog zastupnika koji bi djelovao u ime žrtve. Takva je odluka u skladu s pristupom koji jamči pravo na sudsko preispitivanje na temelju članka 5. stavka 4. Konvencije.

4.3. Osnovanost zahtjeva⁵²

Sud je utvrdio povredu čl. 2. u materijalnom i u proceduralnom dijelu te povredu čl. 13. u vezi s povredom čl. 2 Konvencije. Presuđeno je kako nije potrebno odlučivati o samoj povredi čl. 3. i o povredi u vezi s čl. 13. te da nije potrebno odlučivati o dopustivosti i osnovanosti navodnih povreda čl. 5. i 8. Konvencije.

4.4. Analiza odluke o dopustivosti

Prije svega potrebno je utvrditi koje je elemente Sud smatrao odlučnima pri donošenju odluke o dopustivosti zahtjeva, odnosno koje je to okolnosti Sud utvrdio kao izvanredne. Iz sudskog obrazloženja proizlazi kako su to sljedeće okolnosti:

- a. ozbiljna narav navodnih povreda Konvencije
- b. posebna ranjivost žrtve i nepostojanje srodnika – nasljednika
- c. nepostojanje zastupnika ili skrbnika koji brine o pravima žrtve te
- d. okolnost da pitanje *locus standi* nije osporeno pred domaćim pravosuđnim tijelima.

Sud je utvrdio povredu prava na život žrtve, a što je još važnije, do toga je došlo zbog sustavnog kršenja prava od strane države. Ipak, kriterij ozbiljne naravi povrede Konvencije ide korak dalje od same povrede članka 2. Konvencije. U ovom je predmetu žrtva cijeli život bila pod skrbi države, a da joj nije imenovan skrbnik ili zastupnik. Prilikom odlučivanja o smještaju žrtve nakon punoljetnosti prekršene su odredbe nacionalnog zakonodavstva. Jednako tako, postupci premještanja iz ustanove u ustanovu vršeni su bez ispravne zdravstvene dijagnoze žrtve, uz potpuno zanemarivanje sve slabijeg zdravstvenog stanja. Sve to dovelo je do toga da je tik pred smrt žrtva bila sama, u negrijanoj sobi, bez odjeće, izolirana od strane medicinskog osoblja zbog straha od zaraze HIV-om. Materijalnom dijelu povrede treba pridodati postupovni aspekt povrede čl. 2., koji se ogleda u nerazjašnjenju okolnosti vezanih uz smrt žrtve, odnosno utvrđivanju odgovornih osoba. Sve to Sud je uzeo u obzir i okarakterizirao kao splet izvanrednih okolnosti, koje zahtijevaju odstupanje

⁵² CLR protiv Rumunjske, str. 40-54.

od uobičajene prakse u pogledu *locus standi*, odnosno okolnosti su takve da nužno traže reakciju Suda.

Prvi kriterij autor smatra nužnim i opravdanim u odlučivanju u ocjeni *locus standi*. Kada se sud poziva na iznimne okolnosti slučaja, nedvojbeno je da takve okolnosti prije svega treba tražiti u okolnostima koje su dovele do povrede konvencijskih prava. Kako se ovdje radi o povredi prava na život kao prava koje predstavlja temelj za ostvarenje svih ostalih prava, nije upitno pozivanje na ozbiljnu povredu prava. Ostaje vidjeti na koji će se način Sud odnositi prema povredama drugih konvencijskih prava. No taj kriterij treba restriktivno tumačiti i na taj način posebno istaknuti izvanrednost okolnosti koje dovode do odobrenja *locus standi* nevladinim organizacijama (posebice prema trenutnom uređenju postupka, kao i praksi Suda).

Drugi kriterij odnosi se na posebnu ranjivost žrtve i nepostojanje srodnika nasljednika. Okolnosti slučaja jasno upućuju na to da se radi o žrtvi čiji je otac nepoznat, koja je napuštena od majke na rođenju, koja je cijeli život provela u državnim zdravstvenim i socijalnim ustanovama, zaražena HIV-om, bez imenovanog skrbnika. Takve okolnosti, već navedene i pod prvim kriterijem, opravdavaju uvrštenje u postupak odlučivanja o osnovanosti zahtjeva. Ipak, treba istaknuti kako zbog prirode povrede prava osoba s posebnim potrebama, posebno osoba s duševnim smetnjama, okolnost da postoje nasljednici ili srodnici treba dodatno preispitati, to jest takva okolnost ne smije dovesti do automatske odluke Suda o neuvažavanju *locus standi*. Naime moguće su situacije u kojima srodnici odbijaju ustati u zaštitu prava žrtve (kao i okolnost da povreda nisu ni svjesni), što bi dovelo do neprocesuiranja povreda. Tu bi Sud trebao zanemariti postojanje nasljednika ukoliko smatra da njihovo nepostupanje dovodi do propuštanja zaštite prava žrtava, posebno u situaciju kada i sami srodnici nasljednici sudjeluju u povredama prava.

Okolnost neimenovanja skrbnika od strane države koji brine o pravima i interesima žrtve predstavlja treći kriterij. Ovdje se naglasak stavlja na propuštanje djelovanja države, koje posljedično dovodi do nemogućnosti pružanja zaštite žrtvi. Da je država ispunila svoju ulogu, moguće je da bi već samim imenovanjem skrbnika i njegovim preuzimanjem brige o žrtvi bila izbjegnuta povreda prava žrtve. Naime u činjeničnim okolnostima slučaja navedeno je da pri prvom smještaju nakon punoljetnosti žrtva nije imala zastupnika pred Odborom. Nadalje, takva odluka mogla je biti osporena pred nacionalnim sudom, ali je i takvo postupanje izostalo u nedostatku imenovanog zastupnika. Takvi postupci doveli su do nesumnjive povrede prava od strane države. Time bi postalo suvišno postupanje nevladine organizacije kao skrbnika *sui generis*, koji stupa na mjesto neimenovanog skrbnika. Sud je u svojoj nedavnoj praksi u činjenično sličnom predmetu odlučivao o dopustivosti zahtjeva u situaciji kada je žrtvi imenovan skrbnik. No kako imenovani skrbnik nije poduzimao

adekvatne korake za zaštitu interesa, Sud je utvrdio kako takva okolnost nije od utjecaja na odluku o dopustivosti zahtjeva.⁵³ Prema tome može se zaključiti kako Sud smatra da se ovdje treba zauzeti isti standard kao i u pogledu drugog kriterija, odnosno neaktivnost skrbnika (a shodno tome i države kao krajnje odgovorne) ne smije se ogledati na štetu prava žrtve.

Četvrti kriterij karakterizira neosporavanje *locus standi* pred nacionalnim pravosudnim tijelima. Sud ga posebice naglašava u svom pravnom rezoniranju, i to prije svega kao argument *argumentum a minori ad maius*. Dakle, ako se na osnovnom stupnju pravosudnog odlučivanja (nacionalni postupak, lokalna i regionalna razina) ne dovodi u pitanje *locus standi*, tada i na višoj razini, kao suplementu pravne zaštite koji pruža nacionalni poredak, jednako tako to ne treba dovesti u pitanje. Sud takvu okolnost smatra iznimno bitnom, i to iz razloga što bi inače postupke zaštite prava žrtve trebao provoditi skrbnik koji nije imenovan. Sud je iz toga izveo zaključak kako nedovođenje u pitanje postupaka CLR-a znači prešutni pristanak na zastupanje žrtve od strane CLR-a.

Autor smatra kako je četvrti kriterij najsporniji, i to iz više razloga. Prije svega, države u narednim postupcima vrlo lako mogu izbjeći odgovornost samim osporavanjem prava na postupanje od strane nevladinih organizacija u sličnim slučajevima.⁵⁴ Time se državama ostavlja otvoren prostor za izbjegavanje odgovornosti, a što je sam Sud u ovoj presudi naveo kao neprihvatljivo. Pri tome je jasno kako je i razvoj prakse pokazao kako analiza tog kriterija ne treba biti formalna, već treba služiti ustanovljenju određene razine aktivnosti podnositelja zahtjeva pred nacionalnim tijelima, a sve kako bi se onemogućilo podnošenje zahtjeva od „profesionalnih“ nevladinih organizacija koje nisu bile uključene u predmet (na određenoj razini) na nacionalnom nivou.

Ipak, autor ovdje ističe kako je nejasno na koji način Sud dovodi u vezu zastupanje kao pravni pojam nacionalnog prava te pojam zastupanja *sui generis* koji je uspostavio ovom presudom. U esenciji samog pojma zastupanja nalazi se punomoć ili odluka o zastupanju kao pravni temelj uspostave tog pravnog odnosa (posebice zato što sam Sud navodi kako “treba dopustiti CLR-u da postupa kao zastupnik žrtve, bez obzira na činjenicu da nije imao pravo zastupanja”). Iako Sud u svojoj praksi (ponekad) odstupa od propisane forme za ustanovljenje zastupstva, to ne znači da se i ovlasti iz odnosa zastupstva, kao i preduvjeti za postojanje tog odnosa, ne trebaju ostvariti. Posebno se to ogleda i u okolnosti da se ovlasti punomoćja od strane Suda u ovom predmetu uspostavljaju kratkim kontaktom tik pred smrt žrtve, a da su pravne radnje od

⁵³ Za više v. L. R. protiv Sjeverne Makedonije (2020), zahtjev br. 38067/15, točka 50-54.

⁵⁴ Upravo u spomenutoj presudi L. R. protiv Sjeverne Makedonije podnositelj zahtjeva nije nastupao pred nacionalnim tijelima kao zastupnik, tj. nije se postavilo pitanje njegova *locus standi* pred nacionalnim tijelima. No kako je podnositelj zahtjeva podnio kaznenu prijavu koja je bila okidač za reakciju državnih tijela, Sud smatra kako je time ispunjen i četvrti kriterij.

strane CLR-a poduzete nakon smrti žrtve (dakle, čak i da je punomoć konstituirana u kratkom susretu pred smrt, trenutkom smrti ona prestaje). Autor smatra potrebnim naglasiti da je *locus standi* predmet autonomnog definiranja od strane Suda,⁵⁵ pa je s te strane upitna kvaliteta argumenta da nešto treba uvažiti pred Sudom jer nije bilo dovedeno u pitanje pred nacionalnim tijelima. Time se, kao što je autor gore naveo, državama ostavlja mogućnost da ubuduće izbjegniju otvaranje predmeta pred Sudom, ali se još i više samome Sudu negira ovlast autonomnog tumačenja konvencijskih pojmova.

Zaključno, kriteriji koji su navedeni dovode do odluke o dopustivosti slučaja samo u uskom krugu predmeta specifičnog činjeničnog stanja sprečavajući Sud da postave generalni okvir za postupanje nevladinih organizacija kao podnositelja zahtjeva u drugim predmetima. Iako je većina javnosti (kako stručne tako i ljudskopravaške) dočekala presudu s izrazitim odobravanjem, sve se više postavlja i pitanje opravdanosti izrazito kazuističkog pristupa koji je Sud u ovom predmetu primijenio. Helena De Vylder kritizira obrazloženje (op. a. ne i ishod) iz dva glavna razloga. Prvi se odnosi na pretjerano naglašavanje iznimnih okolnosti slučaja, što će spriječiti buduće postupanje Suda u sličnim predmetima (vidi gore autorove komentare). Drugo, kao što je autor i istaknuo, povezivanje pitanja *locus standi* na nacionalnoj razini s onim pred Sudom opasno je, iz već spomenutih razloga.⁵⁶

4.5. Alternativni pristupi rješavanja

Kao što je više puta naglašeno, kazuistička narav ovog i sličnih predmeta može spriječiti korištenje ovih (iznimnih) kriterija u budućoj praksi Suda. Upravo zato autor smatra kako bi se umjesto naglašavanja iznimnih okolnosti predmeta kao podloge za izmjenu dotadašnje prakse Suda kao temelj ovog predmeta trebala uzeti moralna dimenzija slučaja.

Naime u predmetu *Malhous protiv Češke Republike*⁵⁷ Sud je utvrdio kako slučajevi pred Sudom nemaju samo pravnu, nego i moralnu dimenziju (te stoga osobe najbliže podnositelju zahtjeva imaju pravo tražiti da se pravda izvrši). Pozivanje na moralnu dimenziju Sudu ostavlja šire mogućnosti uvažavanja specifičnih okolnosti slučaja koje bi omogućile njegovu reakciju u slučaju kada je Sud ne samo zadnja nego i jedina šansa za adresiranje povrede prava posebno ugroženih osoba. Naime u većem se broju slučajeva može prepoznati moralna potreba za reakcijom Suda nego što bi to bilo kada bi bile aktualne

⁵⁵ Za više v. *Hoffman Karlskov v Denmark* (2003), zahtjev br. 62560/00.

⁵⁶ Helena De Vylder, *Rewriting CLR on behalf of Valentin Campeanu v Romania*, u *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions* (2017), str. 294.

⁵⁷ *Malhous protiv Češke Republike* (2000), zahtjev br. 33071/96.

samo iznimne okolnosti predmeta. Odnosno, autor smatra kako sve iznimne okolnosti potpadaju pod rang moralne dimenzije. No kriterij moralne dimenzije obuhvaća i neke od predmeta kod kojih takve okolnosti nisu izvanredne, ali su ipak vrijedne pažnje Suda. Autor ističe da bi i pri tome trebalo Sudu ostaviti mogućnost da, iako je utvrdio moralnu važnost predmeta, ne donese odluku koja bi uvažila *locus standi*, odnosno da ne krene u sudsko stvaranje prava, već da se zadrži na stupnju evolutivnog tumačenja teksta Konvencije.⁵⁸ Uz to autor je svjestan kako svaki predmet (posebno onaj u kojem se utvrdi povreda nekog konvencijskog prava) ima moralnu dimenziju, pa ističe kako bi taj kriterij trebalo vezati samo uz pitanje utvrđivanje *locus standi* kada bi drugačije rješavanje onemogućilo vršenje pravde od strane Suda.

No autor bi uz moralnu dimenziju vezao i dodatni element. Pri odlučivanju suda o dopustivosti u obzir treba uzeti i kategoriju podnositelja koji ustaje sa zahtjevom. Tu dolazi do važnosti nevladina organizacija, odnosno uvažava se njihov gore navedeni legitimitet. Kao što je iznad istaknuto, nevladine organizacije crpe legitimitet za takvo postupanje iz okolnosti da postaju ekvivalent međunarodnom civilnom društvu.⁵⁹ U ovom predmetu CLR se bavi upravo zaštitom prava osoba s posebnim potrebama. Takvim rezoniranjem otvara se prostor za ispunjenje uvjeta posebne veze između žrtve i nevladinih organizacija kao podnositelja zahtjeva. U prilog tome govori i praksa suda u spomenutom predmetu *L. R. protiv Sjeverne Makedonije*, u kojem je Helsinški odbor Sjeverne Makedonije bio podnositelj zahtjeva, odnosno nevladina organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava ustala je sa zahtjevom pred Sudom. Iz toga možemo zaključiti kako i Sud sam uvažava sve veću važnost nevladinih organizacija kao podnositelja zahtjeva u takvim, posebnom teškim, okolnostima predmeta.

Sljedeći alternativni put rješavanja ovog pitanja koji se najčešće i veže uz ovu presudu vezan je uz *actio popularis*. Iako je Sud u presudi izričito naglasio kako Konvencija ne dopušta *actio popularis* u okviru čl. 34. Konvencije, teško se oteti dojmu da je Sud uvođenjem pojma *zastupstva sui generis* učinio upravo korak u tom smjeru. Iako je sam Sud *zastupstvo sui generis* ograničio samo na slučajeve u kojima se javljaju iznimne okolnosti, Sud je ipak akceptirao postojanje općeg interesa koji je potrebno uzeti u obzir (u ovome slučaju taj interes bila bi zaštita osobito ranjivih osoba kojima država članica nije pružila adekvatnu skrb i zaštitu) te se upravo zato i poslužio nevladinom organizacijom kao sredstvom za postizanje tog cilja.

⁵⁸ Za više o ovom pitanju v. Dragoljub Popović, *Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Creighton Law Review*, vol. 42, str. 361-396, dostupno na: https://dspace2.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/40640/18_42CreightonLRev361%282008-2009%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁵⁹ *Ibid.* 30.

Sve u svemu, pitanje *actio popularis* u međunarodnom je pravu i dalje pendentno i autora ne bi čudilo kada bi daljnji razvoj te teme krenuo upravo u smjeru omogućavanja nekih karakteristika tog pojma pred Sudom.

5. ZAKLJUČAK

Nevladine organizacije svakodnevno postaju sve važniji i sve agilniji faktor u međunarodnim razmjerima. Njihove aktivnosti i usmjerenost na aktualne teme izazivaju sve jače reakcije javnosti, pa ne iznenađuje gore navedena tvrdnja da upravo nevladine organizacije možemo promatrati kao međunarodno civilno društvo, odnosno „svjetsko mišljenje“. S obzirom na to pitanje njihova položaja pred međunarodnim sudskim mehanizmima sve se češće javlja i problematizira, posebice u pogledu uvođenja pojma *actio popularis* u međunarodno pravo.

To je pitanje iskrsnulo 2014. i u europskoj stručnoj javnosti nakon presude Suda u predmetu CLR protiv Rumunjske. U tom je predmetu Sud ustanovio pojam zastupstva *sui generis* kojim je omogućio nevladinoj organizaciji da ustane sa zahtjevom pred Sudom zbog iznimnih okolnosti slučaja, a koje se ogledaju u dugotrajnom zanemarivanju Valentina Campeanua u rumunjskom zdravstvenom i socijalnom sustavu, koje je kulminiralo njegovom smrću. Sve to Sud je obrazložio potrebom sprečavanja države da se izvuče od odgovornosti za ozbiljne povrede prava. Ipak, ushit zbog donošenja presude s vremenom je prestao. Helena De Vylder kritizira obrazloženje (op. a. ne i ishod) iz dva glavna razloga. Prvi se odnosi na pretjerano naglašavanje iznimnih okolnosti slučaja, što će spriječiti buduće postupanje Suda u sličnim predmetima (vidi gore autorove komentare). Drugo, kao što je autor i istaknuo, povezivanje pitanja *locus standi* na nacionalnoj razini s onim pred Sudom opasno je, iz već spomenutih razloga. Strahovi stručne javnosti obistinili su se u predmetu vrlo sličnog činjeničnog stanja, u kojem je Sud presudio⁶⁰ kako bugarski Helsinški odbor nije ispunio gore problematizirani četvrti kriterij, odnosno pitanje *locus standi* pred nacionalnim sudovima.⁶¹ No određeno olakšavanje kriterija viđeno je u presudi *L. R. protiv Sjeverne Makedonije*, u kojoj je Sud pristupio blažem vrednovanju nekih od kriterija koje uzima u obzir pri odluci o *locus standi* nevladinih organizacija. Iz toga jasno slijedi kako ni Sud sam još uvijek nije siguran u kojem smjeru treba krenuti.

⁶⁰ Bugarski Helsinški odbor protiv Bugarske (2016), zahtjev br. 35653/12 i 66172/12.

⁶¹ Helena De Vylder, *The saga continues... legal standing for NGOs when de facto representing mentally disabled dying in institutions* (2016), str. 1, dostupno na: <https://strasbourgob-servers.com/2016/08/29/the-saga-continues-legal-standing-for-ngos-when-de-facto-representing-mentally-disabled-dying-in-institutions/>.

Upravo zato vrijedi istaknuti kako se, neovisno o tome koji se stav zauzme o sudjelovanju nevladinih organizacija pred Sudom, odnosno o pitanju *actio popularis*, Sud treba voditi zahtjevom za postavljanjem generalno primjenjivih principa u svojim presudama.⁶² Jasno je da generalno odobrenje *locus standi* nevladinim organizacijama⁶³ u sličnim situacijama trenutačno nije rješenje (barem ne bez nužnih izmjena postupanja Suda, kao i jačanja njegovih kapaciteta).

LITERATURA

1. Aceves, William (2003), *Actio popularis? The Class Action in International Law*, u: The University of Chicago Legal Forum.
2. Ahmadov, Farid (2018), *The Right of Actio popularis before International Courts and Tribunals*, Queen Mary Studies in International Law, vol. 31.
3. Anderson, Kenneth (2000), *The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society*, European Journal of International Law, vol. 11, br. 1.
4. De Vylder, Helena (2016), *The saga continues... legal standing for NGOs when de facto representing mentally disabled dying in institutions*.
5. De Vylder, Helena (2017), *Rewriting CLR on behalf of Valentin Campeanu v Romania*, u *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*.
6. Dothan, Shai (2015), *Luring NGOs to International Courts: A Comment on CLR v Romania*, ZaoRV 75.
7. Jacobs, Francis i White, Robin (2021), *The European Convention on Human Rights*, Clarendon press, Oxford.
8. Krapac, Davor (1995), *Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i hrvatski kazneni postupak*; Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol 2, broj 1-1995.
9. Mayer, Lloyd Hitoshi (2011), *NGO Standing and Influence in Regional Human Rights Courts and Commissions* (2011).
10. Odinalu, Chidi Anselm (2000), *Why More Africans Don't Use Human Rights Language*, Human Rights Dialogue, Carnegie Council on Ethichs and International Affairs 2, br. 1.
11. Popović, Dragoljub, *Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Creighton Law Review, vol. 42.

⁶² U suglasnom mišljenju suca Pinta de Albuquerque (CLR protiv Rumunjske, str. 59-66) polazište je rješavanja takvih situacija na principu jednakosti svih pred zakonom. On navodi kako bi se time popunila pravna praznina koja se ogleda u odobrenju zastupstva CLR-u, i to na način da se zbog potrebe jednakosti svih proširi pojam konvencijskog zastupstva. Na tom principu smatra da je Sud trebao uspostaviti pojam *de facto* zastupstva, koje bi se aktiviralo ispunjenjem dva uvjeta: a) iznimna ranjivost žrtve te b) nepostojanje srodnika, skrbnika ili zastupnika.

⁶³ Za više v. Udruženje za zaštitu ljudskih prava u Rumunjskoj – Helsinški odbor u ime Ionela Garcea protiv Rumunjske (2015), zahtjev br. 2959/11, točka 41-45.

12. Rebasti, Emanuele i Vierucci, Luisa (2005), A Legal Status for NGO's in Contemporary International Law, dostupno na: <https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/VierucciRebasti-1.pdf>.
13. Simma, Bruno (2009), Universality of International Law from the Perspective of Practitioner, *European Journal of International Law* 20.
14. Slim, Hugo (2002), By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organizations, *International Council on Human Rights Policy*, dostupno na: <https://www.gdrc.org/ngo/accountability/by-what-authority.html>.
15. Šago Dinka (2016), Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 37, br.1.
16. Tanaka, Yoshifumi (2011), Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 15.
17. Vajić, Nina (2004), Some Concluding remarks on NGOs and the European Court of Human Rights, u: *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, Treves i dr. (ur).
18. Voeffray, Francois (2004), *L'actio popularis ou la defense de l'interet collectif devant les juridictions internationales*, Graduate Institute Publications, Genève.
19. Whaites, Alan (2002), NGOs: Facing Dilemmas and Answering Critics, u *Development Dilemmas*, World Vision International.

Summary

NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS AND THE CONCEPT OF *ACTIO POPULARIS* BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT IN THE CASE OF THE CENTRE FOR LEGAL RESEARCH ON BEHALF OF VALENTIN CAMPEANU v. ROMANIA

The paper considers the position of non-governmental organisations as applicants before the European Court of Human Rights and the concept of *actio popularis* in the light of the recent practice of the European Court of Human Rights. The first part of the paper analyses the institution of proceedings before the European Court of Human Rights, with an emphasis on two key elements of individual applications: the category of possible applicants and the status of the victim. In the second part, the paper analyses the position of non-governmental organisations in international law, paying special attention to their position before international judicial mechanisms. The central part of the paper is an analysis of the judgment in the case of the Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania. This judgment marks a major step forward in human rights protection of the most vulnerable groups before the European Court of Human Rights. This judgment also opened discussion on the concept of *actio popularis* before this Court.

Keywords: non-governmental organisations, *actio popularis*, admissibility criteria, *CLR v. Romania*, human rights protection of vulnerable groups

Alen Lukač*

ZAKONITOST DOKAZA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I POREDBENOM PRAVU

Predmet je rada razmatranje načela zakonitosti dokaza u bosansko-hercegovačkom kaznenom procesnom pravu s teorijskog, normativnog i praktičnog aspekta. U radu se analiziraju poredbenopravna rješenja u Sjedinjenim Američkim Državama, kao i judikatura Europskog suda za ljudska prava, s posebnim osvrtom na najznačajnije odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država kojima je postavljen temelj teorijskim postavkama ekskluzijskog pravila u SAD-u. U nastavku se analizira uređenje načela zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom pravnom sustavu, uz prikaz pravnih stajališta sudske prakse, prvenstveno Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, koja se odnose na institut zakonitosti dokaza. U sklopu navedenog u zasebnim se odlomcima razmatraju dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, s posebnim osvrtom na semantičko-kontekstualnu analizu odredbe te iznošenje stajališta da su te dvije potkategorije postavljene alternativno, a ne kumulativno. Naposljetku se iznose i prijedlozi de lege ferenda, a sve u cilju potpunijeg uređenja instituta zakonitosti dokaza u BiH.

Ključne riječi: zakonitost dokaza, ekskluzijsko pravilo, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, Europski sud za ljudska prava, bitne povrede odredaba kaznenog postupka

1. UVOD

Problematika zakonitosti dokaza u kaznenom postupku bez ikakve sumnje spada u jedno od najkompleksnijih pitanja kaznene procesne dogmatike. Ono je komplicirano i teško rješivo ne samo sa stajališta zakonske regulative, odnosno zakonskog određenja samoga instituta, nego i sa stajališta procesne teorije

* Univ. spec. iur. Alen Lukač, sudac Općinskog suda u Srebreniku

i sudske prakse. Upravo se sudskoj praksi pripisuje zadatak evolucije i razvoja instituta nezakonitih dokaza u kaznenom postupku.

Problematika dokazivanja u određenom sudskom postupku, konkretno zakonitosti dokaza u kaznenom postupku, osim toga što nipošto nije jednostavna, nije ni jednostrana te je treba promatrati dvojako. Naime ključna su pitanja uređenja postupanja s dokazima najprije samo određivanje što se ima smatrati nezakonitim dokazom, a zatim i reguliranje načina postupanja s takvim dokazima. Prvim se nastoje dati konture zakonitosti postupanja tijela kaznenog progona, osigurati njihovo discipliniranje te onemogućiti povrede temeljnih ljudskih prava i sloboda do kojih može doći povredama propisanih procesnih formi u prikupljanju dokazne građe.

Čitav koncept instituta zakonitosti dokaza ima za svoj cilj i svrhu osigurati u kaznenom postupku korištenje dokaza koji su pribavljeni uz poštivanje zakonskih odredbi o dokazivanju s jedne strane, kao i sprječavanje tijela kaznenog progona u postupanjima koja bi mogla predstavljati kršenje temeljnih ljudskih prava i sloboda. Iz gornjega je sasvim razvidno da je u samoj srži toga instituta neprestano previranje te latentan sukob između dva ustavnopravno zaštićena interesa, odnosno zaštite temeljnih ljudskih prava s jedne strane te obveze države na učinkovit kazneni progon. Kroz rezultate toga antagonizma očituje se te razrađuje institut zakonitosti dokaza, i to kako kroz zakonodavnu djelatnost određivanja granica zakonitosti tako i kroz aktivnosti sudske prakse u primjeni i tumačenju na konkretne slučajeve. Upravo se na ta pitanja pokušavaju dati odgovori u nastavku teksta, uz istodobno izlaganje pravnih stajališta dvaju možda najutjecajnijih sudova u svijetu: Vrhovnog suda SAD-a i Europskog suda za ljudska prava.

U radu se najprije razmatraju poredbenopravna rješenja u Sjedinjenim Američkim Državama, prvenstveno najznačajnije odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, u kojima su postavljeni presedani u primjeni ekskluzijskog pravila u SAD-u, s posebnim naglaskom na cilj i suštinu toga instituta, koja se sastoji u otklanjanju samovoljnog policijskog postupanja. U nastavku se razmatra judikatura Europskog suda za ljudska prava, s osvrtom na pravne standarde ispitivanja koje koristi ESLJP prilikom utvrđivanja je li došlo do povrede prava na pravičan postupak propisan čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Središnji dio rada predstavlja analizu zakonskog uređenja načela zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom pravnom sustavu, uz prikaz stajališta sudske prakse, prvenstveno Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, koja se odnosi na institut zakonitosti dokaza. U sklopu navedenog u zasebnim se odlomcima razmatraju dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, i to dokazi koji su pribavljeni bitnim povredama ZKP-a s jedne strane te dokazi pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je

ratificirala Bosna i Hercegovina s druge strane. Naposljetku se kritički razmatraju aktualni zakonodavni okvir i nedostaci postojećih procesnih rješenja te daju preporuke za njihovo otklanjanje u cilju stvaranja jasnijeg i koherentnijeg sustava postupanja s nezakonitim dokazima, što u svakom slučaju pridonosi pravnoj sigurnosti i predvidljivosti te jednakosti građana pred zakonom.

2. ZAKONITOST DOKAZA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA

Prve naznake primjene procesnoga instituta zakonitosti dokaza nalazimo u srednjovjekovnom kontinentalnom pravu. Tako profesor Damaška navodi da „današnje suvremene odredbe koje nalažu zabacivanje nezakonitih dokaza imaju preteču u inkvizitorskom postupku te da najviše iznenađuje što je to uključivalo i zabranu korištenja dokazima proizašlim iz nezakonito pribavljeno¹“. Nema smisla poricati da se u prošlosti temeljenje presude na dokazima koji su pribavljeni uz određene procesne povrede činilo znatno manje odbojno nego što je to slučaj danas. Stvarna doktrinarna i teoretska razrada toga instituta provedena je unutar pravnih sustava iz tradicije *common law*, što je i sasvim logično kad se imaju u vidu specifičnosti porotničkoga načina odlučivanja o činjenicama.² Naime utjecaj koji bi nezakoniti dokaz mogao imati na svijest članova porote, odnosno njihove nemogućnosti kao laika otkloniti takav dokaz prilikom odlučivanja o činjenicama, zaista je poguban, što je samo jedan od razloga polaganja posebne pozornosti ocjeni zakonitosti pojedinih dokaza u sustavima iz tradicije *common law*.³

Doktrina zakonitosti dokaza u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) razvijana je dugi vremenski period, i to kroz praksu Vrhovnog suda SAD-a. Treba imati u vidu da se u kaznenom pravu SAD-a nezakoniti dokazi, čisto s leksičkog aspekta, označavaju kao *illegally obtained evidence* – nezakonito

¹ Vidi više: Damaška, Mirjan, Potraga za pravičnim postupkom u doba inkvizitorne procedure, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 20, broj 1/2013, str. 193–194.

² Tako Redemann navodi da je razvoj instituta ekskluzijskog pravila američki fenomen, ali da ima svoje korijene čvrsto ugrađene u povijesti zapadne civilizacije. Ističe se da se teorijska osnova za pravilo proteže do antičkih vremena i dokazanog uvjerenja u potrebu za privatnošću i osobnom sigurnošću od neželjenih i neopravdanih upada te da se vjerovanje u potrebu za privatnošću može pronaći već kod Grka i Rimljana. IV. amandman ima svoje povijesno korijenje u prirodnom pravu, koje postoji kao postojano i nepromjenjivo pravo koje vlada ljudskim pravima. Redemann, Bob, *The Historical and Philosophical Foundations of the Exclusionary Rule*, *Tulsa Law Review*, volume 12, issue 2, 2013, str. 324.

³ Više o onemogućavanju kontakta porote s nepouzdanim dokazima: Martinović, Igor; Kos, Damir, *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 23, broj 2/2016, str. 314.

prikupljeni dokazi. Međutim u doktrini kaznenog procesnog prava u SAD-u problematiku korištenja nezakonitih dokaza u kaznenom postupku ustalilo se terminološki označavati kao *exclusionary rule* – pravilo o ekskluziji (isključenju) dokaza. Takav doktrinarni naziv odražava na najbolji mogući način stajališta i pravne teorije, ali i sudske prakse prema tome institutu; na način da je terminološki i leksički naglasak na samoj konzekvenci nezakonito prikupljenih dokaza. Drugim riječima, njime se želi na neki način staviti u prvi plan da ekskluzijsko pravilo regulira način postupanja s nezakonitim dokazima, njihovo korištenje u kaznenom postupku, nasuprot samom odgovoru na pitanje što su to nezakoniti dokazi (*koje zasigurno nije zanemarivo*). Zbog toga se i za potrebe rada prilikom razmatranja ovoga instituta u SAD-u koristi terminologija koja je bliža pravnoj kulturi i razmišljanju kakvo je vladajuće u SAD-u – ekskluzijsko pravilo.

Svoje pravno izvorište ekskluzijsko pravilo crpi iz IV. i V amandmana na Ustav SAD-a, pri čemu IV. amandman propisuje da: „*pravo građana na sigurnost domova, dokumenata i imetka od nerazumnih pretraga i zapljena neće biti povrijeđeno ni sudski nalozi izdavani bez utemeljenog razloga, poduprtog zavjetom ili prisegom, uz poseban opis mjesta koje se ima pretražiti, osoba, odnosno stvari koje se imaju uhititi, odnosno zaplijeniti*“. S druge strane V. amandman propisuje da se „*nijedna osoba neće držati odgovornom niti će biti u ijednom kaznenom slučaju prisiljena svjedočiti protiv sebe, niti će joj biti oduzet život, sloboda ili imetak bez pravednog zakonitog postupka*“.⁴ Dakle kako se ta dva amandmana referiraju na ustavno pravo privatnosti od nerazumnih pretraga i samooptuživanja, iz samog njihova teksta proizlazi da je doktrinarna razrada ekskluzijskog pravila supstancijalno skrojena oko dokaznih radnji pretrage i ispitivanja osumnjičenika.

Genezu instituta ekskluzijskog pravila možemo pronaći u sada već davnoj odluci Vrhovnog suda SAD-a iz 1886. u predmetu *Boyd v. United States*,⁵ u kojem je Vrhovni sud SAD-a zaključio da je prinuda osumnjičenika na predaju privatnih dokumenata koji su poslije poslužili njegovoj inkriminaciji povrijedila pravo na zabranu samooptuživanja proklamiranu V. amandmanom na

⁴ Treba napomenuti da u vrijeme ratifikacije (ratificiran je 1791.) IV. amandman nije usvojen s izvornim ciljem zaštite građana od pogrešno zaplijenjenih dokaza, nego kao reakcija na zlouporabe britanskih općih naloga za pretragu (*general search warrants*), koji su pak služili za kontrolu carinskih prijevara. Ti opći nalozi za pretragu bili su sporni jer su izdavani bez ikakve potrebe dokazivanja osnova sumnje te su se lako zloupotrebljavali jer nije bilo potrebe navođenja imena pojedinaca ili preciziranja prostora koje treba pretražiti, zbog čega i nose naziv „opći“ nalozi za pretragu u punom smislu te riječi. Smith, Jared M., *The Evolution of the Exclusionary Rule: From Weeks v. United States and Mapp v. Ohio to Herring v. United States and Hudson v. Michigan*, *Grove City College Journal of Law and Public Policy*, vol. 2, number 2, 2011, str. 218-219.

⁵ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

Ustav SAD-a te je presudio u Boydovu korist. Između ostaloga, Vrhovni sud SAD-a u predmetu Boyd zaključio je da jednostavno ne postoji racionalna razlika između „*pljenidbe privatnih dokumenata za dokazivanje protiv osobe*“ i „*prisiljavati ga da bude svjedok protiv sebe*“. Odluka upozorava da radi zaštite od erozije „ustavnih odredbi o sigurnosti osobe i imovine“ sudovi moraju slobodno tumačiti te slobode umjesto da primjenjuju skučenu konstrukciju koja im oduzima polovicu njihove učinkovitosti i dovodi do postupne depreciacije prava...

I dok je predmet *Boyd* svoju suštinsku teorijsku podlogu imao u V. amandmanu na Ustav SAD-a, Vrhovni sud SAD-a u predmetu *Weeks v. United States*⁶ iz 1914. ide dalje te postavlja temeljne doktrinarne postavke ekskluzijskom pravilu zaključujući jednoglasno da zapljena *Weeksovih* dokumenata bez sudskog naloga krši IV. amandmanom propisanu ustavnu zabranu nerazumnih pretraga i zapljena te da dokazi prikupljeni na taj način moraju biti izuzeti od korištenja u saveznim kaznenim postupcima. Međutim odluka Vrhovnog suda, koliko god bila značajna za povijesni razvitak ekskluzijskog pravila, imala je bitno ograničeno djelovanje jer je uspostavila pravilo da su dokazi koji su prikupljeni u suprotnosti s IV. amandmanom nedopušteni samo na suđenjima pred federalnim sudovima. Drugim riječima, odluka u predmetu *Weeks* nije uspostavila obveznost primjene ekskluzijskog pravila i saveznim državama, a to je stajalište Vrhovni sud potvrdio u predmetu koji je uslijedio 35 godina poslije – *Wolf v. Colorado*⁷ iz 1949.

U predmetu *Wolf*, iako se tvrdilo da je pretraga također bila nerazumna, a time i u suprotnosti s temeljnim postavkama IV. amandmana, budući da nije bila riječ o suđenju pred federalnim sudom, zaključeno je da doktrina iz predmeta *Weeks* ne obvezuje savezne države te da nije zabranjeno da se na suđenju pred sudovima saveznih država u kaznenim postupcima priznaju dokazi dobiveni nerazumnom pretragom i zapljenom. I dok je odluka Vrhovnog suda u predmetu *Wolf* iz 1949. predstavljala blagi zastoj u razvitku ekskluzijskog pravila, taj institut svoju potpunu emancipaciju doživljava pod Warrenovim sudom (*Warren Court, 1953-1969*).⁸ Tako samo 12 godina nakon odluke u

⁶ U predmetu *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914) riječ je bila od pretrazi i pljenidbi stvari osumnjičenika bez sudskog naloga, gdje Vrhovni sud SAD-a u obrazloženju odluke ističe da, ako se dokaz pribavljen u suprotnosti s IV. amandmanom može upotrijebiti protiv optuženika, „njegovo pravo na sigurnost protiv nerazumnih pretresa i pljenidbi nema nikakvu vrijednost... i može biti i brisano iz Ustava”.

⁷ U predmetu *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) Vrhovni sud SAD-a utvrđuje da nema mjesta zaključku da IV. amandman svojim tekstom obvezuje savezne države da moraju izuzeti nezakonito prikupljene dokaze u kaznenom postupku.

⁸ U pravnoj tradiciji SAD-a ustalilo se označavati period djelovanja Vrhovnog suda po nazivu njegova predsjednika (*Chief Justice*), pa kako je njegov predsjednik u periodu od 1953. do 1969. godine bio Earl Warren, tako se taj period djelovanja Vrhovnog suda popularno i

predmetu *Wolf* Vrhovni sud u predmetu *Mapp v. Ohio* iz 1961.⁹ odlučuje da se dokazi prikupljeni protivno IV. amandmanu, koji štiti od “nerazumnih pretraga i zapljena“, ne mogu koristiti u kaznenim postupcima pred sudovima saveznih država. Predmet je došao na razmatranje i do Vrhovnog suda SAD-a, koji ga je razmotrio i s aspekta XIV. amandmana. On propisuje, između ostaloga, i da *nijedna država neće donijeti ili provoditi neki zakon koji bi ograničio vlastite ili zaštitu državljanima Sjedinjenih Država niti će koja država oduzeti kojoj osobi život, slobodu ili imetak bez propisanog zakonitog postupka*. Kroz tekst te odredbe o obvezi provođenja propisanog zakonitog postupka (u SAD-u popularno nazivane *Due Process Clause*) Vrhovni sud u predmetu *Mapp* izvodi zaključak o tome da su i savezne države kroz tekst XIV. amandmana dužne prihvatiti standarde o korištenju dokaza koji su prikupljeni u protivnosti s IV. i V. amandmanom te je odluka savezne države Ohio u predmetu *Mapp* ukinuta, kao i suprotno stajalište istoga suda u već spomenutom predmetu *Wolf* iz 1949. godine. Ukratko, odlukom u predmetu *Mapp* Vrhovni je sud pravo na privatnost iz IV. amandmana proglasio provedivim protiv saveznih država putem ustavne odredbe o obvezi provođenja propisanog zakonitog postupka (*Due Process Clause*) iz XIV. amandmana. Odluka u predmetu *Mapp* imala je dalekosežne posljedice za različite aspekte kaznenog postupka u SAD-u.¹⁰ U tom predmetu Vrhovni sud udara temelje i nečemu što će se poslije smatrati

označava kao Warrenov sud. Taj period djelovanja Vrhovnog suda označen je kao period u kojem je liberalna većina svojim povijesnim odlukama snažno ojačala ljudska prava i slobode (predmet *Loving v. Virginia* iz 1967. godine, koji je ustanovio da su zakonske zabrane međurasnih brakova u protivnosti s Ustavom), saveznu vlast, ali i sudačku neovisnost, pri čemu su istodobno donesene vrlo važne odluke iz sfere kaznenog postupka (predmeti *Miranda v. Arizona* iz 1966., koji je ustanovio obvezu policijskih službenika na davanje upozorenja uhićeniku o pravu na šutnju i odvjetnika; *Brady v. Maryland* iz 1963. godine, u kojem je ustanovljena dužnost optužbe da preda obrani sve dokaze koji mogu biti od oslobađajuće važnosti (*exculpatory evidence*) itd.

⁹ U predmetu *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), Vrhovni sud SAD-a u obrazloženju odluke navodi da dopustiti drugačije (uporabu nezakonito pribavljenih dokaza) znači priznati pravo (na privatnost), ali u stvarnosti uskratiti njegove privilegije i njihovo uživanje. Također se navodi da se *ustavna prava na privatnost moraju liberalno tumačiti... jer ih striktna tumačenja lišavaju polovice njihove efikasnosti i vode postupnom obzvrjeđivanju prava... bez mogućnosti sudske aktivnosti kroz ekskluziju dokaza pribavljenih nerazumnim pretragama, ustavno jamstvo protiv nerazumnih pretraga i pljenidbi svodi se na “mrtvo slovo na papiru”*.

¹⁰ Ističe se da odluka u predmetu *Mapp* označava “revoluciju kaznenog postupka”, kojom je Vrhovni sud značajno proširio proceduralne zaštitne mjere kaznenih optuženika. Slijedom toga policijski odjeli i tužitelji postali su vrlo senzibilni prema strogim proceduralnim pravilima u izdavanju naloga za pretragu počevši od proceduralnih smjernica iz *Mappa* preko upozorenja koje je Sud postavio u predmetu *Miranda v. Arizona* iz 1966. i drugih zaštitnih mehanizama za optuženike. Hartman, Gary R.; Mersky, Roy M.; Tate, Cindy L., *Landmark Supreme Court Cases – The most influential Decisions of the Supreme Court of the United States, Facts On File, Inc, 2004, str. 344.*

temeljnim stupom standarda ispitivanja dosega važnosti ekskluzijskog pravila, a to je njegova svrha, cilj i suština, koja se sastoji u otklanjanju samovoljnog policijskog postupanju te budućeg kršenja IV. amandmana (*deterrent principle*).¹¹ Bez umanjivanja važnosti toga elementa u cijelom konceptu ekskluzijske doktrine, treba napomenuti da nipošto nisu rijetke ni usamljene kritike u pravnoj teoriji tako proklamirane svrhe ovoga instituta, jer se navodi da ona djeluje pretjerano ograničavajuće.¹²

Još jedan iznimno važan predmet koji je u bitnome skrojio doktrinu ekskluzijskog pravila u SAD-u jest predmet *United States v. Leon* iz 1984. godine,¹³ u kojem je utemeljena iznimka ranije formiranog ekskluzijskog pravila, koja se odnosi na dokaze prikupljene u dobroj vjeri (*good faith exception*). Naime Vrhovni sud SAD-a prihvaća da je nalog za pretragu izdan bez potrebnog uvjeta osnova sumnje, ali ponavlja svrhu i cilj ekskluzijskog pravila (otklanjanje samovoljnog policijskog postupanja, a ne kažnjavanje pogreške sudaca), pa kako su policijski službenici dužni postupati po sudskim nalogima, samim time čim postupaju po takvu sudskom nalogu, oni postupaju u objektivnom uvjerenju u njegovu racionalnost i ispravnost, odnosno u „dobraj vjeri“ u zakonitost i valjanost sudskog naloga, zbog čega se ne može zaključiti da je pretraga bila nerazumna prema IV. amandmanu.

Vrhovni sud navodi i da je svrha ekskluzijskog pravila da se prinudi na poštivanje ustavnog jamstva privatnosti, i to na jedini dostupni način: uklanjanjem poticaja da se to ne poštuje. Riječ je o institutu koji je predmet iznimno živih rasprava ne samo pravnih teoretičara nego i samih sudaca Vrhovnog suda SAD-a. Naime sukladno već dugogodišnjoj tradiciji toga Suda pojedini su suci kroz izdvojena mišljenja (*dissenting opinions*) iskazivali svoja neslaganja sa stajalištima većine. Pojedini autori upozoravaju da su pred kraj 20. stoljeća pojedine odluke Vrhovnog suda SAD-a označile početak nove ere razvitka ekskluzijskog pravila, koje počiva na snažnoj antipatiji prema izu-

¹¹ Tako *Bradley* ističe da ranije odluke Vrhovnog suda nisu uopće spominjale tu svrhu ekskluzijskog pravila, nego su se fokusirale na održavanje čistoće i dostojanstva sudskog postupka te na potrebu izbjegavanja davanja sudske sankcije policijskim zloporabama. *Bradley, Craig M., The Exclusionary Rule in Germany, Harvard Law Review, vol. 96, no. 5, 1983, str. 1035.*

¹² *Tomkovicz* ističe da je velika zasluga Warrenova suda u proklamiranju ekskluzijskog pravila, ali da je u tom periodu vođeno malo računa o konturama ekskluzijske doktrine, zbog čega se upravo u toj proklamiranoj svrsi ekskluzijskog pravila i nalazi temelj za kasniju eroziju ekskluzijske sankcije nezakonito pribavljenih dokaza, i to kroz prenataglašavanje otklanjajuće svrhe toga instituta, a zanemarivanje ostalih elemenata. *Tomkovicz, James J., Davis v. United States: The Exclusion Revolution Continues, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 9, 2011, 385.*

¹³ *United States v. Leon* 468 U.S. 897 (1984); slično stajalište potvrđeno je i u predmetu *Arizona v. Evans* 514 U.S. 1 (1995).

zimanju nezakonito pribavljenih dokaza i prekomjerno rigidnom shvaćanju cilja ekskluzijskog pravila,¹⁴ da Vrhovni sud SAD-a svojim odlukama dalje sužava prostor djelovanja ekskluzijskog pravila,¹⁵ pa čak i da je krenula snažna kampanja u smjeru reformiranja, pa čak i ukidanja ekskluzijskog pravila,¹⁶ pri čemu se navode odluke u predmetima *Hudson v. Michigan*,¹⁷ *Davis v. United States*,¹⁸ *Utah v. Strieff*¹⁹ i *Herring v. United States*.²⁰ To je moderno shvaćanje uloge ekskluzijskog pravila utemeljeno na nekoliko postavki, a polazi od toga da je izuzimanje nezakonito pribavljenih dokaza sudski kreirano pravno sredstvo koje izravno služi samo za zaštitu onih kojima je pronađeno nešto inkriminirajuće. Često se ponavlja da, iako IV. amandman štiti građane od nerazumnih pretraga i pljenidbi, sam tekst toga amandmana ne govori ništa o izuzimanju iz kaznenog postupka dokaza koji su pribavljeni u protivnosti s tom zabranom, pa samim time i ne omogućava građanima neotuđivo pravo da se dokazi koji su pribavljeni u nerazumnoj pretrazi moraju obligatorno izuzeti iz sudskog postupka.²¹

¹⁴ *Tomkovicz* ističe da je trenutачni sastav Vrhovnog suda SAD-a pod predsjedanjem predsjednika Johna G. Roberts-a Jr. udario temelj eroziji ekskluzijske sankcije, a potvrdu toga stajališta navodi u pojedinim odlukama naglašavajući u prvom redu predmete *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009) i *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011). Ističe da su te odluke Vrhovnog suda SAD-a označile početak nove ere razvika ekskluzijskog pravila, i to kroz instaliranje novih filtera za aktiviranje ekskluzije. To se izravno postiže podizanjem letvice poslije koje će pogreške u policijskom postupanju rezultirati ekskluzijom. Takav novi standard ispitivanja razumnosti policijskog postupanja dovodi u pitanje vitalnost održivosti ekskluzijske doktrine, jer samo obična nemarnost policijskih službenika ne opravdava izdvajanje dokaza. *Tomkovicz*, James J., op. cit. (bilj. 13), str. 382 i 387.

¹⁵ *Giantris*, Laura A., *Arizona v. Evans: Narrowing the Scope of the Exclusionary Rule*, *Maryland Law Review*, volume 55, issue 1, 1996, str. 265.

¹⁶ Op. cit. (bilj. 4), str. 229.

¹⁷ U Predmetu *Hudson v. Michigan* od 15. 6. 2006. Vrhovni sud nalazi da, iako su policijski službenici povrijedili pravilo o „kucanju i najavi“ prilikom obavljanja dokazne radnje pretrage, ta povreda ne zahtijeva supresiju dokaza pribavljenih takvom pretragom.

¹⁸ U predmetu *Davis v. United States* od 16. 6. 2011. Vrhovni sud nalazi da pretrage koje su izvršene u objektivno razumno uvjerenju u tada važeće sudske presedane (pa čak i kada su oni poslije utvrđeni neustavnima) ne mogu biti predmet ekskluzijskog pravila.

¹⁹ U predmetu *Utah v. Strieff* od 20. 6. 2016. Vrhovni sud nalazi da je, iako je policijsko zaustavljanje osobe (kod koje je naknadno pronađena droga) bilo nezakonito, odnosno bez razumne sumnje, korištenje tih dokaza dopustivo.

²⁰ U predmetu *Herring v. United States* od 14. 1. 2009. Vrhovni sud nalazi da se ekskluzija dokaza ne primjenjuje na dokaze koji su pribavljeni iz nezakonitih pretraga koje su rezultat običnih policijskih pogrešaka, a ne ponavljanih obrazaca ponašanja ili flagrantnih kršenja pravila postupanja.

²¹ Op. cit. (bilj. 2), str. 334

Možda najznačajniju doktrinarnu razradu instituta ekskluzije dokaza Vrhovni sud postavlja u predmetu *Herring v. United States*,²² gdje se ističe da ekskluzija dokaza nije automatska posljedica povrede IV. amandmana, nego se mora voditi računa o stupnju krivnje policijskih službenika i potencijalu da ekskluzija dokaza otkloni buduće nezakonito postupanje. Drugim riječima, da bi se aktiviralo ekskluzijsko pravilo, policijski propust mora biti dovoljno namjeran ili krajnje nemaran, a u nekim slučajevima čak i ponavljajući ili sistemski nemaran, da bi ga ekskluzija smisljeno otklonila u budućem ponašanju, do te mjere da je takvo otklanjanje vrijedno cijene koju plaća pravosudni sustav. Iako ni ta odluka Vrhovnog suda nije bez kritika,²³ ustavnopravno utemeljenje takva stajališta, koje udara temelje novom stadiju razvitka instituta ekskluzije dokaza, Vrhovni sud obrazlaže naglašavajući da su odluke koje su iznjedrile ekskluzijsko pravilo (ranije citirane odluke u predmetima *Weeks v. United States* iz 1914. i *Mapp v. Ohio* iz 1961.) bile rezultat povreda koje su toliko fundamentalno kršile ljudska prava – kako se navodi, „flagrantne i namjerne povrede ljudskih prava“ – da čak ni postojanje sudskog naloga ne bi moglo opravdati proceduru. Za razliku od povreda u tim predmetima povrede koje su rezultat nesistemskih i nemarnih pogrešaka samim su time toliko udaljene od same suštine koja je vodila sudsku praksu prilikom usvajanja ovoga instituta u prvom redu da ni na koji način ne mogu opravdati ekskluziju dokaza.

3. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Treba najprije navesti da Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu ESLJP) u svojoj jurisprudenciji nije priznao pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza kao posebno konvencijsko pravo. Iako neki teoretičari smatraju da je zabrana korištenja nezakonitih dokaza opći element pojma „pravičnog postupka“, ESLJP do sada nije prihvatio takvo stajalište.²⁴ Drugim riječima, ESLJP prepušta nacionalnim zakonodavstvima kako samo definiranje pojma instituta zakonitosti dokaza tako i postupanje s takvim dokazima (apsolutna ili relativna ekskluzija).

²² *Herring v. United States* od 14. 1. 2009.

²³ Tako *David H. Kaye* ističe da je ekspanzivno tumačenje pravila iznimke „dobre vjere“ na sve tipove slučajeva, dano u predmetu *Herring*, neprikladno te da ostavlja većinu povreda IV. amandmana bez pravnog lijeka. Kaye, David H., *Unraveling the Exclusionary Rule: From Leon to Herring to Robinson - And Back?*, 58 *UCLA Law Review*, Disc. 207, 2011, str. 213.

²⁴ Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, *Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008, str. 976.

To je i sasvim logično kad se ima u vidu složenost i kompleksnost strukture ESLJP-a, koji nije nacionalni sud, nego je u stvari sudska institucija Vijeća Europe, dakle međunarodni sud koji je ustrojen 1959. sa sjedištem u Strasbourgu. Nadležnost je toga suda odlučivati o pojedinačnim ili međunarodnim zahtjevima koji se odnose na povredu građanskih i političkih prava sadržanih u Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija). Drugim riječima, zadaća je Suda osigurati da države poštuju prava i jamstva predviđena Konvencijom. Ne treba gubiti iz vida da su pojedine države članice Vijeća Europe propisale različite zakonske mehanizme zakonskog uređenja prikupljanja dokaza u kaznenom postupku, kao i toga što se ima smatrati nezakonitim dokazima, ali i različite mehanizme postupanja s njima. Samim time države članice itekako se razlikuju u samim zakonskim konceptima uređenja instituta nezakonitih dokaza. To su razlozi zbog kojih bi bilo gotovo nemoguće za ESLJP izvesti neke zajedničke standarde za sve pravne sustave država članica, što bi neminovno imalo za posljedicu i nametanje nacionalnim zakonodavstvima određenih ekskluzivskih pravila, tako da je sasvim logično da se samo uređenje toga instituta ostavlja nacionalnim zakonodavstvima.²⁵

No to nipošto ne znači da ESLJP nije kroz svoju judikaturu postavio određena opća pravila i smjernice za buduće postupanje država članica. Prva odluka u kojoj je razmatrao pitanje zakonitosti dokaza jest predmet *Schenk v. Švicarska*,²⁶ u kojem je ESLJP zauzeo svoj početni stav o nezakonitim dokazima, pri kojem je ostao manje-više i u svojem budućem djelovanju. Druga značajna odluka o istom pitanju donesena je u predmetu *Khan v. Ujedinjeno Kraljevstvo*, u kojoj je ESLJP zauzeo stajalište da kršenje prava iz članka 8. Konvencije nije u suprotnosti s člankom 6. Konvencije. Riječ je o predmetu s činjeničnim i pravnim okolnostima vrlo sličnima onima iz predmeta *Schenk*, jer se i u ovom slučaju radilo o kaznenoj osudi temeljem snimki uređaja za prisluškivanje, koje je izvršeno bez valjanog pravnog temelja.

ESLJP u svojim odlukama navodi da se ni iz jedne konvencijske odredbe ne može izvesti pravilo prema kojem bi dokaze pribavljene kršenjem nacionalnog kaznenog procesnog prava trebalo smatrati neupotrebljivima za osudu. Drugim riječima, nezakonit je dokaz upotrebljiv u smislu Europske konvencije ako su ipak prilikom njegova pribavljanja i uporabe poštivana jamstva pravičnog postupka.²⁷ Zbog toga nije zadatak Suda odrediti u načelu jesu li određene vrste dokaza – primjerice dokazi dobiveni nezakonito – dopuštene niti je li podnositelj zahtjeva kriv ili ne. Pitanje na koje treba odgovoriti jest je li postu-

²⁵ Krapac, Davor, *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, 2010, str. 1212.

²⁶ *Schenk v. Švicarska*, Application no. 10862/84 iz 1988.

²⁷ Op. cit. (bilj. 25), str. 1226.

pak u cjelini, uključujući i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pravičan. To uključuje ispitivanje navodne „nezakonitosti“ te, kad je u pitanju povreda nekog drugog konvencijskog prava, prirode utvrđene povrede. Drugim riječima, ESLJP ispituje je li postupak kao cjelina proveden pošteno, a u tom se kontekstu cijeni je li okrivljenik imao procesnu mogućnost osporavati vjerodostojnost i uporabu dokaza te je li taj dokaz bio jedini dokaz pri donošenju osude. U predmetu *Khan* ESLJP ide i korak dalje te uvodi novi standard prema kojemu *važnost postojanja drugih dokaza osim nezakonitog ovisi o okolnostima slučaja. U konkretnom slučaju, kada je dokaz veoma jak i kada nema rizika da je nepouzdan, analogno tome potreba za dokazima koji ga podržavaju je slabija* (§ 37. Odluke u predmetu *Khan*). Dakle može se zaključiti da se na taj način značajno odstupa od ranije postavljenog testa pravičnosti jer ESLJP instalira novi filter za ocjenu pravičnosti postupka s aspekta nezakonitih dokaza te se takvom pomalo ezoteričnom interpretativnom razinom omogućava nacionalnim vlastima donošenje osuđujućih odluka i temeljem nezakonitog dokaza kao jedinog dokaza.

Zbog sličnosti pravnoga uređenja te razmatranog pitanja, a posebice daljnje izlaganja u nastavku rada, potrebno je izložiti predmet *Dragojević v. Hrvatska*,²⁸ u kojemu se kao sporno pojavilo pitanje korištenja kao dokaza snimki telefonskih razgovora koje su pribavljene temeljem naloga istražnog suca kojim je naložena mjera nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora, ali bez dostatnog obrazloženja istražnog suca o ispunjenju uvjeta za primjenu te mjere nadzora (*Ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama...*). ESLJP utvrđuje da je zbog korištenja takva dokaza u kaznenom postupku došlo do povrede prava na privatnost iz čl. 8. Konvencije (toč. 102. Odluke) jer je primjenom posebnih istražnih radnji prisluškivanja telefona i tajnim nadzorom došlo do miješanja u pravo podnositelja zahtjeva na poštivanje privatnog života, a mjerodavno pravo nije dovoljno jasno reguliralo diskreciju nadležnih tijela prilikom određivanja primjene mjere nadzora. Međutim ESLJP ne nalazi da je došlo i do povrede prava na pravičan postupak iz čl. 6. Konvencije. Drugim riječima, korištenjem nezakonito pribavljenih dokaza može doći do povrede konvencijskih prava, primjerice prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, međutim u tom će slučaju ESLJP utvrditi povredu članka 8. Konvencije, ali ne automatizmom i povredu članka 6., koji jamči pravo na pravično suđenje. Razlog je to što ESLJP kod ocjene je li suđenje bilo pravično uzima u obzir znatno više kriterija nego što je to slučaj kod ostalih prava propisanih Konvencijom. To dovodi do jedne zanimljive situacije, a to je da ESLJP u okviru davanja svoje ocjene pravičnog suđenja može čak i utvrditi da je određeni dokaz bio nezakonit pre-

²⁸ *Dragojević v. Hrvatska*, zahtjev br. 68955/11 iz 2015.

ma propisima nacionalnog zakonodavstva, ali da je pravičnost suđenja ipak zadržana zbog ispunjenja ostalih kriterija, pri čemu sud cijeni čak i pouzdanost i vjerodostojnost takva jednoga nezakonitog dokaza.

Zaista je od prevalentnog značaja napomenuti tu supstancu rezoniranja ESLJP-a, koja se često gubi iz vida kod razmatranja instituta zakonitosti dokaza. Drugim riječima, je li neki dokaz zakonit ili ne, sukladno važećem domaćem zakonodavnom uređenju, spada unutar široke diskrecije domaće sudbene vlasti, koja jedina može voditi računa o specifičnosti pravnoga uređenja i pravne tradicije u toj državi članici, kreirane sudske prakse i njihova tumačenja zakona. Međutim ta ocjena je li neki dokaz zakonit ili ne nipošto ne znači da ESLJP ne može naći da je korištenje i takva dokaza koji je zakonit po domaćem mjerodavnom pravu dovelo do povrede nekoga od ljudskih prava i sloboda proklamiranih Konvencijom. Upravo ta interpretativna dimenzija upućuje na svu složenost i suptilnost instituta nezakonitih dokaza, njegov znatno širi zamah djelovanja, koji se ne ograničava samo na aspekte kaznenoprocenog prava nego i na ustavnopravne aspekte temeljnih ljudskih prava proklamiranih Konvencijom.

Bitno je napomenuti da ESLJP po prvi put u predmetu *Jalloh v. Njemačka*²⁹ ipak uvodi konvencijsko ekskluzijsko pravilo, odnosno apsolutnu zabranu upotrebe dokaza pribavljenih zabranom prava na mučenje iz čl. 3. Konvencije,³⁰ pri čemu kod povreda ostalih zabrana čl. 3. EKLJP-a koje ne predstavljaju mučenje, nego su povrede "nižeg intenziteta", ESLJP uvijek ocjenjuje je li uporaba takva dokaza u nacionalnom postupku (*admission of evidence*) ujedno povrijedila i načelo pravičnog postupka iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a.³¹ Prema tomu uporaba dokaza pribavljenih zabranom mučenja čini kazneni postupak u cijelosti i bez iznimke nepravičnim, dok u ostalim slučajevima povreda relevantnog konvencijskog prava podliježe „vaganju“ ESLJP-a, i to interesa osobe na zakonito pribavljene dokaze s javnim interesom za efikasan kazneni progon. Sud navodi da su u članku 3. Konvencije ugrađene neke od najfundamentalnijih vrijednosti demokratskih društava i da čak i u najtežim okolnostima, kao što je borba

²⁹ ESLJP u predmetu *Jalloh v. Njemačka* ističe da, iako Sud u ovom predmetu nije utvrdio da je podnositelj zahtjeva bio podvrgnut mučenju, prema mišljenju Suda dokazi koji su dobiveni kao rezultat nasilja ili brutalnosti ili drugih metoda koje se mogu okarakterizirati kao mučenje nikada ne bi trebali služiti kao dokaz krivnje, bez obzira na svoju dokaznu vrijednost (toč. 105. Odluke).

³⁰ Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008, str. 979.

³¹ Tako Krapac navodi da mučenje, kao zločin *juris gentium*, samo po sebi cjelokupnoj pravosudnoj djelatnosti uvijek oduzima legitimnost. Krapac, Davor, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, 2010, str. 1216.

protiv terorizma i organiziranog kriminala, Konvencija zabranjuje mučenje, nečovječno i ponižavajuće postupanje.

4. ZAKONITOST DOKAZA U BIH

Što se tiče statusa ovoga instituta nezakonitih dokaza u kaznenom procesnom pravu koje se primjenjivalo na prostoru Bosne i Hercegovine, on nije bio izrijeком propisan sve do donošenja Zakona o kaznenom postupku iz 2003. godine. Međutim to nipošto ne znači da su ranije važećim zakonima o kaznenom postupku bile u potpunosti nepoznate osnovne konture procesnih pravila dokazivanja, a samim time i različitih oblika dokaznih defektnosti do kojih se dolazilo u prikupljanju dokazne građe.³² Naime proceduralnu regulaciju postupanja s dokazima koji su prikupljeni uz povrede propisane procesne forme sadržavalo je i bivše jugoslavensko pravo nakon 1967. godine, premda ono nije bilo podignuto na razinu procesnog načela niti je uopće prikladno govoriti o institutu zakonitosti dokaza u strogom smislu riječi, budući da je za taj period puno prikladniji termin „nevaljanih“ dokaza, odnosno dokaznih zabrana. Iako su se te procesne zabrane ograničavale tek u ocjeni same vjerodostojnosti dokaza koji su prikupljeni uz određene povrede procesnih pravila propisanih za prikupljanje dokazne građe, taj raniji sustav procesnih povreda bio je osamljeni relikv ranijih procesnih zabrana, zapravo preludij jednom logičnom procesnom razvitku prema sustavu nezakonitih dokaza.

Ranije važeći ZKP SFRJ-a³³ nije predviđao jednu općenitu odredbu koja bi u širem kontekstu regulirala postupanje s različitim povredama propisane procedure prikupljanja dokaza. Nasuprot tomu legislativni arhitekti ZKP-a SFRJ-a u sferi dokaznih defektnosti fokusirali su se na reguliranje različitih oblika procesnih zabrana, koje su bile izričito propisane. Te su zabrane normativno pretočene kroz zakonski koncept „zabrane utemeljenja presude“ (na zakonom određenim slučajevima procesnih povreda) te su pod određenim uvjetima mogle predstavljati apsolutnu bitnu povredu odredaba kaznenog po-

³² Tako Karas navodi da Zakon o krivičnom postupku iz 1953. godine, pa ni onaj iz 1967. godine, koji su važili u prethodnom pravnom sustavu, nisu predviđali nikakve posebne posljedice za uporabu dokaza koji su prikupljeni procesnim povredama, već je utjecaj bio moguć kroz ocjenu vjerodostojnosti dokaza. Vidi: Karas, Željko; Jukić, Miroslav, Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 16, broj 2/2009, str. 606.

³³ Zakon o krivičnom postupku donesen je 24. 12. 1976., objavljen je u „Službenom listu SFRJ“ br. 4/77, a stupio je na snagu 1. 7. 1977., s brojnim izmjenama i dopunama (Službeni list SFRJ, br. 36/77, 60/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90). Vuković, Špiro, Zakon o krivičnom postupku sa objašnjenjima i sudskom praksom, Savremena administracija, Beograd, 1985, str. 3.

stupka.³⁴ Te su se dokazne zabrane ograničavale na zabrane iznuđivanja iskaza od okrivljenika,³⁵ određene propuste prilikom saslušanja svjedoka³⁶ i određivanja vještaka,³⁷ manjkavosti do kojih je došlo uslijed povrede okrivljenikova procesnog prava na branitelja³⁸ te propusta upoznavanja svjedoka ili vještaka s pravima i dužnostima u postupku.³⁹

Takvo novo i revolucionarno uređenje bilo je usklađeno s međunarodnim obvezama SFRJ-a u vezi s člankom 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (koji je SFRJ ratificirao 30. siječnja 1971. godine), ustavnim garancijama poštovanja ljudskog dostojanstva u kaznenom postupku u slučaju lišenja slobode te zabranama nezakonite prinude i kažnjivošću iznuđivanja priznanja i izjava. Postupanje suprotno tome načelu imalo je za posljedicu da se na iskazu okrivljenika nije mogla temeljiti bilo koja odluka, a ne samo presuda, a sam zapisnik o iskazu okrivljenika dobiven uz upotrebu sile, prijetnje i drugih nedopuštenih sredstava morao se izdvojiti iz predmeta.⁴⁰ Bitno je napomenuti da navedene procesne zabrane nisu bile apsolutnoga karaktera, a budući da su se isti zapisnici mogli pročitati na izričit zahtjev okrivljenika (članak 84. stavak 1. ZKP-a), dakle samo ako on ima interes da se to učini, ali se osuđujuća presuda nije mogla temeljiti isključivo na tim iskazima. Ako bi sud presudu utemeljio na takvu dokazu, počinio bi bitnu povredu odredaba kaznenoga postupka i time stvorio razlog za ukidanje presude i vraćanje predmeta na ponovno suđenje. Iako je normativno uređenje dokaznih zabrana u bivšem društveno-političkom sustavu ostalo tek fragmentarni i osamljeni relikv ranih pokušaja uređenja toga instituta kaznenog procesnoga prava, on ipak predstavlja povijesno ishodište od kojega treba ozbiljnije razmatrati materiju zakonitosti dokaza.

I onda, pod krinkom tobožnje efikasnije borbe protiv korupcije i organiziranog kriminaliteta te pod snažnim utjecajem međunarodne zajednice, u Bosni i Hercegovini 2003. godine dolazi do snažne zakonodavne akcije na području kaznenog prava (kako materijalnog tako i procesnog) na svim razinama vlasti.⁴¹ Kao glavni ciljevi reforme, barem s aspekta kaznenog procesnog prava,

³⁴ Čl. 364. st. 1. toč. 8. ZKP-a SFRJ-a: ako se presuda zasniva na dokazu na kojem se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda.

³⁵ Čl. 10. st. 2. ZKP-a SFRJ-a.

³⁶ Čl. 228. ZKP-a SFRJ-a.

³⁷ Čl. 244. st. 1. ZKP-a SFRJ-a.

³⁸ Čl. 218. st. 10. ZKP-a SFRJ-a.

³⁹ Čl. 333. st. 3. ZKP-a SFRJ-a.

⁴⁰ Čl. 83. st. 1. ZKP-a SFRJ-a.

⁴¹ Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BiH), Zakon o kaznenom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP FBiH), Zakon o kaznenom postupku Republike Srpske (u daljnjem tekstu: ZKP RS-a), Zakon o kaznenom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BD-a).

navode se jačanje načela vladavine prava, efikasnije suzbijanje kriminaliteta, naročito korupcije i drugih oblika organiziranog kriminaliteta, jačanje i razvoj efikasnosti kaznenog postupka, zaštita međunarodnim pravom afirmiranih prava i sloboda čovjeka, otklanjanje dugotrajnosti kaznenih postupaka, rastećenje kaznenog pravosuđa pojednostavnjenjem procesnih oblika i instituta te harmonizacije u okviru nacionalnog pravnog sustava.⁴²

Koncept kaznenog postupka doživljava tektonske promjene (pojačanje procesne uloge tužitelja, jačanje kontradiktornih elemenata u postupku, limitiranje značaja načela traženja materijalne istine, izmjene konture žalbenog postupka kroz ograničenje mogućnosti ukidanja odluka itd.) u kojima se teško snalaze kako pravni teoretičari tako i praktičari.⁴³ Osim nizom anglo-američkih postupovnih ustanova (izravno i unakrsno ispitivanje, izjašnjenje o krivnji...) legislativne su promjene obilježene i podizanjem na razinu procesnog načela jednog instituta koji je do tada bio nepoznat u kontinentalnoj pravnoj tradiciji kaznenog procesnog prava na našim područjima, jer je u Glavi I – Temeljne odredbe u čl. 10. reguliran institut „Zakonitosti dokaza“. Proklamiranje toga instituta predstavlja možda najplastičiji primjer nepresušnih nastojanja ukalupljenja anglo-američkih procesnih dogmi u kontinentalnu pravnu svijest, jer zaista nema smisla poricati da odredba o zakonitosti dokaza predstavlja legislativni/normativni produkt koji je rezultat jedne šire pojave svojevrstne asimilacije/presađivanja anglo-američkih procesnih ideja⁴⁴ te se na taj način zakonodavni arhitekti u BiH, u potpunosti neupoznati sa svim suptilnostima instituta nezakonitih dokaza, zaustavljaju na reguliranju jedne općenite odredbe prepustivši sve detalje i sporna pitanja sudskoj praksi.

Da bi se uopće pristupilo raspravljanju materije jednog pravnog instituta u određenoj državi, potrebno je najprije upoznati se s osnovnim pravnim propisima koji reguliraju taj institut, a to je u konkretnom slučaju Zakon o kaznenom postupku. Kao što je već rečeno, problematika zakonitosti dokaza bez ikakve

⁴² Sijerčić-Čolić, Hajrija, Krivično procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini – glavni izazovi nakon reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine, *Pravo i pravda*, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1, Sarajevo, 2013, str. 60.

⁴³ Tako Bubalović navodi da je kao važan poticaj za reformske zahvate uzeto i međunarodno pravo o ljudskim pravima, posebice judikatura Europskog suda za ljudska prava (ESLJP), rezolucije Vijeća Europe te preporuke drugih međunarodnih organizacija, čiji je doprinos bio od velike koristi, ali je proizveo i neizbježno prihvaćanje pojedinih zakonskih rješenja iz potpuno različitih pravnih kultura, što se odrazilo na koherentnost i konzistentnost temeljnih kaznenih zakona, prvenstveno Zakona o kaznenom postupku BiH. Više o strukturalnim izmjenama kaznenog procesnog prava u BiH: Bubalović, Tadija, *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 6. 2008. – pozitivna rješenja i iznjevjerena očekivanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008, str. 1130.

⁴⁴ Više o prodoru anglo-američkih procesnih ideja u kontinentalne pravne poretke vidi: Damaška, Mirjan, *Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17, broj 2/2010, str. 822.

sumnje spada u jedno od najkompleksnijih pitanja kaznene procesne dogmatike. Srećom, legislativnih razlika između važećih navedenih procesnih zakona u BiH na području materije nezakonitih dokaza nema jer je tekst zakonske odredbe koji regulira zakonitost dokaza kod sva četiri ZKP-a⁴⁵ identičan, tako da nema posebnog otklona od glavnog smjera izlaganja.

Tako stavak 1. propisuje općenitu zabranu iznuđivanja priznanja ili kakve druge izjave od osumnjičenika, optuženika ili od bilo koje druge osobe koja sudjeluje u postupku, što predstavlja svojevrsni procesni kontinuitet s ranijom procesnom zabranom iz čl. 10. ZKP-a SFRJ-a. Stavak 2. istoga članka donosi supstancijalnu definiciju instituta nezakonitih dokaza jer ona propisuje da „*Sud ne može temeljiti svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovoga Zakona*“.⁴⁶ Stavak 3. istoga članka donosi definiciju podvrste nezakonitih dokaza popularno nazvanih „plodovima otrovne voćke“ (prema već ustaljenoj praksi preuzimanja anglo-američkih tradicijskih elemenata), koja propisuje: „*Sud ne može temeljiti svoju odluku na dokazima koji su dobiveni na temelju dokaza iz stavka 2. ovog članka*“.⁴⁷

U teoriji se koriste različiti načini kategorizacije sustava nezakonitih dokaza.⁴⁸ Tako *Simović*⁴⁹ ističe da su nezakoniti dokazi iz čl. 10. st. 2. ZKP-a ustvari „*primarni nezakoniti dokazi*“, dok su oni iz čl. 10. st. 3. ZKP-a „*sekundarno*

⁴⁵ Načelo zakonitosti dokaza regulirano je u ZKP-u BiH, ZKP-u RS-a i ZKP-u BD-a člankom 10., dok je samo u ZKP-u FBiH regulirano člankom 11., pri čemu je jezično tekst toga članka kod sva četiri procesna zakona identičan, tako da se za potrebe rada navodi da članak 10. ZKP-a regulira institut zakonitosti dokaza, radi izbjegavanja nepotrebnog ponavljanja.

⁴⁶ *Ikanović* navodi da takvom definicijom nije određen krug zakonitih dokaza, već se pojam nezakonitog dokaza široko i neprecizno definira negativnim određivanjem, na način da je nezakoniti dokaz onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava ne smije koristiti za donošenje presude u krivičnom postupku. *Ikanović, Veljko, Naredba za pretresanje na osnovu usmenog zahtjeva i zakonitost dokaza, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, godina 4, br. 4, Banja Luka, srpanj 2014., str. 119.*

⁴⁷ Više o toj kategoriji nezakonitih dokaza: *Obradović, Bojan, Župan, Ivan, „Plodovi otrovne voćke“ u hrvatskom i poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 18, broj 1/2011.*

⁴⁸ Tako *Carić* nezakonite dokaze dijeli u četiri kategorije: 1. dokazi pribavljeni mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem koji predstavljaju apsolutnu dokaznu zabranu u potpunosti nederogabilnu; 2. dokazi pribavljeni kršenjem procesnih pravila ZKP-a koji su izričito propisani Zakonom (*ex lege*); 3. dokazne zabrane zbog kršenja temeljnih prava zajamčenih međunarodnim pravom, Ustavom i zakonom, ali koje nemaju apsolutni karakter, već je ocjena njihove zakonitosti prepuštena sudovima; 4. dokazi izvedeni iz nezakonitih dokaza. *Carić, Marina, Novosti u sustavu nezakonitih dokaza s osobitim osvrtom na čl. 10. st. 3. i 4. ZKP/08, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17, broj 2/2010, str. 849-853.*

⁴⁹ *Simović, Miodrag, Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, Banja Luka, 2005, str. 35.*

izvedeni nezakoniti dokazi“, pri čemu se ne daje odgovor kojoj kategoriji pripadaju oni iz čl. 10. st. 1. ZKP-a, kao niti postoji li unutar primarnih nezakonitih dokaza jedna kategorija nezakonitih dokaza ili dvije. Naravno da su razlike u kategorizaciji nezakonitih dokaza uvjetovane i različitošću pravnih sustava unutar kojih se te podjele rade. Nakon razmatranja zakonske formulacije teksta članka 10. ZKP-a za potrebe ovoga rada čini se prikladnim nezakonite dokaze iz čl. 10. st. 1. i 2. ZKP-a nazivati primarnima,⁵⁰ a one iz čl. 10. st. 3. ZKP-a sekundarnim nezakonitim dokazima. Ipak, predmet razmatranja ovoga rada predstavljaju primarni nezakoniti dokazi, odnosno oni navedeni u čl. 10. st. 2. ZKP-a.

Iako je često citirana, toj odredbi iz stavka 2. manjka detaljna i supstancijska analiza s aspekta sintakse, odnosno rečeničnog ustroja. Danas je praktično nemoguće za potrebe pravne teorije skrojiti jednu općevažecu definiciju instituta nezakonitih dokaza kad se imaju u vidu posebnosti različitih pravnih sustava, budući da ta definicija varira od jednog pravnog sustava do drugog. Bosanskohercegovačka pravna teorija (a na određeni način i sudska praksa) ne pravi striktnu doktrinarnu razliku između dviju potkategorija nezakonitih dokaza iz čl. 10. st. 2. ZKP-a, nego ih ukalupljuje u jednoznačnu i jedinstvenu definiciju na način da su nezakoniti oni dokazi kod kojih su kumulativno ispunjena oba uvjeta iz čl. 10. st. 2. ZKP-a.⁵¹ Tako simplificirana definicija toga instituta čini se poprilično obmanjujućom kad se ima u vidu da se do nje dolazi ignoriranjem svih profinjenih pravila semantičke analize teksta čl. 10. st. 2. ZKP-a sa sintaktičko-semantičkog aspekta.

⁵⁰ Naime zabrana iznuđivanja priznanja ili kakve druge izjave od osumnjičenika, optuženika ili od bilo koje druge osobe koja sudjeluje u postupku koja je propisana stavkom 1. iz čl. 10. ZKP-a i ne predstavlja ništa drugo doli dosljedno utjelovljenje članka 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Dakle dokaz pribavljen suprotno citiranoj zabrani iz čl. 10. st. 1. ZKP-a upravo bi i bio onaj dokaz koji je *pribavljen povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala...*, tako da je konceptualno navedenu zabranu vrlo primjereno razmatrati zajednički kao primarnu vrstu nezakonitih dokaza.

⁵¹ Definiranje nezakonitog dokaza na način da je to „onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme, koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava, ne smije koristiti za donošenje presude u kaznenom postupku“, može se pronaći kod više autora. Tako tu definiciju navodi Simović, Miodrag; Simović, Vladimir, *Zabranu upotrebe nezakonitih dokaza u krivičnom postupku, Zakonitost dokaza, Pravo i pravda*, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1, Sarajevo 2013, str. 125; zatim Ikanović, Veljko, op. cit. (bilj. 46), str. 119; Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, op. cit. (bilj. 30), str. 974; zatim Mešanović, Merima, *Institut nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u BiH sa osvrtom na uporedno pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru br. XXVI, 2018, str. 61. I Komentar ZKP-a u BiH navodi da svaki od zakonom zabranjenih načina pribavljanja dokaza predstavlja povredu osnovnih prava i sloboda čovjeka, odnosno povredu odredaba kaznenog postupka. Vidi: Sijerčić-Čolić, Hajrija; Hadžiomerađić, Malik; Jurčević, Marinko; Kaurinović, Damjan; Simović, Miodrag; *Komentari Zakona o Krivičnom/Kaznenom postupku u BiH*, Zajednički projekat Vijeća Europe i Europske komisije, Sarajevo, 2005, str. 66.

Naime najprije je potrebno napomenuti da je citirana rečenica čl. 10. st. 2. ZKP-a nezavisnosložena rečenica nastala povezivanjem dviju ravnopravnih surečenica, a zatim je potrebno primijetiti da je ona gramatički nepravilna, jer upotreba sastavnog veznika „*niti*“ ne ide uz glagole s negacijom, tako da bi bilo gramatički pravilnije umjesto veznika „*niti*“ upotrijebiti konstrukciju „*kao ni na*“. Međutim i u situaciji takve leksičke manjkavosti sudska je praksa dužna dati tumačenje intencije zakonodavca.

U tom kontekstu definicija nezakonitih dokaza u ZKP-u formulirana je u negativnom smislu tako da do nje dolazimo inverzijom sadržaja odredbe čl. 10. st. 2. ZKP-a. Naime prirodnim čitanjem čl. 10. st. 2. ZKP-a dolazi se do zaključka da su nezakoniti dokazi prvenstveno oni koji su *pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala*. Zakonodavac položajem u rečeničnoj strukturi toj kategoriji dokaza zasigurno želi dati značaj prvenstva i njegove važnosti. Specifično korištenje sastavnog veznika *niti* na kraju ovog prvoga dijela rečenice iz čl. 10. st. 2. ZKP-a, nakon kojega zakonodavac dodaje nastavak: „*niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovoga Zakona*“, dovodi do neodoljivog zaključka da taj drugi dio rečenice predstavlja sasvim zasebnu i neovisnu kategoriju nezakonitih dokaza, koja je postavljena alternativno, a ne kumulativno s prvom kategorijom nezakonitih dokaza. Da je tomu tako govori nekoliko elemenata rečenične sintakse: tako se u prvom redu ne može zanemariti da zakonodavac ta dva dijela rečenice razdvaja zarezom prije sastavnog veznika *niti* (iako gramatički puritanizam nalaže da se ispred tih veznika ne umeće zarez), što upućuje na jednu veću razinu odvojenosti ta dva rečenična dijela, s obzirom na to da sastavni veznik „*niti*“ uvijek označava viši stupanj nijekanja nego veznik „*ni*“. Također, od prevalentnog je značaja i okolnost što ista rečenica nakon sastavnog veznika „*niti*“ ponavlja jezičnu sintagmu iz prvog dijela rečenice: „*na dokazima koji su pribavljeni*“... To neodoljivo sugerira da je zakonodavac kroz takvu rečeničnu konstrukciju imao u vidu drugi dio rečenice konstruirati kao zasebnu i neovisnu kategoriju nezakonitih dokaza, jer bi suprotno tumačenje zasigurno dovelo do jednog značajno drugačijeg jezičnog ustrojstva, npr. *Sud ne može temeljiti svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala te bitnim povredama ovoga Zakona*. Kako to nije slučaj, može se s praktičnom sigurnošću zaključiti da je bosanskohercegovački zakonodavac imao namjeru da sudska praksa kroz prirodnu interpretaciju citirane odredbe čl. 10. st. 2. ZKP-a predvidi dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, koji su sasvim samostalni i neovisni elementi: a) dokazi pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina i b) dokazi koji su pribavljeni bitnim povre-

dama ZKP-a. U skladu s inverzivnim duhom bosanskohercegovačkog zakonodavca izlaganju tih dviju kategorija pristupit će se na taj način tako da se prvo izlaže druga potkategorija.

a) Dokazi koji su pribavljeni bitnim povredama ZKP-a

Zakonodavac nije izričit oko toga koji su to dokazi koji su pribavljeni „*bitnim povredama ZKP-a*“, međutim u svjetlu ovoga razmatranja nipošto nije beznačajna opservacija da zakonodavac na nekoliko mjesta svojim normativnim izričajem jasno navodi da se na određenim dokazima ne može temeljiti sudska odluka, a njih je nekoliko: priznanje osumnjičenika koje je nepropisno pribavljeno uz uporabu sile, prijetnje, prijevare, opojnih ili drugih sredstava koja mogu utjecati na slobodu odlučivanja i izražavanja volje prilikom davanja izjave ili priznanja; ispitivanje osumnjičenika uz propuste davanja zakonom propisanih pouka osumnjičeniku; ispitivanje kao svjedoka osobe koja ne može biti svjedok ili može odbiti svjedočenje, a nije na to upozorena ili se nije izričito odrekla toga prava ili to upozorenje i odricanje nije uneseno u zapisnik; obavljanje dokaznih radnji tjelesnog pregleda, uzimanja krvi i drugih liječničkih radnji mimo zakonom propisanih pravila; poduzimanje posebnih istražnih radnji bez naloga suca za prethodni postupak ili u oprečnosti s njom; korištenje kao iskaza oštećenika koji je ispitan o svojem spolnom životu prije počinjenog kaznenog djela te vještačenje protivno propisima od strane osobe koja ne može biti ispitan kao svjedok, ili osobe koja je oslobođena od dužnosti svjedočenja, ili osobe prema kojoj je kazneno djelo počinjeno.

Dakle kad se ima u vidu takva frazeologija zakonodavca, izdvajanje tih procesnih povreda u jednu zasebnu kategoriju, zatim sam karakter i značaj tih povreda upozoravaju nas na to da se prirodnom interpretacijom teksta zakona može s praktičnom sigurnošću doći do zaključka da u tu kategoriju nezakonitih dokaza spadaju u prvom redu gore pobrojani dokazi. Nijedan drugi način prikupljanja dokaza, odnosno nijednu drugu procesnu povredu zakonodavac ne nalazi dostojnim odvojiti u zasebnu kategoriju kao gore navedene. To, naravno, ne znači da zakonodavac smatra da nijedna druga procesna povreda ne može rezultirati nezakonitošću dokaza, nego jednostavno znači da zakonodavac prepušta sudskoj praksi ocjenu koje su to povrede procesne forme koje zadobivaju karakter „*bitnosti*“ povrede ZKP-a u kontekstu nezakonitosti dokaza. Kako je ta ocjena „*bitnosti*“ povrede ZKP-a u kontekstu nezakonitosti dokaza prepuštena sudskoj praksi, ona se i razmatra u nastavku rada u sklopu izlaganja sudske prakse u BiH.

Nemoguće je ne primijetiti da se zakonodavac prilikom definicije te potkategorije nezakonitih dokaza koristi poprilično nezgrapnom sintagmom „*bitnih povreda ZKP-a*“ (*ovoga Zakona*). Tu je jezičnu konstrukciju kako pravna teorija tako i sudska praksa u pokušajima definiranja povezivala s bitnim po-

vredama kaznenog postupka kao žalbenog temelja.⁵² Međutim, razmatrajući pridjev „bitne“ u rečenici u čl. 10. st. 2. ZKP-a, do njegova ispravnog značenja ne može se doći bez kontekstne semantičke analize kao jednog od metodoloških temelja uspješne analize značenja riječi.

U tom kontekstu ne treba gubiti iz vida da „bitna povreda odredaba kaznenog postupka“, kao jedan od žalbenih temelja, obuhvaća različite vrste proceduralnih povreda, koje su u slučaju apsolutno bitnih taksativno pobrojane, a u slučaju relativno bitnih omeđene jednom općenitom sintagmom koja može obuhvatiti bilo koju povredu ZKP-a ako je ona „bila ili je mogla biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude“. Jedna od apsolutno bitnih povreda kaznenog postupka jest i slučaj kada se „presuda temelji na dokazu na kojemu se po odredbama ovog zakona ne može temeljiti presuda“.⁵³ Dakle donošenje presude koja se temeljila na nezakonitom dokazu već je apsolutno bitna povreda kaznenog postupka, koja je razlog za ukidanje presude i vraćanje na ponovni postupak.

Ovaj tek sumarni prikaz žalbenog temelja „bitne povrede odredaba kaznenog postupka“ bio je nužan radi identificiranja polja značenja riječi „bitnim“ (povredama ovoga Zakona) iz drugog dijela rečenice čl. 10. st. 2. ZKP-a. Imajući u vidu da „bitne povrede odredaba kaznenog postupka“ kao žalbeni temelj reguliraju pitanje preispitivanja sudskih odluka (među ostalim i zbog njihova temeljenja na nezakonitim dokazima), dok čl. 10. st. 2. ZKP-a regulira upravo što su nezakoniti dokazi, bilo bi krajnje opskurno dovoditi u bilo kakvu vezu zakonsku sintagmu „bitnim“ (povredama ovoga Zakona) iz čl. 10. st. 2. ZKP-a sa žalbenim temeljima. Na prvi pogled sasvim jednostavna i samorazumljiva odredba malo detaljnijim ispitivanjem dovodi do zaključka da se odlikuje izrazitom unutarnjom povezanošću, ali i interakcijom svojih odredaba te upućujućim karakterom na ostale odredbe ZKP-a, prvenstveno one koje se odnose na Glavu ZKP-a – „Dokazna sredstva“. Nit vodilja zakonodavnih arhitekata bila je jednom gipkom normativnom formulacijom omogućiti sudskoj

⁵² Tako *Ikanović* navodi da je posebno kontroverzno propisivanje u okviru nezakonitih dokaza da se presuda ne može zasnivati na bitnim povredama procesnog zakona. U prilog toj tezi navodi da toj odredbi ovdje nije mjesto ako joj je smisao da se presuda ne može zasnivati na svim bitnim povredama, jer se presuda ni ranije nije mogla zasnovati na apsolutno bitnim povredama odredaba kaznenog postupka, a to je i sada zakonom propisano kao žalbena osnova u čl. 311. st. 1. toč. a) do k) ZKP-a RS-a. Od svih nabrojanih bitnih povreda na nezakonitost dokaza odnosi se samo točka z) navedenog člana (ako „se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda“), dok se druge povrede ne odnose na nezakonite dokaze. Drugo, ako se htjelo isključiti nezakonite dokaze, onda je trebalo reći ne nezakonitim dokazima pribavljenim bitnim povredama. *Ikanović, Veljko, op. cit. (bilj. 46), str. 119.*

⁵³ Čl. 297. st. 1. toč. i) ZKP-a FBiH, čl. 312. st. 1. toč. i) ZKP-a FBiH, čl. 311. ZKP-a RS-a i čl. 297. st. 1. toč. i) ZKP-a BD-a.

praksi kreativnu djelatnost tumačenja, uz ostvarenje širih ciljeva, a to su sprječavanje postupaka tijela javne vlasti kojima se krše temeljna prava osumnjičenika/optuženika, ali i onemogućavanje stvarnoga utjecaja nezakonitih dokaza na raspravne suce.

Naime pitanje karaktera i značenja riječi „*bitnosti*“ iz čl. 10. st. 2. ZKP-a sasvim je bjelodano kompleksno i interpretativno i faktografski te je prilikom njezine interpretacije potrebno voditi računa o pravilima semantičke kontekstualne analize. Vrlo je indikativno da sama dikcija čl. 10. st. 2. ZKP-a, kako je već prije navedeno, nomotehnički dva puta ponavlja izričaj „*na dokazima koji su pribavljeni*“, što upućuje i na usmjerenost riječi „*bitnosti*“. Drugim riječima, ta činjenica neodoljivo upućuje na to da se bitnost povreda iz čl. 10. st. 2. ZKP-a prvenstveno odnosi na zakonska pravila o prikupljanju dokaza iz Glave ZKP-a – „*Dokazna sredstva*“ te se u tom kontekstu i ima promatrati, a nipošto u vezi sa žalbenim temeljima, koji se rukovode sasvim drugačijim pravilima i specifičnostima. Dakle riječ „*bitnosti*“ iz čl. 10. st. 2. ZKP-a nedvojbeno je i interpretativno polivalentna, jer svojom složenošću rukovodi svim dokaznim sredstvima (privremeno oduzimanje predmeta, pretraga, ispitivanje osumnjičenika i svjedoka itd.). Jezični izričaj „*bitnim*“ (povredama ovoga Zakona) iz čl. 10. st. 2. ZKP-a poprilično je obmanjujući te bi *de lege ferenda* trebalo ozbiljno razmotriti njegovu zamjenu nekim interpretativno prihvatljivijim i jasnijim izričajem zakonske norme, primjerice „*značajnijim*“ ili „*težim*“ (povredama dokaznih pravila).

b) Dokazi pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina

Ovdje je riječ o jednoj od dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, koji su sasvim samostalan i neovisan element o ranijoj kategoriji – dokaza koji su pribavljeni bitnim povredama ZKP-a. Najprije se postavlja pitanje zbog čega je ta distinkcija važna s teoretskog i praktičnog aspekta. Drugim riječima, nije li svaki dokaz koji je pribavljen uz „povredu ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina“ (u daljnjem tekstu: ustavnih i konvencijskih prava i sloboda) obligatorno sam po sebi i dokaz koji je pribavljen bitnim povredama ZKP-a. Upravo je praksa pokazala da to nužno ne mora biti slučaj, jer je sasvim moguće da je određeni dokaz pribavljen u potpunosti uz poštivanje svih odredaba ZKP-a o prikupljanju dokaza, ali da on istodobno unatoč tome predstavlja povredu ustavnih i konvencijskih prava i sloboda. Primjerice u predmetu *Dragojević* redovni su sudovi jedne nacionalne države (u konkretnom slučaju Županijski sud u Dubrovniku i Vrhovni sud RH) odbili sve prigovore na zakonitost prikupljanja dokaza koji su bili istaknuti od strane obrane, odno-

sno našli su da je prikupljeni dokaz zakonit, ali unatoč tome ESLJP utvrđuje povredu čl. 8. Konvencije jer je primjenom posebnih dokaznih radnji prisluškivanja telefona i tajnim nadzorom došlo do miješanja u njegovo pravo na poštivanje privatnog života. Iako je riječ o predmetu koji se ne odnosi na Bosnu i Hercegovinu, nego na Republiku Hrvatsku, svi popratni efekti te odluke mogu se preslikati i na Bosnu i Hercegovinu, jer je legislativno uređenje gotovo identično s aspekta posebnih istražnih radnji te su i u BiH do donošenja te odluke bili česti slučajevi odobravanja posebnih istražnih (dokaznih) radnji bez posebno obrazloženih naloga.

Dakle zavodljivo bi bilo lako zaključiti da se između ta dva elementa nezakonitih dokaza može staviti znak jednakosti, pa dosadašnja kako sudska praksa tako i pravna teorija to povremeno i čine,⁵⁴ no može se primijetiti da manjka ozbiljna analiza divergencijskih faktora ta dva očigledno samostalna i odvojena elementa nezakonitih dokaza. Zaključak da je riječ o dva odvojena elementa ima i jednu sasvim praktičnu reperkusiju, koja se kristalno jasno oslikava na predmetu *Dragojević*, gdje imamo zaključak redovnih sudova da je riječ o zakonitom dokazu, zatim zaključak ESLJP-a koji ne osporava da je riječ o zakonitom dokazu (jer to i nije u njegovoj domeni rješavanja, nego u domeni nacionalnih sudova, što taj sud u svojim odlukama uporno ponavlja), ali istodobno utvrđuje da je došlo do povrede prava na zaštitu privatnosti iz čl. 8. Konvencije, ali ne i povrede prava na pravično suđenje iz čl. 6. Konvencije. Ukratko, praktična reperkusija zaključka da je riječ o dva odvojena elementa nezakonitih dokaza jest upravo u tome da, iako određeni dokaz može biti pribavljen uz poštivanje odredaba ZKP-a, ako on predstavlja u svojoj suštini povredu ustavnih i konvencijskih prava (kao što je u konkretnom slučaju bila povreda prava na zaštitu privatnosti iz čl. 8. Konvencije), taj će dokaz biti nezakonit. Suprotno, u situaciji vladajuće interpretativne paradigme koja je prije već izložena, da su nezakoniti dokazi samo oni koji istodobno predstavljaju bitnu povredu odredaba ZKP-a i povredu ustavnih i konvencijskih prava, konzekvenca tog konkretno razmatranog dokaza u obliku manjkavosti naloga za provođenje posebnih istražnih radnji ne bi rezultirala nezakonitošću dokaza, jer kod njega nema ispunjenosti kumulativnog faktora.

Zaista su ozbiljne rezerve oko vladajućeg kumulativnog tumačenja jer ono ne samo što ne odgovara iznesenoj jezičnoj konstrukciji norme i njezinoj frazeologiji nego ne odgovara ni samom zdravorazumskom zaključivanju. Također, takvo tumačenje predstavlja pretjeranu neelastičnost, koja rezultira ozbiljnim procesnim anomalijama. Naime inzistiranje na kumulativnosti nezakoniti bi bili samo oni dokazi koji su pribavljeni i uz bitnu povredu odredaba ZKP-a i uz povredu ustavnih i konvencijskih prava, iako mnoštvo procesnih povreda u

⁵⁴ Vidi bilj. 51.

postupku prikupljanja dokaznog materijala samo po sebi ne mora nužno predstavljati i povredu nekog od ustavnih i konvencijskih prava.

U konačnici, odredba koja regulira materiju nezakonitih dokaza u bosanskohercegovačkom kaznenom procesnom pravu, a kako je već u prethodnom dijelu teksta izloženo, na prvi je pogled sasvim jednostavna i samorazumljiva. Međutim malo detaljnijim ispitivanjem i analizom dolazi se do zaključka da se ta odredba svojim upućujućim karakterom na čitav spektar zakonskih odredbi koje se tiču prikupljanja dokaza odlikuje izrazitom unutarnjom povezanošću i interakcijom. Citirana odredba ZKP-a, koja regulira institut zakonitosti dokaza, u praksi dovodi do brojnih neusklađenih pravnih mišljenja i tumačenja pojedinih procesnih povreda te je u konačnici praksa sudova u BiH prepuštena sama sebi i kreće se od slučaja do slučaja, upravo iz razloga što su bosanskohercegovački suci često prepušteni vlastitoj intuiciji u primjeni toga iznimno kompliciranog instituta. Naime pored tradicionalnih povreda koje rezultiraju nezakonitošću dokaza (pretraga bez naloga, ispitivanje okrivljenika bez branitelja u slučajevima obvezne obrane, privremeno oduzimanje predmeta bez sudskog naloga itd.) suvremena sudska praksa suočava se s čitavom lepezom procesnih situacija u kojima u obzir može doći primjena instituta nezakonitih dokaza. Široka margina nejasnoća kao posljedica normativne nedorečenosti zakonske definicije pojma nezakonitosti dokaza, a s tim u vezi i neustaljene sudske prakse, dovodi do jednoga stranačkog rituala (pretežno obrane) učestalih prigovora na zakonitost dokaza, što pak dovodi do sporova/zapleta, pa čak i ukidajućih odluka po pravnim lijekovima.

Potpuna i cjelovita obrada instituta zakonitosti dokaza u BiH zahtijevala bi detaljnu raščlambu svih pojedinačnih zakonskih odredbi ZKP-a koje se odnose na prikupljanje dokazne građe, i to kroz analizu hipotetičke situacije povrede svake zasebne od tih odredbi i davanja odgovora na pitanje predstavlja li ona nezakonit dokaz ili ne. Dati potpun odgovor na to pitanje zahtijevalo bi znatno opsežniji referat i razradbu od onih koje dopušta prostor ovoga rada, zbog čega se ipak treba zadržati na određenim najvažnijim i najčešćim pitanjima (ne)zakonitosti dokaza koji se pojavljuju u sudskoj praksi.

Najprije je potrebno napomenuti da je i inače stajalište sudske prakse u BiH da se povreda bilo koje zakonom propisane forme prikupljanja ili izvođenja dokaza ne može smatrati razlogom da se takav defektno prikupljeni ili izvedeni dokaz odmah proglasi nezakonitim. To nije cilj ni svrha odredbe članka 10. ZKP-a, ali takvo tumačenje ne odgovara ni samom leksičkom sadržaju te odredbe jer ona kvalificira nezakonitim samo one dokaze koji su pribavljeni „*bitnim povredama ovoga zakona*“ te samim time ne obuhvaća povrede koje su manje značajne. Dakle samo oni dokazi koji su pribavljeni uz bitne, značajne povrede procesnih odredbi ZKP-a o prikupljanju dokaznog materijala imaju se smatrati nezakonitim dokazima u smislu citirane odredbe. Ocjenu

bitnosti povrede daje sud, a to su u svakom slučaju procesne povrede za koje ZKP FBiH izrijekom propisuje da ne mogu biti temelj odluke, dok je u drugim slučajevima bitnost povrede razumljiva sama po sebi.⁵⁵

Tako i sam Vrhovni sud FBiH u mnoštvu svojih odluka⁵⁶ ponavlja da, ukoliko je riječ o povredi procesne forme prikupljanja dokaza za koju ta posljedica nije propisana, sud u takvu slučaju cijeni cilj te odredbe te utjecaj koji je njezino kršenje imalo na osnovna prava i slobode sudionika kaznenog postupka i temeljna načela kaznenog postupka. Dalje, Vrhovni sud FBiH naglašava da se zaključak o nezakonitosti određenog dokaza ne može zasnivati isključivo na činjenici da je prilikom njegova pribavljanja povrijeđena neka odredba procesnog zakona (osim ukoliko to nije izričito propisano), nego se u tim situacijama mora cijeliti smisao i cilj odredbe (koja nije primijenjena ili je prekršena), značaj propusta da se postupi u skladu s njom za osnovna prava i slobode (optuženog ili svjedoka), kao i značaj tog propusta u odnosu na osnovna načela kaznenog postupka, pa se tek tada može izvesti zaključak o zakonitosti ili nezakonitosti određenog dokaza.

Naravno, potrebno je i da sudska odluka sadrži prikaz te ocjene, odnosno konkretne razloge zbog kojih sud smatra da je povreda određene zakonske odredbe pri pribavljanju ili izvođenju određenog dokaza rezultirala nezakonitošću dokaza u smislu članka 10. stavka 2. ZKP-a. Drugim riječima, potrebno je određeno navesti koju povredu osnovnih ljudskih prava i zbog čega predstavlja kršenje određene zakonske odredbe pri poduzimanju pojedinih radnji dokazivanja, odnosno zašto sud smatra da je određeni dokaz pribavljen bitnim, odnosno suštinskim povredama odredaba ZKP-a FBiH, uslijed čega se na tako pribavljenom dokazu ne može temeljiti sudska odluka. Riječ je o jednom zaista vrhunskom objašnjenju i razradbi instituta zakonitosti dokaza, koji ima ne samo praktičan nego i teorijski karakter. Vrhovni sud FBiH takvom interpretativnom tehnikom daje nižim sudovima jasne smjernice na koji način vršiti ocjenu (ne)zakonitosti dokaza istodobno implementirajući jasna, konkretna i praktično primjenjiva doktrinarna pravila, koja će omogućiti interpretaciju nezakonitih dokaza u svakom slučaju.

Ako se imaju u vidu najprije izložena stajališta Vrhovnog suda SAD-a te Europskog suda za ljudska prava te ako se ona dovedu u vezu prilikom razmatranja gore izložene zakonske regulative instituta zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom kaznenom procesnom pravu, onda gotovo neodoljivo sugerira element interpretativne tehnike Vrhovnog suda SAD-a, koji kroz dugogodišnju tradiciju doktrinarnog razvitka instituta ekskluzije dokaza uporno

⁵⁵ Osnovni sud u Derventi br. 84 0 K 046680 16 K 2 od 19. 7. 2017., potvrđeno odlukom Okružnog suda u Doboju br. 84 0 K 046680 17 Kž 2 od 29. 11. 2017.

⁵⁶ Vrhovni sud FBiH, br. 06 0 K 005470 14 Kž od 3. 9. 2014., br. 09 0 K 026508 16 Kž od 15. 12. 2016., br. 04 0 K 007799 16 Kž od 18. 1. 2018., br. 65 0 K 197341 17 Kžž od 9. 11. 2017.

odbacuje brojne zahtjeve za podvođenje pod taj institut različitih formalnih propusta u dokaznoj proceduri te su one rezervirane za namjerne, nesmotrene ili krajnje nemarne postupke, pa čak i do te mjere da se zahtijeva „sistematska nemarnost“ u proceduri prikupljanja dokaza. To je u izravnoj suprotnosti s pojedinim primjerima koji su zabilježeni kako u sudskoj praksi sudova u BiH⁵⁷ tako i u pravnoj teoriji,⁵⁸ koji su različite slučajeve procesnih propusta koji se uistinu mogu podvesti pod čiste formalne proceduralne propuste podvodili pod nezakonite dokaze, sve s nesmotrenom rigidnošću i u potpunosti ignorirajući cilj i svrhu instituta zakonitosti dokaza.

5. KRITIČKI OSVRT NA POSTOJEĆE ZAKONODAVNO UREĐENJE I PRIJEDLOZI DE LEGE FERENDA

Kako je prethodno već izloženo, ESLJP u svojoj jurisprudenciji nije priznao pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza kao posebno konvencijsko pravo, tako da zabrana korištenja nezakonitih dokaza ne spada pod opći element pojma „pravičnog postupka“. Međutim to nipošto ne znači da načelo zakonitosti dokaza nema vrlo važnu ulogu u jačanju svijesti tijela kaznenog progona o potrebi zakonitog postupanja, odnosno pridržavanja zakonskih odredbi o prikupljanju procesne građe u kaznenom postupku, iako nisu rijetke ni kritike važećeg zakonodavnog uređenja.⁵⁹ Utvrditi u kolikoj je mjeri načelo zakonitosti dokaza ispunilo svoju svrhu zahtijevalo bi znatno veće istraživanje sudske prakse, koje nadilazi mogućnosti ovoga rada, ali bilo bi

⁵⁷ Tako je primjerice sudska praksa u BiH poprilično konzistentno nezakonitim proglašavala one dokaze koji su prikupljeni uslijed propusta provođenja radnje otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta od tužitelja (Vrhovni sud FBiH br. 58 0 K 068999 12 KŽŽ od 12. 4. 2012., br. 09 0 K 013156 12 KŽ 6 od 12. 9. 2012.) unatoč činjenici što ti privremeno oduzeti predmeti postoje u sudskom spisu. Dalje, nezakonitima su proglašavani i dokazi proizašli iz pretrage koja je odobrena usmenom naredbom suca u slučajevima gdje sudac nije ispunio svoju zakonsku obvezu da u daljnjem roku od 24 sata sačini službenu zabilješku, dakle poduzme jednu običnu formalnu radnju (Ustavni sud BiH AP 291/08 od 19. studenoga 2011., AP 3364/10 od 12. veljače 2014.), unatoč činjenici da je tijekom postupka pouzdano utvrđeno da je sudac nalog za pretragu uistinu izdao (pa čak i tamo gdje je sudac u svojstvu svjedoka to potvrdio) te da je taj nalog formalno u trenutku pretrage postojao.

⁵⁸ Tako *Zadrić* ističe da se nezakonitim dokazima moraju proglasiti i one situacije kada pronađeni predmeti prilikom pretrage nisu dostatno precizno opisani; kada je u pretrazi sudjelovala i osoba koja nije označena u sudskom nalogu za pretragu i sl. *Zadrić, Marin, Zakonitost dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1, Sarajevo, 2011, str. 206–207.*

⁵⁹ Vidi: *Bingas, Dalibor; Kalaba, Bisera – O nepovoljnim učincima primjene instituta nezakonitih dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1, Sarajevo, 2011.*

potpuno neuvjerljivo sumnjati u to da je to načelo u svojoj primjeni od njegova legislativnog ustoličenja u reformi 2003. ipak značajno doprinijelo ispunjenju određenih ciljeva provedene kaznene procesne reforme, prvenstveno u obliku jačanje načela vladavine prava i zaštite međunarodnim pravom afirmiranih prava i sloboda čovjeka.

Iz gore iznesene analize postojećeg normativnog rješenja uočavaju se nedostaci važećeg uređenja načela zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom kaznenom procesnom pravu. Zbog toga *de lege ferenda* ne bi bilo na odmet ozbiljno razmisliti i o mogućnosti zakonodavne intervencije u zakonski tekst, i to s nekoliko aspekata.

Najprije, radi jasnoće izričaja zakonske norme, *de lege ferenda* trebalo bi ozbiljno razmotriti mogućnost zamjene riječi „bitnim“ (*povredama ovoga Zakona*) iz čl. 10. st. 2. ZKP-a uvođenjem interpretativno prihvatljivijeg i jasnijeg izričaja, primjerice „značajnijim“ ili „težim“ (*povredama dokaznih pravila*). Razlog je to što jezičnu konstrukciju „bitnih povreda Zakona“ kako pravna teorija tako i sudska praksa već tradicionalno povezuje i identificira s apsolutno/relativno bitnim povredama kaznenog postupka kao žalbenog temelja.

Ne bi bilo na odmet razmotriti i mogućnost uvođenja opipljive diferencijacije prihvaćanja nezakonitih dokaza radi osude kriminalnih i za društvo opasnih osoba od njihova prava na novčanu satisfakciju, koje, usput budi rečeno, u ovom trenutku i ne postoji. Čini se sasvim logičnim i opravdanim pravno regulirati poseban postupak koji bi dao pravni temelj osobama kojima je povrijeđeno pravo na privatnost (ili koje drugo ustavom ili međunarodnim ugovorima propisano pravo) za utuženje u parničnom postupku, jer se čini krajnje licemjernim svako inzistiranje na proširenju dometa instituta zakonitosti dokaza uz pozivanje na zaštitu ljudskih prava u situaciji kada iste te osobe kojima su ta prava povrijeđena u ovom trenutku nemaju ni pravnu osnovu za ostvarenje novčane satisfakcije.

Kad se ima u vidu da je mogućnost „vaganja interesa“ u trenutačno važećem tekstu zakona značajno ograničena, jer prema svemu izloženome kategorija nezakonitih dokaza pribavljenih povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina egzistira sasvim samostalno i neovisno o drugoj kategoriji nezakonitih dokaza pribavljenih uz „bitne“ povrede ZKP-a (koja bi i omogućavala određene mogućnosti „vaganja“). Takav izričaj zakonske norme dovodi do krajnje teško održivih, pa i opskurnih procesnih rezultata, jer i ondje gdje bi sudska praksa utvrdila da je javni interes snažan te značajno premašuje povredu prava na privatnost počinitelja i gdje samim time nema „bitne“ povrede ZKP-a mora se izvesti zaključak o nezakonitosti dokaza jer je pravo na privatnost povrijeđeno i samim time je dokaz nezakonit jer ulazi u prvonavedenu kategoriju sekundarnih nezakonitih dokaza. Zbog toga bi bilo poželjno

jasno normativno diferencirati postupanje s određenim oblicima nezakonitih dokaza, primjerice uvesti obligatornost izdvajanja nezakonitih dokaza do kojih se došlo kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja, kao i na dokazima koji su pribavljeni povredama ZKP-a za koje je izričito propisano da se na njima ne može temeljiti sudska odluka. Čini se da bi bilo prikladno, zbog jasnoće zakonskog teksta i usklađivanja sudske prakse, jasno propisati obvezu izdvajanja dokaza pribavljenih takvim povredama.

Nasuprot tome bilo bi potrebno jasno legislativno razdvojiti postupanje s ostalim vrstama nezakonitih dokaza (dokazi pribavljeni uz „bitne“ povrede ZKP-a, kao i određeni blaži oblici povreda ljudskih prava i sloboda,) koji bi bili podložni „*vaganju interesa*“, odnosno uvođenja mogućnosti temeljenja sudskih odluka i na tim povredama, ali isključivo kod teških kaznenih djela, gdje je javni interes snažan i nezaobilazan. Naime kod svakog nezakonitog dokaza prisutan je određeni javni interes da se taj dokaz uporabi u kaznenom postupku radi osude počinitelja kaznenog djela. Međutim naravno da je snaga toga interesa različita u ovisnosti o okolnostima svakog pojedinog slučaja i značaja svake pojedine povrede procesne forme, tako da je vrlo teško očekivati od zakonodavca da efikasno razradi temeljne postavke „*vaganja interesa*“. Jedino sudska praksa može pružiti jasne i primjenjive kriterije za navedeno „*vaganje interesa*“, koji moraju biti dosljedno i praktički razrađeni od strane najviših sudskih instanci, jer su u suprotnom suci prepušteni vlastitoj intuiciji i dovrtljivosti, a to će uvijek dovoditi do divergentnih varijacija.

Zakonski izraz „*bitne*“ (povrede odredbe ZKP-a) iz stilizacije zakonske odredbe o zakonitosti dokaza u svojem totalitetu nipošto ne upućuje na to da je zakonodavac imao ikakvu namjeru dati ekspanzivnu konotaciju interpretativnom rezultatu danom od strane sudbene vlasti, odnosno nema naznake da se pod tu frazu može skrpati i širi kontekst nekih povreda procesne forme koje su blaže prirode. Međutim iz svega izloženoga čini se neuspjeh pokušaj zakonodavca da kroz izričaj „*bitne*“ i „*zabrane utemeljenja*“ održi i to posljednje zrno kontinentalne tradicije, jer je sudska praksa zastranila u potpuno drugom smjeru – smjeru snažnih anglo-američkih asimilacijskih procesa. Teško je ne primijetiti snažne tendencije sudske prakse prema uspostavljanju sasvim pogrešnog narativa o obligatornosti izdvajanja/ekskluzije dokaza u pojedinim procesnim situacijama, čime se želi konstituirati našoj pravnoj tradiciji jedna sasvim neprirodna matrica.⁶⁰ Sudovi se u odlukama kojima proglašavaju odre-

⁶⁰ Uz ranije već navedene slučajeve iz bilj. 57. Ustavni sud BiH u predmetu AP-3376/07 zaključuje da postoji povreda prava na dom iz članka II/3.(f) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 8. Europske konvencije kada ovlaštena službena osoba u postupku izvršenja naloga za pretragu stana propusti osobi kod koje se pretraga provodi predati nalog o pretrazi prije početka pretrage, uz obrazloženje da je na taj način postupljeno suprotno *izričitoj* zakonskoj

đene dokaze nezakonitima koriste uobičajenim formaliziranim interpretativnim tehnikama: da nije postupljeno u skladu sa zakonom, da je riječ o zakonskim odredbama imperativnog karaktera (kao da zakonske odredbe mogu biti drugačijeg karaktera) i sl. Takva praksa dovodi do toga da je sucima zavodljivo lako zaključiti i u ostalim usporednim budućim slučajevima kako je za ocjenu je li određen dokaz zakonit ili ne od isključive važnosti to je li u potpunosti ispoštovana zakonska procedura prikupljanja dokaza, a ne i sam cilj i svrha zakonske odredbe te utjecaj koji je njezino kršenje imalo na osnovna prava i slobode sudionika kaznenog postupka i temeljna načela kaznenog postupka. Takve odluke najviših sudskih instanci dovode do snažnih nekonzistentnosti i divergentnih rezultata u sličnim i istovrsnim predmetima, što su konstatirala izvješća neovisnih međunarodnih promatrača.⁶¹

Pogrešnim i neutemeljenim pozivanjem na međunarodne obveze BiH u kontekstu Europske konvencije te istodobno maksimalnom ekstenzijom tumačenja pravnih stajališta ESLJP-a, koja zapravo zahtijevaju ekskluziju u vrlo rijetkim i iznimnim situacijama, želi se nametnuti paradigma o faktičnoj determiniranosti našega pravnog sustava, što je sasvim pogrešno. Kontinentalnoj europskoj pravnoj baštini nepoznata je takva intenzivna ekskluzijska agenda te nekritičko prihvaćanje anglosaksonskih doktrinarnih pravila ne predstavlja ništa drugo doli neosjetljivo nepoštivanje domaćih stoljetnih kontinentalnih paradigmi. U tom je kontekstu dužnost kontinentalne pravne teorije ustrajavanje u zadržavanju domaće pravne tradicije i diskursa te istodobno snažno izraženo i artikulirano antagonističko stajalište prema svakom pokušaju metamorfoze nama neprirodnih anglo-američkih procesnih pravila.

odredbi. Dalje, Vrhovni sud FBiH u odluci br. 09 0 K 005333 16 Kž 3 od 29. 5. 2018. nalazi da činjenica da nakon obavljene pretrage bez naloga tužitelj nije postupio po svojoj obvezi iz čl. 78. st. 3. ZKP-a FBiH i obavijestio suca za prethodni postupak rezultira nezakonitošću dokaza pribavljenih takvom pretragom. Sve to nastaje ignoriranjem cilja i svrhe navedene odredbe, bez razmatranja je li ta pretraga bez naloga obavljena od strane ovlaštenih osoba sukladno zakonskim uvjetima obavljanja pretrage bez naloga, uz jednostavno obrazloženje da je riječ o *imperativnoj* obvezi obavještavanja suca za prethodni postupak.

⁶¹ Tako je i OESS u BiH uočio i upozorio na nelogičnosti i dijametralno suprotnu primjenu kaznenih procesnih odredbi vezano za institut privremenog oduzimanja predmeta, konkretno dragovoljne predaje predmeta. Naime propust da tužitelj u istrazi postupi u skladu s čl. 71. ZKP-a BiH, kojim se od tužiteljstva zahtijeva da izvrši otvaranje i pregled privremeno oduzetih dokaza nakon što o tome obavijesti suca i osumnjičenika, u jednom je slučaju rezultirao zaključkom suda da je riječ o nezakonitim dokazima (*Odluka Suda BiH u predmetu Lijanović i dr. od 8. 11. 2019.*), a u drugom (*Odluka Suda BiH br. Sl 2 K 012856 14 Kž od 26. 11. 2014.*) zaključkom suda da taj propust ne znači da su ti dokazi automatski nezakoniti niti da se na tim dokazima ne može zasnivati sudska presuda. Vidi: Treći godišnji izvještaj o odgovoru pravosuđa na korupciju: Sindrom nekažnjivosti, Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2020, str. 21-22.

Vrlo je teško u jednom vladajućem diskursu razmišljanja kontinentalnih pravnika, koji počiva na naučenoj paradigmi inzistiranja na važećem tekstu zakona (i koji inzistira na točnom zakonskom određenju što je zakonito, a što ne), usaditi koncept vaganja interesa i težine povrede, što institut zakonitosti dokaza nesumnjivo nosi sa sobom. Zbog toga je nužno ponovno naglasiti da se koncept nezakonitih dokaza nikako ne može promatrati s pozitivnog aspekta – to nisu dokazi prikupljeni u skladu sa svim provizijama zakonskog teksta – to su dokazi koji nisu pribavljeni uz teške i značajnije povrede zakonske norme. Ranije izloženi smjer razmišljanja Vrhovnog suda FBiH pokazuje vrlo kvalitetno razrađene kriterije prema kojima se pri ocjeni je li dokaz zakonit ili ne mora cijeniti smisao i cilj odredbe (koja nije primijenjena ili je prekršena), značaj propusta da se postupi u skladu s njom za osnovna prava i slobode (optuženika ili svjedoka), kao i značaj tog propusta u odnosu na osnovna načela kaznenog postupka. Ovdje bi se jedino, a u funkciji argumentacijskog parametra odluke o tome je li dokaz zakonit ili ne, mogla dodati i mogućnost cijenjenja javnog interesa i društvene cijene, ali i sam karakter povrede u vidu zlonamjernosti postupanja tijela kaznenog progona. Izmjena ZKP-a u ovom smjeru, *de lege ferenda*, bila bi sukladna modernim komparativnim stremljenjima, ali i suvremenom tumačenju ESLJP-a, koji svojom jurisprudencijom ne isključuje mogućnost da korištenje dokaza koji su prikupljeni određenim procesnim povredama ipak nema utjecaj na pravično suđenje u cjelini. U konačnici, svakoj eventualnoj zakonodavnoj intervenciji u trenutačno važeći ZKP valja pristupiti temeljito i sustavno, uz aktivno sudjelovanje dokazanih pravnih stručnjaka iz teorije i prakse kaznenog prava te predstavnika zakonodavne vlasti.⁶²

6. ZAKLJUČAK

Pitanje zakonitosti dokaza u kaznenom postupku jedna je od nepresušnih tema rasprava kaznenog procesnog prava, kao i u drugim slučajevima u kojima je potrebno pogoditi pravu mjeru ravnoteže suprotstavljenih interesa. Korjenitim izmjenama u sustavu nezakonitih dokaza, sustavno započetim reformom 2003., bosanskohercegovački zakonodavac zakoračio je u sasvim novo i neistraženo područje, kojim se stavlja izvan snage stari anakroni i nedovoljno

⁶² Tako Bubalović navodi da zbog iznimne važnosti svakoga sistemskog zakona, a takav je i ZKP, nije dovoljno samo njegovo parcijalno popravljnje, a pogotovo ne ugradnja pravno neutemeljenih ideja, koje su ponekad rezultat različitih interesa pojedinaca i društvenih grupa. Posebice je nedopustivo implantiranje gotovih stranih rješenja iz zakonodavstava drugih država, često i s potpuno drukčijim pravnim sustavom i pravnom tradicijom, bez prethodne provjere njihove pravne utemeljenosti i mogućnosti prirodnoga zaživljavanja u domaćem pravnom tkivu. Vidi: Bubalović, Tadija, op. cit. (bilj. 43), str. 1156.

određeni sustav nevaljanih dokaza, koji je očigledno bio neadekvatan kako s aspekta zaštite ljudskih prava tako i s aspekta procesnog normativnog sklada. Međutim raniji je anakronizam zamijenjen novim rudimentarnim tvrdoglavih opiranjima bosanskohercegovačkog zakonodavca usavršavanju i modernizaciji načela zakonitosti dokaza kroz uvođenje načela razmjernosti. Pri tome treba imati u vidu da ni slovo ni duh čl. 10. ZKP-a, ali ni čl. 6. Europske konvencije, ne zahtijevaju obligatornost izdvajanja svih vrsta nezakonitih dokaza, ali i opće karakteristike novih tendencija faze razvitka kaznenog procesnog prava, koje se ogledaju u energičnom protivljenju proširenja utjecaja ekskluzije nezakonitih dokaza.

Postavlja se pitanje koji je cilj i interes recepcije stranih procesnih instituta u većoj i intenzivnijoj formi od one u kojoj oni egzistiraju u pravnim sustavima odakle potječu. Naime u ovom je trenutku prošlo više od stotinu godina od odluke Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Weeks* (1914.) te čak više od 130 godina od odluke istoga suda u predmetu *Boyd* (1886.). Kad se razmatra povijest razvitka ekskluzijskog pravila, nameće se zaključak da zasigurno mora postojati sasvim konkretan razlog zašto je Vrhovni sud SAD-a u tom zaista dugom vremenskom razdoblju došao do krajnjeg zaključka da su za ekskluziju dokaza prikladni samo namjerni, nesmotreni ili krajnje nemarni postupci, ili u nekim slučajevima čak i ponavljajući ili sistemski nemarni. U konačnici, čini se krajnje neprikladnim navlačiti paravan vladavine prava i ustavnih vrijednosti demokratskog društva, uz opravdavanje kontinentalnom pravu stranih procesnih instituta ekskluzije nezakonitih dokaza, kada oni svoje postavke vuku iz sustava koji je tako fundamentalno različit, ali i koji se istovremeno razvija u sasvim drugom smjeru. Čini se da anglo-američki asimilacijski procesi imaju snažne reperkusije na svim poljima, i to ne samo u zakonodavstvu nego i na području sudske prakse. Može se očekivati da će u situaciji gubitka liberalne većine u Vrhovnom sudu SAD-a (koja je kroz povijest bila toliko naklonjena snaženju ovoga instituta) daljnji razvitak ovoga instituta u SAD-u ostati na liniji redukcije (ili barem održavanja *statusa quo*) procesnih situacija koje su pogodne za ekskluziju.

Ovdje se nipošto ne zalaže za daljnja preslikavanja, kao ni za dokidanje instituta zakonitosti dokaza ili njegovo svođenje na puku normativnu fasadu neprimjenjivu u praksi, nego se apelira na fragmentarnu recepciju, u skladu s modernim stremljenjima, ali i samu praksu najviših i najcjenjenijih sudskih instanci u svijetu. Naime u pravu gotovo nikada nema koncepcije koja je besprijeekorna. Tako je i s institutom zakonitosti dokaza. Domaći pravosudni sustav mora se suočiti s izraženom društvenom cijenom koju nosi intenzivna ekskluzijska doktrina. Naime naravno da nezakonita pretraga predstavlja povredu prava na privatnost svake osobe, kako one koja je u potpunosti nedužna tako i one koja posjeduje nedozvoljena sredstva. Međutim, čisto s filozofskog stajali-

šta, u domeni daljnje konzekvence takve jedne nezakonite pretrage te su dvije osobe značajno diskriminirane jer ne uživaju jednake pogodnosti; kriminalac će uživati sve blagodati suzbijanja/ekskluzije dokaza i izlaska na slobodu, dok će nedužna osoba ostati s gorkim okusom nepravde i policijske samovolje, uz dodatnu konzekvencu da je na slobodi još jedan za nju potencijalno opasan kriminalac. Dakle i sam zdrav razum i ljudska logika nalažu zaključiti da se sudovima mora omogućiti određeni „sigurnosni ventil“ u obliku procesnog vaganja suprotstavljenih interesa pri ocjeni zakonitosti dokaza kako bi institutu zakonitosti dokaza pristupili s blažim stupnjem rigidnosti. Dakle sudska praksa, ali i društvo u cjelini, mora napokon zauzeti konačno stajalište oko mogućnosti primjene dokaza koji su pribavljeni i uz povrede određenih ljudskih prava, naravno, ondje gdje javni interes i društvena cijena koju bi ekskluzija nosila znatno prevagne nad povredom prava pojedinca kriminalca. U tom kontekstu javni interes nije jednak kod svake nezakonite pretrage osobe, primjerice kod osobe kod koje su pronađena 4 grama marihuane i kod osobe kod koje je pronađen 1 kg kokaina. Ekskluzija/suzbijanje dokaza u prvom se slučaju čini sasvim opravdanom, dok se u slučaju druge osobe i na prvi pogled običnog laika čini krajnje neprikladnom. Bosanskohercegovačka jurisprudencija mora jasno odlučiti kakav će sustav izdvajanja/ekskluzije dokaza usvojiti. Ipak, sve dok najviši sudovi ne formuliraju stalne i ustaljene kriterije donjih granica ispod kojih se procesnih dokaznih povreda ne može ići, postoji opasnost fragmentarnosti i neustaljenosti sudske prakse, a u konačnici i pravne nesigurnosti. Ostaje nam nadati se da će neprekidna i živa sudska praksa traserati novu orijentaciju u postupanju s nezakonitim dokazima, odnosno postupno iskristalizirati složena pravila o tome koje su to procesne povrede u postupku prikupljanja dokazne građe dostojne zvati se nezakonitim dokazom za svako pojedino dokazno sredstvo. Krajnji je cilj uklapanje u konačnici čitavog sustava dokazivanja u kaznenom postupku u jednu harmoničnu cjelinu.

LITERATURA

1. Bingas, Dalibor; Kalaba, Bisera, – O nepovoljnim učincima primjene instituta nezakonitih dokaza, dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1., Sarajevo 2011.
2. Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, gol. 15., broj 2/2008.
3. Bradley, Craig M., The Exclusionary Rule in Germany, Harvard Law Review, gol. 96, no. 5, 1983.
4. Bubalović, Tadija, Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 6. 2008. – pozitivna rješenja i iznevjerena očekivanja, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15., broj 2/2008.

5. Carić, Marina, *Novosti u sustavu nezakonitih dokaza s osobitim osvrtom na čl. 10. st. 3. i 4. ZKP/08*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17., broj 2/2010.
6. Damaška, Mirjan, *Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17., broj 2/2010.
7. Damaška, Mirjan, *Potruga za pravičnim postupkom u doba inkvizitorne procedure*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 20., broj 1/2013.
8. Giantris, Laura A., *Arizona v. Evans: Narrowing the Scope of the Exclusionary Rule*, Maryland Law Review, volume 55, issue 1., 1996.
9. Hartman, Gary R.; Mersky, Roy M.; Tate, Cindy L., *Landmark Supreme Court Cases – The most influential Decisions of the Supreme Court of the United States*, Facts On File, Inc, 2004.
10. Ikanović, Veljko, *Naredba za pretresanje na osnovu usmenog zahtjeva i zakonitost dokaza*, Godišnjak Ffakulteta pravnih nauka, godina 4, br. 4., Banja Luka, srpanj 2014.
11. Karas, Željko; Jukić, Miroslav, *Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 16., broj 2/2009.
12. Kaye, David H., *Unraveling the Exclusionary Rule: From Leon to Herring to Robinson - And Back?*, 58 UCLA Law Review, Disc. 207., 2011.
13. Krapac, Davor, *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda*, Zbornik Ppravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60., 2010.
14. Martinović, Igor; Kos, Damir, *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 23., broj 2/2016.
15. Mešanović, Merima, *Institut nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u BiH sa osvrtom na uporedno pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru br. XXVI., 2018.
16. Obradović, Bojan; Župan, Ivan, *„Plodovi otrovne voćke“ u hHrvatskom i poredbenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 18., broj 1/2011.
17. Redemann, Bob, *The Historical and Philosophical Foundations of the Exclusionary Rule*, Tulsa Law Review, volume 12, issue 2., 2013.
18. Sijerčić-Čolić, Hajrija, *Krivično procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini – glavni izazovi nakon reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine*, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1., Sarajevo, 2013.
19. Sijerčić-Čolić, Hajrija; Hadžiomerađić, Malik; Jurčević, Marinko; Kaurinović, Damjan; Simović, Miodrag; *Komentari Zakona o Krivičnom/Kaznenom postupku u BiH*, Zajednički projekat Vijeća Europe i Europske komisije, Sarajevo, 2005.
20. Simović, Miodrag, *Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske*, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, 2005. godina
21. Simović, Miodrag; Simović, Vladimir, *Zabrana upotrebe nezakonitih dokaza u krivičnom postupku*, Zakonitost dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1., Sarajevo 2013.

22. Smith, Jared M., The Evolution of the Exclusionary Rule: From *Weeks v. United States* and *Mapp v. Ohio* to *Herring v. United States* and *Hudson v. Michigan*, *Grove City College Journal of Law and Public Policy*, vol. 2, number 2, 2011.
23. Tomkovicz, James J., *Davis v. United States: The Exclusion Revolution Continues*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 9, 2011. godina
24. Treći godišnji izvještaj o odgovoru pravosuđa na korupciju: Sindrom nekažnjivosti, Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2020., web URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/1/9/471006.pdf>, 27. ožujaka 2021.. godine
25. Vuković, Špiro, *Zakon o krivičnom postupku sa objašnjenjima i sudskom praksom*, Savremena administracija, Beograd, 1985.
26. Zadrić, Marin, *Zakonitost dokaza*, *Pravo i pravda*, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1., Sarajevo, 2011.

Summary

LEGALITY OF EVIDENCE IN COMPARATIVE LAW AND THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

This paper considers the principle of legality of evidence in the criminal procedure law of Bosnia and Herzegovina from the theoretical, normative and practical aspect. The paper analyses comparative legal solutions in the United States, as well as the jurisprudence of the European Court of Human Rights, with special reference to the most important decisions of the Supreme Court of the United States which laid the foundation for the theoretical principles of that country's exclusionary rule. Then, the regulation of the principle of legality of evidence in the BiH legal system is analysed, with a presentation of the legal positions of court practice, primarily that of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina, which relate to the institute of legality of evidence. As part of the above, two subcategories of so-called primary illegal evidence are examined, with special reference to the semantic contextual analysis of the provision and the view that these two subcategories are set alternatively rather than cumulatively. Finally, proposals are presented *de lege ferenda*, all with the aim of the more complete regulation of the institute of legality of evidence in BiH.

Keywords: legality of evidence, exclusionary rule, Supreme Court of the United States, European Court of Human Rights, material violations of criminal procedure provisions

IZ PRAVNE POVIJESTI

Dr. sc. Ivana Jaramaz Reskušić*

Dr. sc. Ivan Milotić**

CRIMINA PROTIV SPOLNOG MORALA U VRSARSKOJ PRAVNOJ ZBIRCI: KANONSKA NARAV I RIMSKI UZORI (KANONSKA PRAVILA KAO IZVOR STATUTARNOG PRAVA)

U ovom radu, koji predstavlja prvi dio rezultata istraživanja sadržaja – odnosno pravne prirode i uzora – kaznenih odredbi za zaštitu spolnog morala sadržanih u vrsarskoj pravnoj zbirci, središnji su predmet kanonska crimina protiv spolnoga morala koja je za područje Vrsarske grofovije tom zbirkom oblikovao i objavio porečki biskup kao njezin civilni vlastodržac. Riječ je o crimina koja su pripadala općem kanonskom pravu, ali koja – prilagođena mjesnim prilikama Vrsarske grofovije – formalno nisu bila izdana kao izvor partikularnoga kanonskog prava, nego kao njezino vlastito pravo civilne provenijencije, tj. kao njezina statutarne pravna pravila. U ovome radu autori su priredili analizu navedenih crimina, i to tako da su najprije objasnili specifičnosti pravnog izvora u kojemu su uređena, a koji čini polazište istraživanja, zatim jezik i nomotehničke odrednice izričaja u njemu zastupljenih, a u centralnom su dijelu pojedinačno i iscrpno analizirali različite oblike i pojavnosti kažnjivih ponašanja kojima se u Vrsarskoj grofoviji vrijeđao spolni moral. Autori su glede pojedinačnih crimina razlučili kako čimbenike koji su uvjetovali osobit zakonodavčev odnos prema tim kažnjivim ponašanjima, tako i pristup vrsarskog zakonodavca njihovu specifičnom uređivanju i kažnjavanju počinitelja, te, napokon, rasvijetlili odrednice kaznenopravne politike porečkog biskupa glede zaštite spolnog morala u Vrsarskoj grofoviji.

Ključne riječi: Vrsarska grofovija, kanonsko pravo, statutarne pravne, spolni moral, kaznena djela, nomotehnika, žena

* Dr. sc. Ivana Jaramaz Reskušić, redovita profesorica u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

** Dr. sc. Ivan Milotić, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

1. UVOD

Srednjovjekovno kanonsko pravo nastajalo je kazuistički i nije bilo kodificirano. Slijedeći narav Crkve kao istovremeno univerzalne i partikularne, ono je u srednjovjekovlju nastajalo, razvijalo se i primjenjivalo na općoj razini, pod okriljem Apostolske stolice, ali i u specifičnim mjesnim (partikularnim) okvirima.¹ Dok je na univerzalnoj razini ono dobro poznato zbog niza pravnih zbirki (koje su dio *Corpus iuris canonici*)² u kojima su prikupljeni relevantni kazusi, pitanja i odgovori na njih, zatim zbog očuvanosti saborskih (koncilijskih) spisa³ i papinskih dekretala, ali i zbog studiranja kanonskog prava na prvim sveučilištima,⁴ kudikamo je slabije poznat način nastajanja i primjene kanonskog prava u krajevnim i mjesnim odrednicama, tj. u partikularnim Crkvama. Shodno tome jednaka se tvrdnja može iznijeti i u pogledu tadašnjega kaznenoga kanonskog prava, koje je, dakako, mnogo bolje poznato iz općih nego iz partikularnih pravnih izvora srednjovjekovlja. Na poseban se način takva tvrdnja može iznijeti i glede kaznenih djela (*crimina*) protiv spolnoga morala, koja je Crkva pravno (normativno) iscrpno razrađivala i kažnjavala, što je neposredna posljedica ne samo uskih pravnih (normativnih) nastojanja nego i njezina preciznog, kontinuiranog i u bitnome nepromjenjivog naučavanja o dostojanstvu ženidbe, moralu, čistoći predbračnog života, vjernosti ženidbenih drugova, ljudskom dostojanstvu uopće i dr.

Neposredan, cjelovit i autentičan uvid u jednu specifičnu partikularnu prostornu odrednicu primjene srednjovjekovnoga kanonskog prava pruža pravni poredak Vrsarske grofovije. On je na poseban način zanimljiv jer pripada teritorijalno-političkoj tvorevini (svojevrsnoj srednjovjekovnoj državici) u kojoj je porečki biskup neprekidno od VI. stoljeća do 1778. godine imao svu civilnu vlast (*plenum ius*), a time – među ostalim – i svojstvo vrhovnoga zakonodavca.

¹ O nastanku takva koncepta v. Milotić, I., „Razvoj partikularne Crkve i partikularnog crkvenog prava u razdoblju Rimskog Carstva do Justinijana“, *Zakon u životu partikularne Crkve: Zbornik radova VIII. međunarodnog znanstvenog simpozija crkvenih pravnika Trogir – Čiovo*, 9.-10. listopada 2014., Šalković, J. (ur.), Zagreb, 2016, str. 67-88.

² Van de Wiel, C., *History of Canon Law*, Louvain, 1991, str. 95-115.

³ Duggan, A. J., „Conciliar Law 1123-1215: The Legislation of Four Lateran Councils“, *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Hartmann, W., Pennington, K. (ur.), Washington D. C., 2008, str. 318-66; García y García, A., „The fourth Lateran Council and the Canonists“, *ibid.*, str. 367-378.

⁴ Brundage, J. A., „The Teaching and Study of Canon Law in the Law Schools“, *ibid.*, str. 98-121. *Facultas* u Bolonji u vrijeme nastanka sveučilišta odnosi se isključivo na studij kanonskoga prava, što upućuje na općepoznatu činjenicu da je sveučilište, a time i pravni studij, izraslo iz studija kanonskoga prava. García y García, A., „The Faculties of Law“, *A History of the University in Europe*, De Ridder Symoens, H. (ur.), Cambridge, 1992, 399-400; Bellomo, M., *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Rim, 1992, str. 223-224.

U uvjetima takva kontinuiteta i stabilnosti vlasti, doduše na površini od samo 15,96 km², biskup kao civilni vlastodržac donošenjem vlastitih pravnih pravila izgradio je općinski pravni poredak Vrsarske grofovije.⁵ Pritom se u njegovu oblikovanju većinom oslanjao na srednjovjekovno kanonsko pravo, i to tako da je kao uzor koristio pojedine kanonske institute poznate na univerzalnoj razini, koje bi zatim prilagođene prenosio u vrsarski civilni poredak učinivši ih time autohtono vrsarskima i barem formalnopravno civilnima. Tako bi čisti kanonski institut, odnosno institut koji je dotada pripadao isključivo duhovnoj/kanonskoj sferi, uz određene manje izmjene postajao civilni institut jedne specifične općine uređen njezinim statutarnim pravom. Za temu ovoga rada od najvećega je značenja činjenica da očuvana i dostupna cjelovita zbirka tako nastalih statutarnih pravila Vrsarske grofovije (koje je sve izdao mjesni biskup) sadrži i kazneni dio (*Parte criminale*). U kaznenom dijelu zbirke, koji je zapravo opsežan katalog kaznenih djela, među prvima se izrijeckom i iscrpno uređuju kaznena djela protiv spolnoga morala. Analiza tih kaznenih djela čini središnju tematsku odrednicu ovoga rada.

Baš poput mletačkoga zakonodavca (čija su imanja okruživala Vrsarsku grofoviju), koji je deklaratorno odbacio kanonsko pravo i *ius commune* utvrđujući pritom da je sve mletačko pravo samoniklo i oblikovano bez stranih utjecaja,⁶ tako je i porečki biskup, stvarajući civilna pravila za Vrsarsku grofoviju, izrijeckom u ovdašnjim statutarnim pravilima odbacio primjenu *ius commune*, ali i svaki drugi uzor u nekom izvanjskome pravnom poretku. I mletački i vrsarski zakonodavac to su činili promišljeno i vođeni oportunošću (i nisu bili jedini koji su to činili u srednjem vijeku) kako bi stvorili privid sebe kao jedinog i vrhovnog zakonodavca na određenom (vlastitom) području. Međutim uvid u relevantne izvore prava pokazuje sasvim drugačiju sliku stvarnosti jer se, unatoč svjesnom prešućivanju, iz njihova sadržaja snažno naziru utjecaji kako rimske tako i rimsko-kanonske pravne tradicije, pa čak i snažni utjecaji klasičnoga latinитета (u izričajima, tehničkom nazivlju i dr.) neovisno o tom na kojemu su jeziku sastavljena pravila u tim srednjovjekovnim izvorima. U relevantnoj se literaturi načelno smatra da se u općinama na jadranskoj obali rimsko pravo miješalo s mletačkim pravom, pravnim običajima i uređenjem koje je proistjecalo iz izrazito široko postavljenih diskrecijskih ovlasti općin-

⁵ *Uredbe i naredbe za održavanje u Kaštelu Vrsar i njegovu kotaru*, Milotić, I. (ur.), Vrsar, 2017, str. 7-14, 51-60, 65-76.

⁶ Time su Mlečani stvarali privid da čitavo njihovo pravo proizlazi iz *arbitrium* svojstvenog njihovim državnim ili općinskim magistraturama. Povolò, C., „Liturgies of Violence: Social Control and Power Relationships in the Republic of Venice between 16th and 18th Centuries“, *A Companion to Venetian History, 1400-1797*, Dursteler, E. R. (ur.), Leiden, 2013, str. 518, 534; Knapton, M., „The Terraferma State“, *A Companion to Venetian History, 1400-1797*, Dursteler, E. R. (ur.), Leiden, 2013, str. 98; Hespanha, A. E., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bolonja, 2003, str. 67-85.

skih službenika (*arbitrium*)⁷ te da se u kasnijim vremenima u tim općinama pojavljuje *ius commune*, koje objedinjava sasvim različite pravne tradicije, poput rimske, kanonske, običajne i partikularno mjesne.⁸ M. Knapton primjerice navodi da su se statuti općina i gradova na *terrafermi* temeljili na pravnoj tradiciji rimskoga (javnog) prava.⁹ Neovisno o deklaracijama vlastodržaca u njihovim pravnim pravilima takvo miješanje pravnih utjecaja i kultura faktički se događalo i u Vrsarskoj grofoviji te je predstavljalo pravnu stvarnost, kao i u svim mletačkim općinama.

Budući da su specifičan predmet ovoga rada *crimina* protiv spolnog morala u zbirci vrsarskih statutarnih pravila, početno treba naglasiti da su u njihovu nazivlju, pravnom uređenju, ali i u pravnom izričaju *prima facie* zamjetni snažni utjecaji rimskoga javnog (posebice kaznenog) prava. Premda je koncept tih *crimina* porečki biskup zasigurno preuzeo iz nekog izvora univerzalnoga srednjovjekovnog kanonskog prava, čini se da su i u tome izvoru ta *crimina* bila oblikovana i izražena po uzoru na rimsko pravo, uz određene kanonske dorade, prilagodbe i nadopune.¹⁰ Takve okolnosti bitno uvjetuju i pristup autora istraživanju i obradi tih *crimina*: naime najprije će se u ovom radu obraditi ta *crimina* u statutarnim pravilima Vrsarske grofovije, a zatim će se u njegovu nastavku razložiti analogije i podudarnosti između njihova kanonskog uređenja (i izričaja) te onoga kakvo je bilo poznato u rimskom pravu. Kao konačni rezultat navedene analize autori će procijeniti u kojoj mjeri uređenje *crimina* protiv spolnog morala u srednjovjekovnoj Vrsarskoj grofoviji odražava uređenje usporedivih kaznenih djela rimskog prava, a u kojoj su mjeri na univerzalnoj i partikularnoj razini izvršene kanonske prilagodbe koje ga čine sasvim specifičnim.

2. PRAVNI IZVOR

Pravni izvor relevantan za proučavanje kaznenih djela protiv spolnog morala u Vrsarskoj grofoviji čini zbirka njezinih statutarnih pravila naslovljena *Statuti et ordini da osservarsi nel Castello d'Orsera e Contado ordinati dall'Illustrissimo e Reverendissimo Vescovo di Parenzo Conte e Signor di detto Luoco Monsignor Leonardo Tritonio L'anno MDCVIII (1609)*.¹¹ Zbirka nije očuvana

⁷ Povoło, *ibid.*, 534.

⁸ Hespanha, *op. cit.* u bilj. 6, str. 67-85.

⁹ Knapton, *op. cit.* u bilj. 6, str. 98.

¹⁰ Zbog čega se u srednjemu vijeku ona sasvim opravdano mogu okvalificirati kao rimsko-kanonska *crimina*.

¹¹ U katalogu statuta dalmatinskih i istarskih općina I. Strohal u poglavlju pod naslovom „Statuti istarskih gradova i gradova Trsta, Tržića, Gradiške i Gorice“, među ostalim, pod bro-

u izvorniku, nego na 180 stranica u rukopisnom prijepisu nastalom 1768. godine, u kojemu je objedinjeno cjelokupno kodificirano pravo Vrsarske grofovije koje je ondje bilo na snazi sve do njezina ukidanja 1778. godine.¹² Budući da je izdavatelj i naručitelj prijepisa svih *statuta* bio porečki biskup, razumljivo je da se navedeni prijepis čuva u Dijecezanskom arhivu u Poreču. Pritom treba naglasiti da vrsarska pravna zbirka i predmletački *Motovunski statut*¹³ predstavljaju jedine poznate statutarne izvore s područja istočne obale Jadrana koje je u cijelosti izdao nositelj duhovne vlasti djelujući i kao civilni vlastodržac u određenoj srednjovjekovnoj općini: u Vrsarskoj grofoviji to je bio porečki biskup, a u Motovunu akvilejski patrijarh.¹⁴ Zbog toga su oba pravna izvora duboko nadahnuta crkvenom mišlju, a njihov sadržaj – za razliku od ostalih općinskih statuta – u bitnome kanonski uvjetovan. Premda je u oba slučaja riječ o civilnim pravnim izvorima, tj. temeljnim aktima u pojedinačnoj općini, u njima su sadržana brojna izvorna srednjovjekovna kanonska pravila, koja su naknadno transponirana u civilni pravni poredak općine kojoj je na čelu bio crkveni velikodostojnik.

Vrsarska statutarna pravila nisu bila donesena kao dio zbirke, nego kao pojedinačna *statuta* kojima se normativno reagiralo na određenu pravnu anomaliju za koju mjesno običajno pravno nije pružalo odgovarajuće rješenje. Poput cjelokupnog kanonskog prava do 1917. godine¹⁵ i vrsarska su *statuta* nastajala kazuistički, ali jednom kada bi bila donesena *in casu concreto*, nastavila su vrijediti kao apstraktna pravna pravila, primjenjiva na sve analogne slučajeve. To je biskupu omogućavalo da iz *Corpus iuris canonici* prešutno preuzima

jem XLI navodi da je Vrsar imao statutarnu zbirku koja datira u 1609. godinu: *Rukopis se vrsarskoga statuta nalazi u vrsarskoga općinskog poglavarstva, a drugi rukopis u obitelji markiza de Polesini. Ova dva rukopisa spominje Valentinelli u „Saggio di bibliografia istriana” pod br. 2042.* Strohal, I., *Statuti primorskih gradova i općina – bibliografski osvrt*, Zagreb, 1911, str. 112. D. Klen tu statutarnu zbirku ubraja među zagubljene ili izgubljene. Klen, D., „Statut Grožnjana“, *Vjesnik Historijskog arhiva u Rijeci*, vol. 8-9, 1963-1964, str. 207.

¹² Za transkripciju, prijevod i komentar, v. *Uredbe, op. cit.* u bilj. 5.

¹³ Za Motovun primjerice u prva 82 kapitula njegova statuta sadržana su apstraktna pravila koja je donio akvilejski patrijarh. Vidi: Milotić, I., *Motovunski statut i Odluke općinskog vijeća Motovuna: prijevod, komentar i studije*, Motovun, 2016, str. 77-89 (predložak), 229-258 (prijevod).

¹⁴ V. Milotić, I., „Motovunski statut i akvilejski patrijarh“, *Grčko-rimsko i kanonsko pravo. Temelji pravne kulture Zapada*, Milotić, I. (ur.), Pazin, 2020, str. 113-147.

¹⁵ Godine 1917. donesen je (prvi) *Zakonik kanonskog prava (Codex iuris canonici)*, koji se smatra prvom kodifikacijom kanonskoga prava. Vidi: Šalković, J., „Stota obljetnica od stupanja na snagu prvoga zakonika kanonskog prava“, *Habsburgovci i Istra u pravu i povijesti. Zbornik radova s Petoga motovunskog kolokvija održanog 17. studenog 2018. godine u Motovunu*, Milotić, I., Vukas, B. (ur.), Pazin – Motovun, 2019, 173-193; *Kodeks kanonskog prava s izvorima 1917. Uređen po odredbi sv. oca pape Pija X., proglašen po nalogu pape Benedikta XV.*, Herman F. (prev.), Berljak, M. (prir.), Zagreb, 2007.

normativna rješenja i da ih kao civilna pravna pravila uzakonjuje u Vrsarskoj grofoviji te predstavlja kao vlastita, tj. kao samosvojno grofovijsko pravo. U opisanom razvoju događaja za dataciju vrsarskih statutarnih pravila općenito, pa i onih koja se odnose na *crimina* koja su predmetom ovog istraživanja, nije važan trenutak kada su sabrana u cjelinu i tipografski izdana kao dio zbirke, nego otkada su izražena u općem kanonskom pravu i preuzeta u partikularne okvire Vrsarske grofovije. Premda dostupni diplomatički izvor potječe iz prijepisa nastalog u drugoj polovici XVIII. stoljeća, njegov je sadržaj duboko srednjovjekovni. Prema jedinstvenom shvaćanju historiografa koji su obrađivali Vrsarsku grofoviju, njezine općinske institucije i gospodarska paradigma oblikovani su po uzoru na raniju (franačku) fazu feudalizma (posebno s obzirom na sustav strogog kolonata),¹⁶ što se zasigurno dijelom odražava i na pravne izvore. Stoga promatrani tekst ne treba datirati s obzirom na formalnu dataciju nastanka zbirke, već ponajvećma s obzirom na njezin stvarni pravni sadržaj, koji je, zbog specifičnosti uređenja, smješta u ranu i razvijenu fazu srednjega vijeka.

Naslov zbirke iz 1768. godine nalazi se na listu br. 53 i glasi: „Proemio delli Statuti d’Orsara“, i on – kako je prethodno razloženo – naznačuje da ovdje nije riječ o statutu, već o zbirci pojedinačnih uređaba (u izvorniku *statuti*) koje je za Vrsarsku grofoviju sukcesivno izdavao porečki biskup.¹⁷ Na njezinu kraju (na listovima br. 178 i 179) pridodan je akt u kojemu se navodi podatak da je 24. kolovoza 1768. godine izrađen njezin prijepis, što je učinio Paulo Chiurco, biskupijski kancelar.

Zbirka koja se analizira u svojem je normativnom sadržaju dvodijelna. Između uvoda (*Proemio*) i zaključnih odredaba (*Conclusione delli Statuti d’Orsara*), koji dijelovi nemaju normativan, već deskriptivan sadržaj, nalaze se dvije velike normativne cjeline: prva naslovljena građanski dio (*Parte civile*) i druga – kazneni dio (*Parte criminale*).

¹⁶ Marušić, B., *Istra u ranom srednjem vijeku*, Pula, 1960, str. 9ff; Križman, M., „Isprava pape Aleksandra III. iz 1178.: paleografski i filološki pristup“, *Libri žminjski*, sv. 1, Krajcar, S. (ur.), str. 27; Babudri, F., „Un diploma di Carlo V“, *Atti e Memorie della Società Istriana di Archeologia e Storia Patria*, vol. 27, 1911, str. 87-88; Zjačić, M., „Posjedovni odnosi porečke crkve od VI. do XVI. stoljeća“, *Jadranski zbornik*, br. 8, 1973, str. 34. Vidi i arhivski fond: Državni arhiv u Trstu (Archivio di Stato, Trieste), *Ursariae monumenta*, br. 1126, tom. I. in quo continetur regum, imperat., summor. Pont. diplomata, portus, salinarum, aquarum, scopulorum aliorumque redditum, dominorum advocatorum Com. Ven. litteras, etc. (Ors.), Anni 983-1744.

¹⁷ U izvorima vrsarskoga prava bilježi se i *statuto* i *statuti*. Također, u latinskome jeziku može se rabiti *statutum* kao jednina i *statuta* kao množina. Glede toga upućuje se na: Belosteneć, I., *Gazophylacium seu Latino-Illyricorum onomatium aerarium ...*, Zagreb, 1740, *statutum* (str. 1143); Marević, J., *Latinsko-hrvatski enciklopedijski rječnik*, vol. 2, Velika Gorica – Zagreb, 2000, *statutum* (str. 3020).

Kazneni dio zbirke čini katalog različitih kaznenih djela (*crimina*), od kojih je svaki *crimen* cjelovito uređen u zasebnom odjeljku (*rubrica*). Svaki odjeljak ima vlastiti naslov, koji pregnantnim i preciznim izričajem donosi naziv ili kratki opis kaznenog djela (ako ono nema tehnički naziv). Kaznena djela i pripadajući im odjeljci zasigurno su jedan iza drugoga razvrstani redom čiji *ratio* ne odražava mjesne prilike ili učestalost tih *crimina* u partikularnoj i zanemarivoj kaznenopravnoj praksi minijature Vrsarske grofovije, nego opća (univerzalna) shvaćanja u Crkvi, odnosno tadašnjem kaznenom kanonskom pravu glede težine inkriminiranih ponašanja. Poredak je koncipiran od najteže inkriminiranih ponašanja prema blažima.

Napokon, iz navedenoga proizlazi da vrsarska zbirka sadrži samo posebni dio kaznenog prava Vrsarske grofovije, dok opći dio izostaje, osim nekoliko relevantnih odredaba smještenih u zaključnom dijelu zbirke. To se *a priori* može tumačiti samo u smislu da su se kao pravila općeg dijela kaznenog prava primjenjivala kaznenopravna načela, koncepti i instituti koji su bili univerzalno važeći u tadašnjoj kanonskoj i rimsko-kanonskoj kaznenopravnoj tradiciji. Sukladno tome u zaključnim je odredbama (*Conclusionone delli Statuti d'Orsara*) utvrđen način primjene prava u slučaju pravnih praznina: *Ondje gdje statut ništa ne uređuje i ne postoji pravni običaj u takvome se slučaju treba obdržavati ono što je uređeno općim zakonima*.¹⁸ Naime bila bi riječ o pravnoj situaciji za koju vrsarsko pravo ne predviđa normativno rješenje, bilo da ne postoji vrsarsko pravno pravilo pod koje bi se konkretna situacija mogla supsumirati bilo da je postojeće pravilo suviše općenito. Primjena *ius commune* i različitih drugih pravnih supstrata u Vrsarskoj grofoviji dolazi dakle u obzir samo za potrebe popunjavanja takvih praznina. To znači da se *ius commune* u Vrsarskoj grofoviji primjenjuje podredno (supsidijarno), a da je s obzirom na pravnu snagu, prema naznačenoj hijerarhiji pravnih izvora, iza uređaba i naredaba porečkoga biskupa te, dakako, iza mjesnoga (mada zbog nekodificiranosti neočuvanog) pravnog običaja kao najprisutnijeg pravnog izvora u srednjovjekovnim općinama. Premda je tom konkretnom odredbom proklamirano da su u Vrsarskoj grofoviji *opći zakoni* pravni izvori najniže (treće) razine, ona se zasigurno ne može odnositi na *opće zakonsko pravo Crkve*. Naime *opće zakonsko pravo Crkve* jest pravo koje sadržajem i opsegom vrijedi neposredno za čitavu Crkvu, a da se to posebnim aktom izrijekom ne uređuje ili ne proklamira.¹⁹

¹⁸ U izvorniku: *E dove non disporrà il statuto, e mancarà la consuetudine, in tal caso si dovrà osservare quanto vienne disposto delle Leggi Commune*. Rubrica 67/2. : *Uredbe, op. cit.* u bilj. 5, str. 491 (prijevod), 574 (prijevod).

¹⁹ Gross, K., *Udžbenik crkvenoga prava Katoličke Crkve*, Zagreb, 1930, str. 18-22. Ono je hijerarhijski i s obzirom na svoju pravnu snagu nadređeno aktima partikularne naravi koje izdaje porečki biskup. Prema tome izričaj *opći zakoni* odnosi se na *ius commune*. Na valjanost toga shvaćanja upućuje i činjenica da se ta konkretna odredba odnosi na *opće zakone* kao civilne propise, a ne one koji proizlaze iz *ius divinum*.

Jezik prijepisa iz 1768. godine jest istromletački, što zasigurno odražava činjenicu da je i biskup svaki pojedini zbirkom obuhvaćeni *statutum* izvorno izdao na tom jeziku. To podrazumijeva da se u Vrsarskoj grofoviji kao uporabni jezik koristio istromletački, što se historiografski može jednostavno dokazati. Međutim sintaksa vrsarskih *statuta* nije istromletačka, nego evidentno latinska, što nagovještuje da porečki biskup nije bio prvotni tvorac toga uređenja i konkretnih odredaba, nego da je kao predložak i uzor uzimao pravni tekst na latinskom, koji bi zatim prevodio na istromletački i tek mu ga u manjoj mjeri izričajno prilagođavao. Na takve okolnosti upućuje i izrazita normativnost te nomotehnička dotjeranost pravnih izričaja zastupljenih u odjeljcima promatrane zbirke. To je posebno dobro primjetljivo na primjeru *crimina*, koja su izražena precizno, normativno, kratko i gotovo bez deskriptivnosti, što uopće nije bilo svojstveno srednjovjekovnom pravnom jeziku, a posebno ne onome u omalenim partikularnim (općinskim) pravnim porecima poput ovoga vrsarskoga. Glede jezika vrsarske zbirke može se poći i korak dalje, jer čak ni srednjovjekovni latinski pravni jezik rimsko-kanonske tradicije, koji je sigurno biskupu poslužio kao uzor, nije poznao razinu nomotehničke dotjeranosti kakva je zastupljena u vrsarskoj zbirci. Jezik rimsko-kanonskoga srednjovjekovnoga prava i sâm je (pre)često pribjegavao deskriptivnosti i na nju se umnogome oslanjao, posebno kod onih pravnih figura koje nisu bile poznate u ranijoj (rimskoj) pravnoj tradiciji ili nisu pripadale općemu pravu (*ius commune*). Posredstvom vrsarskoga statutarnog predloška dolazi se do zaključka da njegove odredbe odražavaju jezičnu osnovu koja ponire u klasični latinitet, tj. u eleganciju i preciznost onovremenog pravnog izričaja.²⁰ Stoga i jezični argument opravdava metodološku odrednicu ovoga rada da se u vrsarskim statutarnim pravilima o *crimina* protiv spolnoga morala traži njihov i institucijski i pravno-izričajni uzor ponajvećma u klasičnom rimskom pravu i onovremenom latinitetu.

Sve rečeno dodatno potvrđuju tehnički pojmovi (*terminus technicus*) i izričaji u vrsarskoj pravnoj zbirci koji pripadaju javnom pravu. Tipični pravno-tehnički izričaji i sintagme te pojmovi u toj zbirci ponekada nisu navedeni u istromletačkoj jezičnoj prilagodbi, nego neposredno na latinskome, primjerice: *ius commune*, *restitutio in integrum*, *ad arbitrio*, *arbitrium*, *ad inquirendum*, *captura*, *causa cognita*, *crimen laesae Maiestatis*, *de verba ad verbum*, *ex officio*, *in solidum*, *in scriptis*, *ipso facto*, *reffectis expensis contumacialibus*, *pro*

²⁰ Ta jezična, ali i pravna pojava dobro je dokumentirana tijekom srednjeg i novoga vijeka u diplomatiji pravne provenijencije i drugdje na sjevernojadranskom prostoru. Kao recentno objavljen primjer koji jezično pokazuje jednak *modus operandi* kao i u ovom vrsarskom izvoru navodi se: Milotić, I., „Arbitraža po uzoru na rimsko pravo u graničnom sporu između Lovrana i Mošćenica (1646.)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 40, br. 3, 2019, str. 989.

tempore, rem iudicatum i dr.²¹ Sukladno tome u znatnoj se mjeri latinski uzor direktno ili indirektno iščitava i u nazivima te određenim izričajima glede *crimina* protiv spolnog morala (*adulterio, stupro, defloratio, incesto, nefando, concubinarij* i dr.), što je također važno za analizu sadržanu u nastavku teksta.

3. ODREDBA O RODNOJ NEUTRALNOSTI KAZNENOPRAVNIH IZRIČAJA

Polazište za razumijevanje svih propisanih kaznenih djela u vrsarskoj pravnoj zbirci te pristupa vrsarskog zakonodavca s obzirom na spol počinitelja ili žrtve izriječkom je proklamirano u zaključnim odredbama (*Conclusione delli Statuti d'Orsara*). Odmah na njihovu početku, u odjeljku 67., kao načelno i opće shvaćanje za vrsarske statutarne odredbe utvrđuje se sljedeće: *Između ostaloga izjavljujemo da u svakoj kaznenoj uredbi pod muškim spolom imamo namjeru obuhvatiti i ženski ...*²² Izričaj je iznimno precizan nomotehnički standard za izražavanje rodne neutralnosti pojmova, ali s izričitom naznakom da se to primjenjuje samo u kaznenim uredbama. Time se proklamira činjenica da, premda su, jezično gledajući, pojedine riječi i pojmovni sklopovi u kaznenim uredbama vrsarske pravne zbirke pripadni jednome rodu, takva jezična rodna određenost nije od važnosti, nego se ti pojmovi jednako primjenjuju na muškarce i žene.²³

Takav izričaj umnogome prelazi okvire nomotehnike. Zasiurno nije slučajnost da se on kao opći – sadržan u samo jednoj klauzuli završnih odredbi – pojavljuje upravo u pravnoj zbirci koju je izdao nositelj mjerodavne crkvene vlasti. Naime jedino se svojstvom crkvenoga zakonodavca može objasniti pojavljivanje klauzule o rodnoj neutralnosti tako rano, tj. u pravnim pravilima koja su svojim sadržajem i naravi duboko srednjovjekovna. Dodatno je zanimljivo da se takva klauzula pojavljuje u teritorijalno-političkoj tvorevini koja je baštinila pravno, gospodarsko i društveno uređenje iz ranije (franačke) faze feudalizma. U to doba, općenito gledajući, među muškarcima i ženama postojalo je izraženo razlikovanje (svojevrсна pravna stratifikacija) s obzirom na obujam i doseg pravne sposobnosti, prilikom čega su žene u odnosu na muš-

²¹ V. također Jelinčić, J., „STATUTO DEL CASTELLO DI ORSERA con cenno particolare alle caratteristiche linguistiche“, *Atti Centro di Ricerche Storiche*, Rovigno, vol. 44, 2014, str. 425.

²² U izvorniku: *Dichiarando in oltre, che in qualsivoglia statuto penale sotto genere maschino, intendiamo di comprendere ancora il femminile ...* Vidi: *Uredbe, op. cit.* u bilj. 5, str. 491 (prijepis), 574 (prijevod).

²³ O tome nomotehničkom dosegu iscrpno v. Milotić, I., Peranić, D., *Nomotehnika: izrada općih akata (zakona, uredba, pravilnika, statuta, poslovnika, odluka, napatuka, naredaba i dr.) s praktičnim primjerima*, Zagreb, 2015, str. 294-295.

karce – kako je općepoznato – uvijek imale ograničenu pravnu sposobnost. U drugim usporedivim statutarim zbirkama, koje su većinom kasnosrednjovjekovne ili novovojekovne datacije, takav se opći izričaj o rodnoj neutralnosti ne susreće, nego se tek u pojedinačnom pravilu izrijekom navodi da se odnosi na bilo kojeg muškarca ili ženu, ili da se neku fizičku osobu za potrebe primjene konkretnog pravnog pravila može kvalificirati izričajem *bilo koji muškarac ili žena*, a sporadično i izričajem *tkogod*.²⁴

Osim toga znakovito je da se rodna neutralnost u vrsarskoj pravnoj zbirci izrijekom ograničava na kaznene pravne stvari, ne i na građanske. Tako izražavajući rodnu neutralnost u kaznenim uredbama, crkveni se zakonodavac vjerojatno povodio kršćanskim naučavanjem o jednakom dostojanstvu muškarca i žene. Sa strogo pravnoga gledišta, a uzevši u obzir ograničenost te tvrdnje na kaznene uredbe, u Vrsarskoj se grofoviji njome zasigurno željela izraziti kaznenopravna ravnopravnost muškaraca i žena, mada ne i njihova opća statusna jednakost. Stoga rodnu neutralnost treba sagledavati kao specifičnu procesnu garanciju jednakog, objektivnog i poštenog postupanja neovisno o spolu počinitelja i žrtve.

Jednakost kaznenopravnog tretmana muškaraca i žena u Vrsarskoj grofoviji na poseban način dolazi do izražaja i od osobite je važnosti kod kaznenih djela protiv spolnoga morala. Naime glede poštivanja i zaštite spolnoga morala srednjovjekovna Crkva ne pravi razliku između muškaraca i žena,²⁵ pa klauzulu o rodnoj neutralnosti glede kaznenih djela protiv spolnog morala treba sagledavati kao odraz shvaćanja zakonodavca (*in casu concreto* porečkoga biskupa) da se tim kaznenim djelima pristupa bez predrasuda, objektivno, bez razlikovanja između muškoga i ženskoga ljudskoga dostojanstva.

4. KAZNENA DJELA PROTIV SPOLNOGA MORALA U VRSARSKOJ PRAVNOJ ZBIRCI

4.1. Mjesto i uloga kaznenih djela protiv spolnoga morala

Parte criminale vrsarske pravne zbirke čini skup od 66 odjeljaka koji sadržavaju uređenje pojedinog kaznenog djela ili razradu njegove kaznenopravne posljedice. U prvih šest odjeljaka propisana su sljedeća kaznena djela: (1) O huljenju;²⁶ (2) O udaranju Božjih slika, onih Blažene Djevice ili svetaca, i ne-

²⁴ Kao primjer navodi se takav izričaj u kapitulu br. 102 i 268 *Motovunskog statuta*. Oba navedena kapitula mletačke su provenijencije.

²⁵ Treba naglasiti da srednjovjekovna Crkva možda čak i snažnije inzistira na zaštiti žena (zbog njihove ranjivosti, ali i s njome povezanoga imperativa čednosti, čistoće i sl.).

²⁶ *Della Biastema*.

dostojnim radnjama s obzirom na njih;²⁷ (3) O prethodno rečenim zločinima, huljenju, nedostojnim činima, svatko je obvezan podnijeti obavijest;²⁸ (4) O obdržavanju blagdana;²⁹ (5) O veleizdaji njegova veličanstva;³⁰ (6) O pobuni i ustanku.³¹ Prva četiri odjeljka direktan su odraz kršćanske teologije, a njihovo smještanje na prvo mjesto u toj pravnoj zbirci posebno je znakovito jer nagovješćuje da su to ne samo pravna nego još više temeljna religijska (kršćanska) pravila, odnosno univerzalne kršćanske vrijednosti, koje svatko mora poštivati (što je svakom crkvenom vlastodršcu od najveće važnosti). Na petome je mjestu tipični srednjovjekovni *crimen laesae maiestatis* usmjeren protiv biskupa kao vrhovnoga vlastodržca. Porečki biskup kao civilni vlastodržac predstavlja personifikaciju Vrsarske grofovije i njezine jurisdikcije, pa se i sam pokušaj veleizdaje biskupa smatra i veleizdajom Vrsarske grofovije. Pritom se veleizdajom smatra ponašanje koje na bilo kakav način podriva, ograničava, dovodi u pitanje ili relativizira biskupovu civilnu vlast nad tim područjem. Neposredno nakon toga, u odjeljku 6., uređeno je kažnjavanje pobune i ustanka, i to kako njihova poduzimanja i potpomaganja, tako i nesuprotstavljanja pobunjenicima i ustanicima.³²

Crimina protiv spolnoga morala u strukturi vrsarske pravne zbirke nalaze se u odjeljcima od br. 7. do br. 14. Visoko mjesto u poretku kaznenih djela nedvojbeno upućuje na njihovu važnost u Vrsarskoj grofoviji. Baš poput *crimina* iz prva četiri odjeljka i ona su istovremeno pravni instituti, ali i specifični odraz moralno-teoloških prioriteta koje je pred svoje podanike postavljao porečki biskup kao vlastodržac.

O njihovoj važnosti i ulozi dodatno svjedoči podatak da se, pomalo iznenađujuće, nalaze uređene odmah nakon *crimen laesae maiestatis* i s njime povezane pobune te ustanka kao fizičke realizacije podriivanja vlastodržca. *Crimen laesae maiestatis*, koji se u svakoj teritorijalno-političkoj cjelini srednjega i novog vijeka smatrao najtežim oblikom inkriminirajućeg ponašanja, bio je protegnut na različita kažnjiva djela protiv vlastodržca i pravnoga poretka.³³ Taj *crimen* međutim bivao je protegnut i na vjersku neposlušnost, a u literaturi se navode ponašanja koja bi poprimila takvu kvalifikaciju kada bi netko prkosio

²⁷ *Della percussione dell'Imagini di Dio, o della B(eata) V(ergine), o de Santi, et attioni indicienti verso di quelle.*

²⁸ *Che nelli delitti sudetti, biastema, attioni in decenti ciascuno sia tenuto denunciare.*

²⁹ *Dell'Osservanza delle feste.*

³⁰ *Della lesa Maestà.*

³¹ *Della seditione, e tumulto.*

³² O značenju pobune (lat. *seditio*) najbolje svjedoči navod iz Du Cangeova rječnika: *SE-DITIO. Conspiratio in mortem, aut damnum alicujus.* Du Cange, C. et al., *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Niort, 1883–1887, t. 7, col. 397b.

³³ Lantschner, P., *The Logic of Political Conflict in Medieval Cities: Italy and the Southern Low Countries, 1370-1440*, Oxford, 2015, str. 25-27.

rimskom prvosvećeniku.³⁴ Povrh njegova tradicionalnoga značenja, u Crkvi se od pape Inocenta III. (1198.–1216.) pod *crimen laesae maiestatis* podvodi i krivovjerstvo.³⁵ Jednaka *ratio* mogla se analogno primijeniti i na situaciju kada bi se netko u bilo čemu protivio biskupu kao civilnom vlastodršcu u Vrsarskoj grofoviji. To bi potencijalno otvaralo širok spektar kažnjivih ponašanja, posebno protiv kršćanskoga morala, koja bi mogla steći težu kvalifikaciju (protudržavnog i protuvladarskog djelovanja). Inkrimirajuće ponašanje koje bi se moglo podvesti pod prva četiri navedena odjeljka iz vrsarske pravne zbirke, ali i pod odjeljke koji sadrže uređenje kaznenih djela protiv spolnoga morala, mogla su se širokim (i nepovoljnim) tumačenjem u Vrsarskoj grofoviji podvesti pod *crimen laesae maiestatis*. Stoga se opravdanim postavlja pitanje treba li u takvim shvaćanjima tražiti razloge zbog kojih su *crimina* protiv spolnog morala u vrsarskoj pravnoj zbirci smještena neposredno iza *crimen laesae maiestatis* te pobune i ustanka.³⁶

Nakon uređenja *crimina* protiv spolne slobode slijede ona glede kaznenih djela protiv života i tijela te časti i ugleda (od odjeljka br. 15 do odjeljka br. 20).³⁷ Takva struktura vrsarske pravne zbirke duboko je znakovita i nagoviješta shvaćanje vrsarskog (i kao kanonskog) zakonodavca da su kaznena djela protiv spolnog morala teža i za društvo opasnija od inkriminiranih ponašanja kojima se drugome oduzima život, nanose ozljede ili umanjuje čast.

4.2. Preljub (*adulterio*)

Preljub³⁸ se u 7. odjeljku vrsarske pravne zbirke određuje kao iznimno teška povreda ženidbene vjernosti, a sastoji se u tome da muškarac nasilu obljubi udanu ženu.³⁹ Takvo je uređenje *sui generis* i u bitnome odstupa od načelnog

³⁴ *Ibid.*, str. 95-96.

³⁵ Ullmann, W., *Medieval Papalism. The political Theories of the medieval Canonists*, London, 2013, str. 183.

³⁶ Za *crimen laesae maiestatis* te ustanak i pobunu u Vrsarskoj grofoviji bila je predviđena kazna vješanja, koja se primjenjivala krajnje iznimno i samo za najteže oblike kaznenih djela.

³⁷ Br. 15 – O ubojstvu (*Dell'homicidio*); 16 – O slučajnim ozljedama nastalima u svađi (*Delle ferite occorse in rissa accidentali*), 17 – O oružanim sukobima bez posljedice (*Delli affronti con Arme senza effetto*); 18 – O povredama nastalima činjenjem (*Delle ingiurie de fatti*); 19 – O povredama učinjenima riječju (*Delle ingiurie verbali*); 20 – O otrovu (*Del Veleno*).

³⁸ U latinskome nazivlju srednjega vijeka lat. *adulterium* se poima i kao *stuprum* te kao *quaevis fornicatio*. Du Cange *et al.*, *op. cit.* u bilj. 31, t. 1, col. 100 c.

³⁹ U izvorniku: *E tanto grave l'ingiuria, che dall'Adulterio riceve la natura humana, e la fede maritale, che perciò statuemo chiunque ardirà violare il matrimonio d'alcuno forzatamente usando con Donna maritata ... Uredbe, op. cit.* u bilj. 5, str. 472 (prijepis), 540 (prijevod).

uređenja preljuba kako u rimskom pravu⁴⁰ tako i u rimsko-kanonskom pravu, gdje preljub mogu počiniti oženjeni muškarac i žena, a to kazneno djelo nije povezano s muškarčevom prisilom. Treba naglasiti da spomenuti vrsarski odjeljak vjerojatno odražava mjesne prilike ili kakvu individualnu pojavu u lokalnim okvirima, koja se onda sankcionirala od strane biskupa kazuističkim propisivanjem tako specifičnog (i gledajući šire okvire – neuobičajenog) uređenja.

Uređenje inkriminirajućeg ponašanja koje je bliže rimskom i rimsko-kanonskom *adulterium* vrsarski zakonodavac donosi u sljedećemu paragrafu tog odjeljka. U patrističkim razmatranjima preljuba primjerice išlo se sasvim drugačijom logikom od vrsarskoga zakonodavca, tj. polazilo se od ženine poročnosti: činjenica da je neka žena bludnica i čini preljub (*adulterium*) podrazumijeva da svjesno vrijeđa svoje i suprugovo dostojanstvo podajući se različitim muškarcima.⁴¹

*U srednjovjekovnome razdoblju, u skladu s učenjem sv. Augustina, Tome Akvinskog i kanonskim pravom, preljub se smatrao jednim od četiri grijeha protuprirodnog seksualnog odnosa (peccata luxuria), koji je podrazumijevao kršenje zavjeta danog pred Bogom, što je nužno vodilo u duhovnu smrt.*⁴² To opravdava svrstavanje preljuba u vrsarskoj pravnoj zbirci na prvo mjesto među kaznenim djelima protiv spolnoga morala. Tridentški je sabor, dosljedno učenju o sakramentalnosti ženidbenoga veza u Crkvi,⁴³ isključio mogućnost da preljub bude razlog za razrješenje ženidbe. Preljub nužno slijedi nakon davanja ženidbene privole (*consensus*) i sklapanja ženidbe (*conubium*), koja je prema kanonskom učenju nerazrješiva, a sve okolnosti i činjenice koje nastupe nakon čina ženidbe, pa tako i preljub, ne utječu na njezinu valjanost ili sakramentalnost. U Katoličkoj Crkvi preljub je stoga iznimno težak grijeh, ali daje samo

⁴⁰ V. Jaramaz Reskušić, I., „*Lex Iulia de adulteriis coercendis*: pojam, optužba i represija preljuba“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2005, vol. 55, br. 3-4, str. 663-716; ista, „*Crimen adulterii* – postklasične inovacije“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2006, vol. 56, br. 4, str. 1011-1056; recentno, v. u nastavku, odnosno u sljedećem broju ovog časopisa.

⁴¹ Brundage, J. A., *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago, 2009, str. 105-107; za kanonskopravno shvaćanje od Gracijana nadalje, v. str. 308ff.

⁴² Pastović, D., „Dvostruki grijeh: kažnjavanje čedomorstva na hrvatskom području do kodifikacije kaznenog materijalnog prava 1852. godine“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb)*, vol. 23, br. 1, 2016, str. 126, prema: Smith, L. J., *The Ten Commandments: Interpreting the Bible in the Medieval World*, Leiden, 2014, str. 45; Aquinas, T., *Truth*, Volume II, Questions X-XX, prijevod: McGlynn, J. V., Indianapolis – Cambridge, 1994, str. 291-292.

⁴³ Milotić, I., „Zaruke u kanonskoj i civilnoj tradiciji Zapada“, *Grčko-rimsko i kanonsko pravo. Temelji pravne kulture Zapada*, Milotić, I. (ur.), Pazin, 2020, str. 166-167; Erent-Sunko, Z., Obadić, I., „Harmonizacija i unifikacija obiteljskog prava u Europi. Pravno-povijesne pretpostavke i (ne)mogućnosti“, *Grčko-rimsko i kanonsko pravo. Temelji pravne kulture Zapada*, Milotić, I. (ur.), Pazin, 2020, str. 187-191.

pravo traženja trajne rastave u nekim situacijama, ali ne i poništenja ženidbenoga veza.⁴⁴

Nasilno obljublivanje tuđe supruge u Vrsarskoj grofoviji nije tvorilo kazneno djelo silovanja (*stupro*) jer – kako je vidljivo iz uredbe 8. odjeljka – silovanje je podrazumijevalo obljublivanje i obeščaćivanje samo one žene koja je djevica ili udovica, neovisno o tome je li ono učinjeno uz njezin pristanak ili jednostrano. I to pravilo vjerojatno odražava mjesna vrsarska pravna shvaćanja proizašla iz kakva konkretnog kazusa, a ne shvaćanja na razini univerzalne Crkve.

Kao posebna inačica preljuba u Vrsarskoj se grofoviji uređuje, više kao iznimka nego pravilo, sporazumni preljub, tj. takav koji je nastupio bez muškarčeve prisile, kao rezultat dogovora muškarca i žene. Takav je preljub na razini univerzalne Crkve i rimsko-kanonskoga prava osnovno kazneno djelo koje se uvijek kažnjavalo najstrože među kaznenim djelima protiv spolnoga morala. Premda je njegovo kaznenopravno poimanje bliže rimskim uzorima (*adulterium*), smještanje na posljednje mjesto rubrike o preljubu upućuje na njegovu iznimnu pojavnost u Vrsarskoj grofoviji.

Kazneni postupak povodom preljuba nije se pokretao *ex officio* – mada bi se to moglo očekivati zbog crkvene naravi Vrsarske grofovije i s obzirom na patrističko učenje o težini toga djela, nego isključivo na prijedlog zainteresirane osobe.⁴⁵ Ovlašteni predlagatelji bili su suprug i otac, braća i stričevi jednog ili drugog sudionika djela,⁴⁶ u čemu se odražava obiteljski kolektivizam svojstven feudalizmu, odnosno činjenica da nije bila povrijeđena samo ženina nego i obiteljska čast.

Nasilno obljublivanje tuđe supruge kažnjavalo se smrću i oduzimanjem imovine, dok su se svi ostali oblici preljuba kažnjavali samo imovinski. Sporazumni preljub za ženu je značio gubitak miraza u slučaju da bude osuđena, dok je za muškarca preljubnika to značilo kažnjavanje novčanom kaznom. Kao što je vidljivo, postojanje ženidbe (*conubium*) ili braka (*matrimonium*) koji bi iz nje uslijedio uopće se ne spominje, što je samorazumljivo s obzirom na crkvena shvaćanja prema kojima je brak (*matrimonium*) razmjerno nevažan. S obzirom na izloženo proizlazi da su se udane žene u Vrsarskoj grofoviji smatrale osobito časnim, pa su se i povrede njihove ženidbene časti strogo kažnjavale, strože i od obeščaćenja djevice, jer neudane djevojke nisu uživale takav ugled i časnost kao udane žene. Povoljniji kaznenopravni položaj udane

⁴⁴ Škalabrin, N., *Ženidba*, pravno-pastoralni priručnik, Đakovo, 1995, str. 315.

⁴⁵ Glede preljuba povodom kojega je propisano pokretanje kaznenog postupka *ex officio* v. uredbu 14. odjeljka; detaljnije *infra*.

⁴⁶ U izvorniku: *Dichiarimo però che l'accusare nel debito dell'adulterio contro la Donna sia lecito solo al marito di lei, et al padre, fratelli, e Zii dell'uno, ò dell'altro d'esse. Uredbe, op. cit. u bilj. 5, str. 472 (prijepis), 540 (prijevod).*

žene u Vrsarskoj se grofoviji ogledao i u činjenici da bi se ona u slučaju optužbe za preljub mogla braniti na dva načina: ili tako što bi osporavala svoje preljubništvo ili tako što ga ne bi osporavala, ali bi tvrdila (i dokazala) da je njezin suprug počinio preljub prije nje, pri čemu je zakonodavac izrijekom propisao: *Međutim dokaže li supruga da je njezin suprug počinio preljub prije nego ona sama, određujemo da optužba protiv nje bude ništava.*⁴⁷

Osim dovršenog djela u Vrsarskoj grofoviji inkriminiran je i pokušaj: *I samo za pokušaj drugih nemoralnih radnji, poput poljupca ili sličnih, počinitelj se kažnjava kaznom koju proizvoljno odredimo.*⁴⁸ Na mnogim se mjestima razabire da vrsarsko pravo *in criminalibus* poznaje različite stadije počinjenja kaznenog djela – pokušaj i dovršeno djelo, pa sukladno tome dovršen zločin kažnjava strože od pokušaja.

Kažnjavanje za pokušaj, za razliku od dovršenog djela, nije bilo normativno razrađeno, nego je porečki biskup imao pravo vlastitom prosudbom (*arbitrium*), tj. potpuno diskrecijski, odrediti vrstu i visinu kazne. U potonjemu se uređenju ogledaju snažni utjecaji mletačkoga prava, u kojemu se kažnjavanje (i u pogledu vrste i visine kazne) provodilo prosudbom magistrata temeljem njihova najširega *arbitrium* (diskrecije), a ne na temelju unaprijed definiranoga kaznenopravnog okvira.⁴⁹

4.3. Silovanje (*stupro*)

Silovanje se u Vrsarskoj grofoviji – uređeno u 8. odjeljku *Parte criminale* njezine pravne zbirke – smatra nepoštivanjem djevičanske časti. Naime kazneno se djelo sastoji u obeščašćivanju ili odvođenju dorasle žene⁵⁰ koja je djevica, pa čak i uz njezin pristanak dobiven zbog obećanja o sklapanju ženidbe.⁵¹ Proizlazi dakle da je pojmom *stuprum* obuhvaćeno ne samo obljublivanje

⁴⁷ U izvorniku: *Ma se la moglie provarà il marito suo esserstato prima di lei adultero, l'accusa data contro di essa, Vogliamo, che sia nulla. Uredbe i naredbe ..., v. Uredbe, ibid.*

⁴⁸ U izvorniku: *E per l'attentato solo ad altri atti impudichi come baciare, ò simili, il delinquente sia punito con pena à Noi arbitraria [ma se]. Uredbe, op. cit. u bilj. 5, str. 472 (prijepis), 540 (prijevod).*

⁴⁹ O širokim diskrecijskim ovlastima mletačkih magistratura vidi: Povoło, *op. cit.* u bilj. 6, str. 534-535; Arbel, B., „Venice's Maritime Empire in the Early Modern History“, *A Companion to Venetian History, 1400-1797*, Dursteler, E. R. (ur.), Leiden, 2013, str. 158, 160.

⁵⁰ Doraslom se smatrala žena s navršениh 12 godina života. O tome u nastavku.

⁵¹ U izvorniku: *Chi usarà così poco rispetto all'honesta virginale, il quale ad alcuna levarà l'honore, ò vero la condurà via ancorche di consenso suo, e con pretesto, e promesse di volerla poi pigliare, per moglie incorrerà in pena di cento scudi d'applicarsi alla Camara Nostra, e sarà tenuto quella pigliar per moglie, ò vero dotrala ad arbitrio Nostro secondo la conditione loro. Uredbe, op. cit. u bilj. 5, 472-473 (prijepis), 541 (prijevod).*

počinjeno nasilno, odnosno bez pristanka djevice (*stuprum violentium*), već i obljublivanje počinjeno prije ženidbe kao posljedica pristanka djevice postignutog obećanjem da će je obljuditelj oženiti, i to neovisno o činjenici je li obećanje bilo vjerodostojno, pa je uslijedila ženidba, ili je bilo lažno.⁵² *Ratio* odredbe jasna je i nadasve podudarna s općepoznatim crkvenim shvaćanjima o nedopuštenosti spolnog općenja prije ženidbe, pa čak ni između nevjestice i ženika.⁵³

Drugi i treći paragraf odjeljka br. 8 uređuju *stuprum violentium*, a iz njih se saznaje da je u jednakome režimu kao i djeвица bila neudana djevojka koja više nije bila djeвица, ali i udovica koju bi netko nasilu obljudio.

Posebno je zanimljiva propisana kaznenopravna sankcija koja nije strogo penalnoga karaktera. Počinitelja koji bi obljudio djevicu kažnjavalo se novčano (sa stotinu škuda), a osim toga bi oštećenicu – sukladno biskupovoj prosudbi njezina društvenog statusa – morao oženiti ili joj dati miraz. Ako bi počinitelj nasilu obljudio djevojku koja nije bila djeвица ili udovicu, ili bi koju od njih nasilno odveo, propisano je sljedeće: ... *osim što joj mora dati miraz, prvoj na način kako je to uobičajeno, a glede druge osnivanje miraza bit će učinjeno prema našoj prosudbi, njemu će se izreći smrtna kazna i [plaćanje] dvije stotine škuda*.⁵⁴ Kao i kod preljuba, i u odredbama o silovanju iščitava se da je vrsta i visina kazne bila uvjetovana osobnim svojstvom (tj. statusom, staležom) žene u vrsarskoj društvenoj zajednici. Silovanje prema djevojci koja je djeвица imalo je najblažu kvalifikaciju, dok je počinjenje toga djela prema starijoj djevojci koja nije bila djeвица ili udovici bilo kvalificirano kao teži oblik inkriminirajućeg ponašanja. S obzirom na to jasno se iščitava da su žene imale različit kaznenopravni položaj s obzirom na dob, bračno stanje i društvenu pripadnost.

I kod silovanja se, osim dovršenog djela, kažnjavao i sam pokušaj, pa je za sve kategorije žena kao oštećenica i za sve oblike tog kaznenog djela bilo propisano da se počinitelja kazni *trima udarcima konopom*,⁵⁵ s 25 škuda,

⁵² Glede rimskog značenje izraza *stuprum* u kontekstu Augustove *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18. ili 17. g. pr. Kr.) v. Jaramaz Reskušić, *Lex Iulia*, posebice str. 669-670; o regulaciji silovanja tijekom razvoja rimskog prava detaljnije v. u nastavku, odnosno u sljedećem broju ovog časopisa.

⁵³ U srednjemu vijeku takvo shvaćanje razložili su Petar Lombardo, a u području rimsko-kanonskog postupovnoga prava Guillelmus Durantis; v. Dedek, J. F., „Premarital sex: The theological argument from Peter Lombard to Durand“, *Theological studies*, br. 41, 1980, str. 643-667.

⁵⁴ U izvorniku: *E chi forzatamente stuprurà Dongella, o Vedova ò condurà via alcuna d'esse forzatamente, oltre il dover [ver] dotare l'una competentemente, et all'altra costituire sopra dote ad arbitrio Nostro, egli s'intenderà incorso in pena della morte, e di scudi doicento*. Uredbe, *op. cit.* u bilj. 5, str. 472-473 (prijepis), 541 (prijevod).

⁵⁵ Udaranje konopom ili užadi u vrsarskim uredbama i naredbama razmjerno je česta kazna. Nju se ne smije poistovjećivati s pukim bičevanjem. Radilo se o udaranju konopom ili užadi po golome dijelu tijela osuđenika, prilikom čega se mogao rabiti običan konop, među-

*i to povrh toga što će morati dati zadovoljštinu zbog povrede interesa te stranke.*⁵⁶

4.4. Razdjevičenje spolno nedozrele djevojke (*defloratione di donzella*)

Posebno kazneno djelo u devetom je odjeljku konfigurirano za slučaj razdjevičenja djevojke koja još nije dosegla spolnu zrelost. Dosljedno uzoru u rimskom pravu, vrsarska pravna zbirka dobnu granicu spolne zrelosti postavlja na 12 godina. Naime dobna granica ženske dolaslosti od vremena rimskoga klasičnog prava postavljala se na navršениh 12 godina jer se smatralo da ona otprilike tada postaje spolno zrela, odnosno prirodno sposobna roditi.⁵⁷ Ta dobna granica u rimsko-kanonskom pravu srednjeg vijeka ostala je nepromijenjena, a odatle je kao univerzalno pravilo recipirana i u statutarne propise srednjovjekovnih i novovjekovnih općina.

Usporede li se 8. i 9. odjeljak, razabire se da vrsarsko pravo čini razliku između *devirginatio* i *defloratio*. Premda C. du Cange u glasovitu glosariju srednjovjekovnoga latiniteta ta dva pojma smatra istoznačnicama, vrsarska pravna zbirka među njima u kaznenopravnom smislu postavlja jasnu razliku.⁵⁸ *Devirginatio* je u Vrsarskoj grofoviji uređena u odjeljku br. 8, naziva se *stupro* i predstavlja kaznenopravni mehanizam zaštite dorašlih žena od povrede njihove spolne slobode (djevice, starije djevojke koja više nije djevica i udovice). *Defloratio* je pod tim nazivom uređen u odjeljku br. 9 vrsarske pravne zbirke i predstavlja mehanizam zaštite žena prije njihove dorašliosti, tj. kazneno djelo koje se može počiniti isključivo prema ženskoj osobi do navršene 12. godine. Potonje kazneno djelo odražava biskupovu promišljenu politiku zaštite spolnoga morala djevojčica.

Vrsarsko pravo uređuje dvije situacije koje se kaznenopravno različito kvalificiraju i kažnjavaju. Ako je kazneno djelo počinjeno uz pristanak nezrele djevojke, počinitelj joj mora dati miraz na način i u visini kako slobodnom prosudbom odredi porečki biskup, a kumulativno s time šalje se na galiju. Međutim ako je djelo počinjeno nasilu, počinitelj, osim davanju miraza, podliježe smrtnoj kazni i plaćanju tri stotine škuda kazne.⁵⁹

tim, ovisno o težini zločina, na taj su se konop mogli dodati tvrđi čvorovi, okruglo kamenje, kamene ili metalne oštrice, šiljci i dr. kako bi učinak kažnjavanja bio izrazitiji, tj. otegotniji po kažnjenika.

⁵⁶ V. *Uredbe, op. cit.* u bilj. 5, rubr. 8, par. 3.

⁵⁷ Eisner, B., Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948, str. 126-127.

⁵⁸ Lat. *defloratio* = *devirginatio*. Du Cange *et al., op. cit.* u bilj. 30, t. 3, col. 042b.

⁵⁹ U izvorniku: *Ma se forzatamente ciò cometterà oltre il dotarla s'intenda incorso in pena della vita, e di scudi trecento. Uredbe, op. cit.* u bilj. 5, str. 473 (prijepis), 541-542 (prijevod).

Kažnjava se i pokušaj djela, ali samo u slučaju postojanja izriječom propisanih pretpostavki. Za njegovu inkriminaciju kumulativno se zahtijeva primjena sile i činjenica da počinitelj nije uspio zadovoljiti svoj nagon. Kazna se sastoji u obvezi počinitelja da oštećenici dade miraz, a zatim ga porečki biskup prema vlastitoj prosudbi osuđuje na galiju.⁶⁰ Potonje vjerojatno znači da će trajanje kazne slanja na galiju i način njezina izvršenja kazne ovisiti o okolnostima slučaja koje će biskup uvažiti prilikom odmjjeravanja te kazne.

4.5. Rodoskrvuće (*incesto*)

Statutarna je definicija rodoskrvuća u Vrsarskoj grofoviji sljedeća: *Onaj tko, potaknut tako neobuzdanom požudom, počini zločin rodoskrvuća sa srodnikom ili svojom krvnom srodnicom i to učini nenasilno kaznit će se kaznom koju proizvoljno odredimo, sve do uključno i smrti, ovisno o stupnju krvnoga srodstva i lozi.*⁶¹ Budući da u citiranoj odredbi vrsarske pravne zbirke izostaje određenje stupnjeva srodstva o kojim bi bila riječ, opravdanim smatramo da bi odgovor na to pitanje mogao pružiti osvrt na onovremena važeća opća pravila univerzalne Crkve. Pritom bi odlučan standard glede određenja krvnoga srodstva u kontekstu tih odredbi trebao predstavljati kan. 50 donesen na Četvrtom lateranskom saboru (1215.), kojim se relativnom bračnom zaprekom krvnoga srodstva utvrđuje srodstvo u uspravnoj lozi u svim stupnjevima, a u pobočnoj lozi do uključno četvrtoga stupnja. Prema tome bi se rodoskrvućem⁶² u Vrsarskoj grofoviji smatrali spolni odnosi svih srodnika u uspravnoj lozi, a u pobočnoj do uključno četvrtoga stupnja, uzimajući pritom u obzir način računanja srodstva prema kanonskome pravu.⁶³

⁶⁰ U izvorniku: *E se il delitto non verra consumato, purchè l'atentante habbi usato violenza, e per lui non sia restato, sia condannato et al dotarla, et alla Galera ad arbitrio nostro. Uredbe, ibid.*

⁶¹ U izvorniku: *Quello, che indotto da così effrenata libidine commeterà il [il] delitto d'incesto con parente, o consanguinea sua, ciò facendo senza violenza sia castigato con pena à Noi arbitraria sino alla morte inclusive, atento il grado della consanguinitade, ò parentela. Uredbe, op. cit. u bilj. 5, str. 473 (prijepis), 542 (prijevod). Glede poimanja i kažnjavanja incestum tijekom razvoja rimskog prava v. u nastavku, odnosno u sljedećem broju ovog časopisa.*

⁶² O rodoskrvuću v. Milović, Đ., „Delikti protiv braka, porodice i javnog morala s gledišta riječkog statutarnog prava XVI. stoljeća“, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 14, 1970, str. 395-396.

⁶³ U srednjovjekovnom kanonskom pravu srodstvo se u pobočnoj lozi određuje prema broju poroda samo u jednoj liniji, a ako postoji više linija koje nisu jednake, onda se uzima dulja linija. Stupnjevi srodstva računaju se po broju poroda do prvoga zajedničkog pretka. Takvo računanje srodstva naziva se germanskim ili *computatio naturalis*. U Crkvi se primjenjivalo do 1983. godine i donošenja važećega *Zakonika kanonskoga prava*.

Kvalificiranim oblikom smatralo se rodoskrvnuće počinjeno primjenom sile, za što je bila propisana smrtna kazna s plaćanjem tri stotine škuda.⁶⁴ Osim toga kvalificirani oblik rodoskrvnuća u Vrsarskoj je grofoviji predstavljalo i djelo počinjeno prema nedoraslom srodniku, pod čime se podrazumijevala kako ženska osoba s nenavršenih 12 godina tako i muška osoba s nenavršenih 14 godina.⁶⁵ Ako bi takav oblik djela bio počinjen bez primjene sile, propisana je kazna kao osnovno djelo rodoskrvnuća, a ako bi bio počinjen nasilu, kažnjavao se kao prvospomenuti kvalificirani oblik, uz dodatnu obvezu davanja miraza i nečeg drugog, pri čemu se uvažavalo stanje oštećene osobe. S obzirom na izričaj te odredbe, odnosno obvezu davanja miraza, moglo bi se zaključiti da se u praksi oštećenikom smatralo žensku osobu.

4.6. Zločin nastranosti (*delitto nefando*)

*Delitto*⁶⁶ *nefando* zajednički je naziv za sva kaznena djela koja su počinjena *contra naturam*, a bila je riječ o svakoj spolnoj aktivnosti koja nije bila usmjerena na začecje i prokreaciju unutar ženidbene zajednice. U Vrsarskoj je grofoviji zločin nastranosti bio uređen u odjeljku br. 11, i to sljedećim normativnim izričajem: *Onaj tko će biti tako nečastan i sramotan da počini nastrani zločin spolnog općenja sa životinjom kaznit će se, također, kaznom sramotne smrti vješanjem, spaljivanjem i oduzimanjem imovine.*⁶⁷ Zločin je prozvan po starozavjetnome gradu Sodomi, a u Vrsarskoj grofoviji označavao je spolno općenje sa životinjom (zoofilija). Od Justinijana to kazneno djelo shvaća se kao đavolja i nedopuštena opačina, koja na sebe navlači Božju srdžbu.⁶⁸ Susljedno tome u kanonskome se pravu tijekom XI. i XII. st. uzima kao *crimen atrocissimum* i *contra naturam* (protuprirodni blud). Treći lateranski sabor (1179.) u kanonu br. 11⁶⁹ utvrdio je pak crkveno shvaćanje tog zločina, shvaćanje koje vjerojatno

⁶⁴ U izvorniku: *Ma se tale incestuoso ciò commetterà forzatamente, sia punito in pena della testa, e di trecento scudi. Uredbe, op. cit. u bilj. 5, str. 473 (prijepis), 542 (prijevod).*

⁶⁵ U izvorniku: *E se tal parente, o consanguinea fosse dongella, Vogliamo, che il delinquente oltre le pene sudette sia tenuto dotarla conforme compostarano le forze dell'uno, e richiesteranno le conditioni dell'altra. Uredbe i naredbe ..., Uredbe, ibid.*

⁶⁶ Ne postoji pojmovna ujednačenost i dosljednost prilikom navođenja generičkoga naziva protupravnih djela. Navode se *crimen, delitto*, češće *transgressione*, a najčešće *contrafattione*. U vrsarskoj zbirci to su većinom istoznačnice.

⁶⁷ U izvorniku: *Chi sarà così infame, ed obrobrioso, il quale commetterà il nefando delitto della Sodomia, quello sia castigato ancora in pena d'ignominosa morte della forca, del fuoco, e confiscatione de beni. Uredbe, op. cit. u bilj. 5, str. 473 (prijepis), 542 (prijevod).*

⁶⁸ *Nov. Iust.* 77 i 144.

⁶⁹ Njime se svakome kleriku koji je pristupio u sveti red zabranjuje da živi u izvanbračnoj zajednici te da u svojoj kući drži družice (konkubine). Nadalje pod prijetnjom najstrožih ka-

potječe od pape Inocenta II.,⁷⁰ a koje je na tom saboru prihvatio papa Aleksandar III., a potom i papa Grgur IX. u svojim dekretalima.⁷¹

Premda su pravila kanona br. 11 preuzeta u Vrsarsku grofoviju, promatrano vrsarsko pravilo kazuističke je naravi te zasigurno odražava mjesne prilike, odnosno uređuje samo onaj segment inkriminacije *contra naturam* koji se stvarno dogodio ili barem predvidivo mogao dogoditi u Vrsarskoj grofoviji. U odnosu na široko poimanje općeg prava Crkve glede kažnjivih djela *contra naturam* domašaj te odredbe u Vrsarskoj je grofoviji u bitnome sužen te se odnosi samo na sodomiju (zoofiliju). Pritom valja istaknuti da je tijekom XIII. i XIV. st. čak i sodomija – kao jedan od oblika protuprirodnog bluda – bila šire pojmovno postavljena obuhvaćajući i spolne odnose kršćana sa židovima i muslimanima te sa svima koji su bili nepodobni.⁷²

Premda su težina inkriminacije i strogost kazne zapriječene za *delitto nefando*, odnosno sodomista, u Vrsarskoj grofoviji načelno odražavali shvaćanja i trendove u univerzalnoj Crkvi, postojala su i određena odstupanja. Naime za razliku od općeg prava Crkve prema kojemu su smrtnu kaznu mogli izbjeći okrivljenici koji bi priznali počinjenje takva zločina,⁷³ u Vrsarskoj se grofoviji kažnjavanje provodilo strogo i beziznimno, odnosno bez mogućnosti da se na bilo kakav način (priznanjem, pokajanjem i sl.) izbjegne propisana smrtna kazna. Osim toga treba naglasiti da se u Vrsarskoj grofoviji smrtna kazna provodila vješanjem uz spaljivanje tijela, mada pritom nije bilo precizirano je li se osuđenik mazao uljem i spaljivao usporedno s vješanjem ili se njegovo mrtvo tijelo spaljivalo nakon dovršenog vješanja. Konačno, vrsta i način izvršenja kazne, a posebno spaljivanje sodomista, odražava težnju da se svaki fizički ostatak takva osuđenika zatre zbog odvratnosti počinjenog djela.

nonskih i civilnih kazni zabranjuje mu se svaki oblik protuprirodnoga bluda. Napokon, zabranjuje mu se da bez jasnog i nužnog razloga prisustvuje na kapitulima ili drugim okupljanjima redovnica. Za tekst v. *Decrees of the Ecumenical Councils*, Albrigo, G., Tanner, N. P. (ur.), vol. 1, London – Washington DC, 1990.

⁷⁰ Naime u literaturi se navodi da je papa Inocent II. još ranije formulirao nekoliko delikata radi zaštite crkvene stege, društvenog reda i morala, koji su kasnije prihvaćeni na Trećem lateranskom saboru u obliku kanona br. 11, 12, 13, 15, 16, 20, 21, 22 i 25; v. Robinson, I. S., *The Papacy, 1073 – 1198: Continuity and Innovation*, Cambridge Medieval Textbooks, Cambridge, 1990, str. 139; Duggan, *op. cit.* u bilj. 3, str. 335-338.

⁷¹ *Liber extra* X.4.31.4.

⁷² Potonje shvaćanje napušteno je početkom novoga vijeka; o svemu detaljnije, Richards, J., *Sex, Dissidence and Damnation. Minority Group in the Middle Ages*, London – New York, 2007, str. 88ff, 132ff.

⁷³ Brundage, *op. cit.* u bilj. 36, str. 213, s odgovarajućim izvorima kanonskoga prava.

4.7. Svodništvo (*lenocinio*)

Srednjovjekovni kanonisti (dekretalisti), počevši od Gracijana sredinom XIII. st., zauzeli su – po uzoru na rimska pravna shvaćanja – negativan stav prema prostituciji, ali takvo neprihvatljivo ponašanje nisu smatrali najtežim zločinom. Shvaćanja glede svodništva bila su umnogome drugačija i stroža, pa su svodnici *ipso facto* smatrani nečasnima (*infames*).⁷⁴ Odjeljak br. 12. kaznenog dijela vrsarske zbirke dokumentira mnogo strožu kvalifikaciju svodništva u Vrsarskoj grofoviji negoli je to slučaj u shvaćanjima dekretalista XIII. stoljeća: *Tko bude svodnik, ili svodnica ili snubilja, te na bilo kakav način pruži pomoć ili dade savjet radi počinjenja gore rečenih zločina iz požude, ako je [počinitelj] muškarac, kaznit će se onim kaznama namijenjenima glavnome počinitelju, a ako je [počinitelj] žena, kaznit će se bičevanjem, izlaganjem na berlinau i izgonom, prema našoj prosudbi.*⁷⁵

Izrazito negativan stav vrsarskog zakonodavca prema svodništvu ogleda se kako u jednakom kaznenopravnom tretmanu glavnog počinitelja i njegovih pomagača i/ili poticatelja tako i u činjenici da se djelo kvalificira jednako, odnosno neovisno o spolu počinitelja. Unatoč tome, a jedinstveno u okviru vrsarskog uređenja kaznenih djela protiv spolnoga morala, za djelo svodništva propisuje se ne samo različito, odnosno spolno uvjetovano, već i vrlo neodređeno kažnjavanje. Naime dok se za svodnike kažnjavanje propisuje tehnikom upućivanja, a da pritom iz odredbe nije jasno koja će mu se kazna izreći, odnosno za koje to drugo kazneno djelo, za svodnice se kažnjavanje prepusta slobodnoj odluci biskupa u okvirima propisane specifične kazne mješovitog i graduirajućeg karaktera, odnosno od tjelesne kazne bičevanja i javnog sramoćenja izlaganjem na *berlinu*⁷⁶ do progona iz Vrsarske grofovije kao svojevrsnog oblika ženine društvene smrti. Tako je biskup svodnici mogao nametnuti sva

⁷⁴ Brundage, J. A., *ibid.*, str. 308-310, 392; glede poimanja i kažnjavanja svodništva (*lenocinium*) tijekom razvoja rimskog prava recentno v. u nastavku odnosno u sljedećem broju ovog časopisa.

⁷⁵ U izvorniku: *Chi sarà mezz(e)nno, ò mezzana, o Ruffiana, et inqualsivoglia modo dara aiuto, ò consiglio per effettuazione d'alcun delle sopradetti libidinosi, se sarà huomo sia punito con le mede(s)ime pene del delinquente principale, se sarà Donna sia punita con pena della frusta, berlina, e bandita ad Arbitrio Nostro. Uredbe i naredbe ... Uredbe, op. cit. u bilj. 5, str. 473 (prijepis), 543 (prijevod).*

⁷⁶ Lat. *berlina, barlina*, tal. *berlina*, stup je smješten na kakvu javnome mjestu gdje se uobičajeno nalazi veći broj ljudi (najčešće na trgu ili u blizini mjesne crkve) o koji se privezivalo prijestupnike s ciljem da ih se izvrgne pogledu mještana i poruzi te na taj način prokaže kao poročne. Riječ je o općem, a ne mjesnome pojmu. Taj se pojam objašnjava na sljedeći način: *columna ad quam iuris violator ad ludibrium et exemplum aliorum alligabatur* (u prijevodu: *stup na koji se povreditelj prava vezuje na ruglo i kao primjer ostalima*). *Lexicon latinitatis medii Aevi Iugoslaviae*, vol. 1, Kostrenčić, M. (ur.), Zagreb, 1973, *berlina, barlina* (str. 115).

tri propisana oblika kažnjavanja, neke ili samoj jedan od njih, a pritom je mogao odrediti broj udaraca bičem, trajanje izlaganja na stup srama i slično.

Navedena stroga kaznenopravna shvaćanja i penalna politika razmjerno se pouzdano mogu kontekstualizirati vrsarskim mjesnim prilikama na prijelazu iz srednjega u novi vijek, prilikama koje u određenoj mjeri mogu pridonijeti boljem razumijevanju ciljeva kaznene politike vrsarskog zakonodavca u odnosu na sva kaznena djela protiv spolnog morala. Naime od početka XVI. st. Vrsarska grofovija bilježi višestruki porast broja stanovnika (s dotadašnjih otprilike 300 na više od tisuću) kao posljedicu stabilnosti vlasti, izostanka kužnih i malarijskih epidemija te oboljenja na njezinu teritoriju, neuključenosti u globalne habsburško-mletačke ratne sukobe (Rat Cambraiske lige 1508.-1528. i Uskočki rat 1615.-1618.), ali i činjenice da je u odnosu na Mlečane i Habsburgovce to bilo autonomno i imunitetno područje na kojemu su se mogli skloniti osuđenici iz područja drugih jurisdikcija. Gospodarska autonomnost, posebno u odnosu na Mlečane, i neizloženost trgovinskim restrikcijama dodatno je pogodovala naseljavanju trgovaca, krijumčara, špekulanata, brodara i sličnih osoba. Daljnja posljedica takvih prilika bio je i velik protok ljudi, napose stranaca, koji su se tu privremeno ili povremeno zadržavali, što je rezultiralo velikim brojem gostionica i krčmi na tako malom i slabo naseljenom prostoru. Svi ti čimbenici stvarali su ambijent optimalan za svodništvo, odnosno društveni kontekst koji pogoduje povećanom broju kaznenih djela protiv spolnog morala.⁷⁷ Stoga se izložena pravila o svodništvu čine direktnom reakcijom vrsarskog zakonodavca na takve specifične mjesne prilike.

4.8. Priležništvo oženjenih muškaraca (*uxorati* *concupinarj*)

U trinaestom odjeljku uređuje se kvalificirani oblik klasičnoga preljuba kakav je poznat u izvorima općega kanonskog prava. Kvalifikatorno obilježje u Vrsarskoj grofoviji daje mu činjenica da oženjeni muškarac ima priležnice,⁷⁸ a s obzirom na mjesto gdje ih drži diverzificirano je njegovo kažnjavanje: naime ako ih drži u domu u kojem živi sa suprugom, novčana je kazna dvostruka u odnosu na situaciju kada ih drži drugdje. Osim imovinske kaznenopravna

⁷⁷ Vergottin, B., *Del più vero primo titolo giurisdizionale de vescovi di Parenzo nel distretto d'Orsara*, Mletci, 1801, str. 8; Budicin, M., „Alcune linee e fattori di sviluppo demografico di Orsera nei secoli XVI – XVIII“, *Atti del Centro di ricerche storiche – Rovigno*, br. 18, 1988, str. 94; *Statuti, et ordini da osseruarsi nel Castello di Orsera, & suo contado, ordinati dall'illustrissimo, & reuerendissimo vescouo di Parenzo, conte, & signor de ditto luoco*, Udine, 1609, kapituli br. 9, 15, 22, 25, 33, 39, 44, 55 i 57. Glede cjelovite studije v. *Uredbe, op. cit.* u bilj. 5, str. 21-26.

⁷⁸ *Concupinari* → *qui concubinam habet*. V. Du Cange, *op. cit.* u bilj. 30, t. 2, col. 483b. Odnosi se isključivo na muškarca.

sankcija sastojala se i u javnoj difamaciji takva supruga, koja nije bila samo deklaratorne prirode nego je – poput rimske *infamia mediata* – rezultirala i gubitkom pristupa svim javnim službama (*ius honorum*) u Vrsarskoj grofoviji.

Odredbe promatranog, kao i sljedećeg, odjeljka mogu se tumačiti dvojako: strogo pravno, ali i sociološki. Budući da je taj *crimen* imao i duboku moralno-teološku pozadinu – suprugov preljub predstavlja najgrublju povredu ženidbenih obećanja i obveze ženidbene vjernosti, s pravnoga gledišta njime se ozakonjuju teološko-filozofska shvaćanja o poročnosti preljuba, a ujedno suzbijaju poligamijske prakse u Vrsarskoj grofoviji.⁷⁹ Time se zasigurno pridonosilo afirmaciji žene i supruge kao osobe dostojanstva jednakog muškarčevu, čemu dodatno pridonosi precizna naznaka da se kazneno djelo odnosi samo na oženjene muškarce (*uxorati*). S druge strane, budući da i taj odjeljak odražava društvene prilike u Vrsarskoj grofoviji, opisano uređenje pokazatelj je stvarnog (faktičnog) ženina položaja u uvjetima kada bi njezin suprug pribjegao prilježništvu. Naime u takvim okolnostima njezin je položaj u ženidbenoj, kućnoj i društvenoj zajednici bio faktički kudikamo nepovoljniji negoli što bi se moglo zaključiti s obzirom na pravila o njezinu pravnome subjektivitetu.

4.9. O supruzi (*della moglie*)

Četnaesti odjeljak treba tumačiti kao logični te prirodni nastavak prethodnoga (br. 13) jer se njime zabranjuje pristajanje na preljub i prostituciju vlastite supruge: *Bude li neki suprug tako nečastan da znajući pristane da njegova supruga prodaje svoje tijelo i obraduje se preljubu, određujemo da će se on kazniti kaznom trajnog odašiljanja na galiju, i da se to zlo smije istraživati po službenoj dužnosti, samom činjenicom da mu je prethodila glasina.*⁸⁰ Opisano kazneno djelo zastupljeno je i u statutarним pravima čisto laičkih općina,⁸¹ a adresirano je na „nemarnog“ supruga, kojega se indirektno obvezuje da spriječi prostituiranje vlastite supruge ako mu je ono poznato. Pritom se u vrsarskoj pravnoj zbirci izrijekom – inače iznimno rijetko – propisuje da će počinitelj

⁷⁹ Glede augustovskog poimanja, odnosno nekažnjivosti izvanbračnog spolnog odnosa oženjenog Rimljanina počinjenog s osobom iz široko postavljene skupine nečasnih žena (ropkinje, prostitutke, vlasnice gostionica, svodnice, javne prodavačice roba na malo, glumice, osuđene preljubnice, peregrinke neudane za rimske građane) v. Jaramaz Reskušić, *Lex Iulia*, str. 670-676, 711; glede postklasične regulacije suprugova preljuba v. u nastavku, odnosno u sljedećem broju ovog časopisa.

⁸⁰ U izvorniku: *Se sarà marito alcuno così infame il quale scientemente consentirà, che la moglie sua faccia guadagno del suo corpo, e si godi con l'adultero · Statuemo, che egli sia punito con pena della Galera perpetua, e che di tal delitto si possa inquirere ex officio fama sola precedente. Uredbe i naredbe ... Uredbe, op. cit. u bilj. 5, str. 474 (prijepis), 543 (prijevod).*

⁸¹ Milović, *op. cit. u bilj. 58, str. 402-403.*

tog kaznenog djela biti gonjen *ex officio*, štoviše, i na temelju najmanje indicije (primjerice govorkanja, mrmrljanja, glasina među narodom) o takvu ponašanje.

O poimanju opisanog ponašanja kao opasnog i štetnoga dodatno svjedoči i kažnjavanje počinitelja tjelesnom kaznom odašiljanja na galiju, koja se prema vrsarskoj pravnoj zbirci smatrala jednom od najstrožih kazni među onima koje se nisu sastojale u smrti počinitelja. Postavlja se pitanje zbog čega su se u Vrsarskoj grofoviji neka kaznena djela protiv spolnog morala – sa suvremenog motrišta mnogo teža – kažnjavala mnogo blaže, pa čak i samo novčano? S kanonskoga gledišta opisano suprugovo ponašanje predstavljalo je svjesno pristajanje na vrijeđanje dostojanstva sakramenta ženidbe. A kada se zna, s jedne strane, da je to jedini sakrament koji ne podjeljuje svećenik, nego si ga međusobno podjeljuju nevjesta i ženik, a s druge strane činjenica da se ženidba u kanonskome pravu poimala kao ugovor, navedeno shvaćanje vrsarskoga zakonodavca moglo je proizlaziti ne samo iz duhovne naravi ženidbe već i iz uvažavanja civilnog, rimskog pravnog pravila *pacta sunt servanda*.⁸²

5. ZAKLJUČAK

Kako na univerzalnoj, tako i na partikularnoj razini kanonski je zakonodavac sve oblike povrede spolnoga morala kvalificirao javnim kaznenim djelima želeći time izraziti da se njima ne povređuje samo interes konkretne žrtve nego i ćudoredna shvaćanja čitave zajednice. Na primjeru vrsarske zbirke jasno se uočava opće kanonskopravno shvaćanje, prema kojemu je riječ o materiji od najveće važnosti, koja je upravo s obzirom na važnost dobra koje se njome zaštićuje rangirana na visokom mjestu u sustavu reguliranih kažnjivih ponašanja. Takvo kanonsko shvaćanje i uređenje (da su *crimina* protiv spolnoga morala u sustavu kaznenih djela posebno teška), koje je umnogome uvjetovano religijskim predodžbama i svjetonazorskim shvaćanjima, u Vrsarskoj je grofoviji transponirano u civilni (statutarni) općinski sustav jer je njegov poglavar – kao civilni vlastodržac i feudalac – bio porečki biskup. Pritom provedena analiza nedvojbeno pokazuje da je vrsarska pravna zbirka svjedočanstvo mogućnosti da u mjesnim ili krajevnim okvirima crkvena vlast (predstavljena mjesnim ordinarijem) uspostavi, u određenoj mjeri sebi prilagođena, shvaćanja i kvalifikacije kaznenih djela protiv spolnoga morala, koja su u nekim elemen-

⁸² Glede relevantne kanonske literature v. Vukšić, T., „Zaruke i dostojanstvo ženidbe: povijesno-pravni vid“, *Zbornik radova VII. međunarodnog znanstvenog simpozija crkvenih pravnika u Subotici, 11.-12. listopada 2013.*, Šalković, J. (ur.), Zagreb, 2013, str. 19-24; Milotić, I., „Zaruke u europskoj pravnoj tradiciji do XIX. stoljeća i njihovo uređenje na hrvatskom pravnom prostoru“, *Zbornik radova VII. međunarodnog znanstvenog simpozija crkvenih pravnika u Subotici, 11.-12. listopada 2013.*, Šalković, J. (ur.), Zagreb, 2013, str. 55-66.

tima ponešto različita od univerzalnih pravnih shvaćanja opće Crkve, te da ih transponira u civilni pravni poredak.

Čini nam se da je u svim razloženim uređenjima pojedinih kaznenih djela protiv spolnog morala u središtu žena: njezino dostojanstvo i dobrobit. Žena je to bitno dobro koje se zaštićuje uspostavljenim kaznenim pravilima. Pritom se misli na ženu različitih dobi, statusa, časti i drugih karakteristika: primjerice, udanu, neudanu (djevojku), djevicu i one koje to više nisu, nedorasle (djevojčice), prostitutke i druge. Takvo shvaćanje o ženama podrazumijeva da zakonodavac uviđa ne samo važnost nego i bitnost žene kao osobe koja, neovisno o svim društvenim kvalifikacijama i statusnim diverzifikacijama, jedina ima reproduktivni potencijal. A upravo potonje je za tadašnja društva, pa i ovo vrsarsko, bilo od višestruke i presudne važnosti, pa su sukladno tome izgrađene kaznenopravne politike u najvećoj mjeri usmjerene zaštiti žene od različitih teških oblika nasilja i izivljavanja kojima se vrijeđa njihov spolni moral. Uostalom, na primjeru vrsarske zbirke to najbolje i na sasvim jedinstven način potvrđuje te snažno afirmira analizirana odredba o rodnoj neutralnosti u kaznenim stvarima. Ona u tadašnjemu društveno-pravnom kontekstu podrazumijeva rijetku specifičnost i iznimku – da se muškarac i žena u kaznenim stvarima tretiraju potpuno jednako i smatraju se ravnopravnima, što temeljem *argumentum a contrario* nije bio slučaj s primjenom odredaba iz *Parte civile* vrsarske pravne zbirke.

Za razliku od – primjerice – rimskoga prava kanonsko pravo koje se zrcali u vrsarskoj pravnoj zbirki kvalifikatornim elementima analiziranih kaznenih djela postavilo je neke čimbenike koji su jasan odraz kršćanskog nauka: postojanje ženidbenog veza, vjernost među ženidbenim drugovima, zaruke, blizina krvnoga srodstva, obiteljska pripadnost, ranjivost nedoraslih i slično.

Daljnja specifičnost zbirke vrsarskog prava ogleda se – ponajvećma u usporedbi s rimskim pravom – u oblikovanju i načinu pravnog izražavanja pojedinih instituta, pa tako i analiziranih kaznenih djela protiv spolnog morala. Naime čitavo uređenje vrsarskog prava, pa tako i ono zastupljeno u *Parte criminale*, ne odražava sustav kazuistike ili presedana, nego sustav apstraktnih pravnih normi. U vrsarskoj pravnoj zbirki promatrani su instituti izraženi normama koje su opće i hipotetske te namijenjene primjeni na neodređen broj slučajeva koji bi se predvidivo mogli dogoditi u budućnosti. To je posebno zanimljivo ne samo zbog činjenice što je u tadašnjemu vremenu bilo rijetkost, već i zbog činjenice da kanonsko pravo do 1917. godine nije bilo kodificirano i na univerzalnoj je razini nastajalo umnogome upravo kazuistički. Stoga je vrsarski izričaj kaznenih djela protiv spolnog morala specifičan, a donekle i odstupa od trenda u univerzalnoj Crkvi. Dodatno takvu dojamu pridonosi izražena nomotehnička kvaliteta – preciznost, jasnoća, pregnantnost, usustavljenost – razmatranih kaznenih odredaba, koja svekoliko odudara od srednjovjekovnih, pa i novovjekovnih praksi izrade pravnih pravila, koje su se većinom oslanjale na deskriptivnost i glašenu nenormativnost.

Međutim unatoč vrsarskim partikularnostima i istodobnom postojanju vlastitog univerzalnog režima opće Crkve poveznice naznačenih kanonskopравnih rješenja na svim razinama u vrsarskoj zbirci s rimskim pravom (*ius civile*) očite su. Tu tvrdnju najočitije potvrđuje tehničko latinsko pravno nazivlje instituta i ostalih institucijskih sastavnica ili ono koje je sigurno latinske provenijencije, a koje je u promatranoj materiji u cijelosti preuzeto iz rimskoga prava, dakako prilagođeno i izraženo istromletačkim jezikom. Zbog brojnosti i važnosti poveznica, koje nisu samo pojmovne, nego i sadržajne prirode, nužno je pružiti iscrpnu analizu svih elemenata koji povezuju kanonsku narav i rimske pravne uzore glede *crimina* protiv spolnog morala sadržanih u vrsarskoj pravnoj zbirci. Potonje će autori učiniti u sljedećemu članku, koji će, kao drugi, odnosno završni dio istraživanja, biti objavljen u sljedećemu broju ovog časopisa.

LITERATURA

1. Aquinas, T., *Truth*, Volume II, Questions X-XX, prijevod: McGlynn, J. V., Indianapolis – Cambridge, 1994.
2. Arbel, B., „Venice’s Maritime Empire in the Early Modern History“, *A Companion to Venetian History, 1400-1797*, Dursteler, E. R. (ur.), Leiden, 2013, str. 125-253.
3. Babudri, F., „Un diploma di Carlo V“, *Atti e Memorie della Società Istriana di Archeologia e Storia Patria*, vol. 27, 1911, str. 77-96.
4. Bellomo, M., *Saggio sull’università nell’età del diritto comune*, Rim, 1992.
5. Belostenec, I., *Gazophylacium seu Latino-Illyricorum onomatum aerarium ...*, Zagreb, 1740.
6. Brundage, J. A., „The teaching and Study of Canon Law in the Law Schools“, *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Hartmann, W., Pennington, K. (ur.), Washington D.C., 2008, str. 98-121.
7. Brundage, J. A., *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago, 2009.
8. Budicin, M., „Alcune linee e fattori di sviluppo demografico di Orsera nei secoli XVI – XVIII“, *Atti del Centro di ricerche storiche – Rovigno*, br. 18, 1988, str. 93-120.
9. *Decrees of the Ecumenical Councils*, Albrigo, G., Tanner, N. P. (ur.), vol. 1, London – Washington DC, 1990.
10. Dedek, J. F., „Premarital sex: The theological argument from Peter Lombard to Durand“, *Theological studies*, br. 41, 1980, str. 643-667.
11. Du Cange, C. et al., *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Niort, 1883–1887.
12. Duggan, A. J., „Conciliar Law 1123-1215: The Legislation of Four Lateran Councils“, *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Hartmann, W., Pennington, K. (ur.), Washington D.C., 2008, str. 318-366.
13. Eisner, B., Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948.
14. Erent-Sunko, Z., Obadić, I., „Harmonizacija i unifikacija obiteljskog prava u Europi. Pravnopovijesne pretpostavke i (ne)moгуćnosti“, *Grčko-rimsko i kanonsko pravo. Temelji pravne kulture Zapada*, Milotić, I. (ur.), Pazin, 2020, str. 187-191.
15. García y García, A., „The Faculties of Law“ *A History of the University in Europe*, De Ridder Symoens, H. (ur.), Cambridge, 1992, 388-408.
16. García y García, A., „The fourth Lateran Council and the Canonists“, *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Hartmann, W., Pennington, K. (ur.), Washington D.C., 2008, str. 367-378.
17. García y García, A., „The fourth Lateran Council and the Canonists“, *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*,

- Hartmann, W., Pennington, K. (ur.), Washington D.C., 2008, str. 367-378.
18. Gross, K., *Udžbenik crkvenoga prava Katoličke Crkve*, Zagreb, 1930.
 19. Hespanha, A. E., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bolonja, 2003.
 20. Jaramaz Reskušić, I., *Kaznenopravni sustav u antičkom Rimu*, Zagreb, 2003.
 21. Jaramaz Reskušić, I., „*Lex Iulia de adulteriis coecondendis*: pojam, optužba i represija preljuba“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2005, vol. 55, br. 3-4, str. 663-716.
 22. Jaramaz Reskušić, I., „*Crimen adulterii* – postklasične inovacije“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2006, vol. 56, br. 4, str. 1011-1056.
 23. Jelinčić, J., „STATUTO DEL CASTELLO DI ORSERA con cenno particolare alle caratteristiche linguistiche“, *Atti – Centro di Ricerche Storiche*, Rovinj, vol. 44, 2014, str. 415-498.
 24. Klen, D., „Statut Grožnjana“, *Vjesnik Historijskog arhiva u Rijeci*, vol. 8-9, 1963-1964, str. 205-256.
 25. Knapton, M., „The Terraferma State“, *A Companion to Venetian History, 1400-1797*, Dursteler, E. R. (ur.), Leiden, 2013, str. 129-149.
 26. *Kodeks kanonskog prava s izvorima 1917. Uređen po odredbi sv. oca pape Pija X., proglašen po nalogu pape Benedikta XV.*, Herman F. (prev.), Berljak, M. (priř.), Zagreb, 2007.
 27. Križman, M., „Isprava pape Aleksandra III. iz 1178.: paleografski i filološki pristup“, *Libri žminjski*, sv. 1, Krajcar, S. (ur.), str. 27-38.
 28. Lantschner, P., *The Logic of Political Conflict in Medieval Cities: Italy and the Southern Low Countries, 1370-1440*, Oxford, 2015.
 29. *Lexicon latinitatis mediæ Aevi Iugoslaviae*, vol. 1, Kostrenčić, M. (ur.), Zagreb, 1973.
 30. Marević, J., *Latinsko-hrvatski enciklopedijski rječnik*, vol. 1-2, Velika Gorica – Zagreb, 2000.
 31. Marušić, B., *Istra u ranom srednjem vijeku*, Pula, 1960.
 32. Milotić, I., „Arbitražna po uzoru na rimsko pravo u graničnom sporu između Lovrana i Mošćenica (1646)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 40, br. 3, 2019, str. 987-1006.
 33. Milotić, I., „Zaruke u europskoj pravnoj tradiciji do XIX. stoljeća i njihovo uređenje na hrvatskom pravnom prostoru“, *Zbornik radova VII. međunarodnog znanstvenog simpozija crkvenih pravnika u Subotici, 11.-12. listopada 2013.*, Šalković, J. (ur.), Zagreb, 2013, str. 47-74.
 34. Milotić, I., „Razvoj partikularne Crkve i partikularnog crkvenog prava u razdoblju Rimskog Carstva do Justinijana“, *Zakon u životu partikularne Crkve: Zbornik radova VIII. međunarodnog znanstvenog simpozija crkvenih pravnika Trogir – Čiovo, 9.-10. listopada 2014.*, Šalković, J. (ur.), Zagreb, 2016, str. 67-88.
 35. Milotić, I., *Motovunski statut i Odluke općinskog vijeća Motovuna: prijevod, komentar i studije*, Motovun, 2016.
 36. Milotić, I., „Motovunski statut i akvilejski patrijarh“, *Grčko-rimsko i kanonsko pravo. Temelji pravne kulture Zapada*, Milotić, I. (ur.), Pazin, 2020, str. 113-147.
 37. Milotić, I., „Zaruke u kanonskoj i civilnoj tradiciji Zapada“, *Grčko-rimsko i kanonsko pravo. Temelji pravne kulture Zapada*, Milotić, I. (ur.), Pazin, 2020, str. 149-178.
 38. Milotić, I., Peranić, D., *Nomotehnika: izrada općih akata (zakona, uredaba, pravilnika, statuta, poslovnika, odluka, naputaka, naredaba i dr.) s praktičnim primjerima*, Zagreb, 2015.
 39. Milović, Đ., „Delikti protiv braka, porodice i javnog morala s gledišta riječkog statutarnog prava XVI. stoljeća“, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, vol. 14, 1970, str. 387-404.
 40. Pastović, D., „Dvostruki grijeh: kažnjavanje čedomorstva na hrvatskom području do kodifikacije kaznenog materijalnog prava 1852. godine“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb)*, vol. 23, br. 1, 2016, str. 121-152.
 41. Povolo, C., „Liturgies of Violence: Social Control and Power Relationships in the Republic of Venice between 16th and 18th Centuries“, *A Companion to Venetian History, 1400-1797*, Dursteler, E. R. (ur.), Leiden, 2013, str. 513-542.
 42. Robinson, I. S., *The Papacy, 1073 – 1198: Continuity and Innovation*, Cambridge Medieval Textbooks, Cambridge, 1990.
 43. Smith, L. J., *The Ten Commandments: Interpreting the Bible in the Medieval World*, Leiden, 2014.
 44. Šalković, J., „Stota obljetnica od stupanja na snagu prvoga zakonika kanonskog prava“, *Habsburgovci i Istra u pravu i povijesti. Zbornik radova s Petoga motovunskog kolokvija održanog 17. studenog 2018. godine u Motovunu*, Milotić, I., Vukas, B. (ur.), Pazin – Motovun, 2019, 173-193.
 45. Škalabrin, N., *Ženidba, pravno-pastoralni priručnik*, Đakovo, 1995.

46. Ullmann, W., *Medieval Papalism. The political Theories of the medieval Canonists*, London, 2013.
47. *Uredbe i naredbe za održavanje u Kaštelu Vrsar i njegovu kotaru*, Milotić, I. (ur.), Vrsar, 2017.
48. Van de Wiel, C., *History of Canon Law*, Louvain, 1991.
49. Vergottin, B., *Del più vero primo titolo giurisdizionale de vescovi di Parenzo nel distretto d'Orsara*, Mletci, 1801.
50. Vukšić, T., „Zaruke i dostojanstvo ženidbe: povijesno-pravni vid“, *Zbornik radova VII. međunarodnog znanstvenog simpozija crkvenih pravnika u Subotici, 11.-12. listopada 2013.*, Šalković, J. (ur.), Zagreb, 2013, str. 15-30.
51. Zjačić, M., „Posjedovni odnosi porečke crkve od VI. do XVI. stoljeća“, *Jadranski zbornik*, br. 8, 1973, str. 33-104.

Summary

CRIMINA AGAINST SEXUAL MORALITY IN THE LEGAL COMPILATION OF VRSAR: THEIR NATURE IN CANON LAW AND ROMAN FOUNDATIONS (CANON RULES AS A SOURCE OF STATUTORY LAW)

This paper, which represents the first part of wider research of the content and legal nature of the legal rules of canon provenance that served as a means for the protection of sexual morality in the legal compilation of Vrsar, focuses on particular criminal offences against sexual morality which were for that territory enacted and published by the Bishop of Poreč, who held sovereignty over Vrsar. The *crimina* analysed in this paper originated in universal canon law. However, in Vrsar their regimes were not adopted and adapted to the actual needs of a particular community as canon legal rules. Rather, the Bishop of Poreč as the civil sovereign in the territory enacted them as civil rules (i.e. statutory law) and portrayed them as the territory's own and self-invented criminal offences exclusively belonging to the legal system of Vrsar. In this paper, the authors analyse the relevant *crimina*. In the first place, they explain the peculiarities of the legal source (the compilation) in which the relevant criminal offences were regulated. The source represents the starting point of this research. Secondly, the authors pay attention to the language and legal drafting of the relevant legal norms and expressions, while the central part of the paper examines individual criminal behaviours against sexual morality in the aforementioned territory. Following an analysis of individual *crimina*, the authors recognise diverse factors which substantially conditioned the legislator's specific approach to such behaviours as well as to their specific regulation and to the punishment of people who committed them. Finally, by using the arguments deriving from the analysis of individual crimes against sexual morality in Vrsar, the authors elaborate on the general approaches and guidelines of the criminal law policy of the Bishop of Poreč whose main purpose was most evidently to afford effective protection of sexual morality in the territory governed by him.

Keywords: Vrsar, canon law, statutory law, sexual morality, criminal offences, legal drafting, woman

SUDSKA PRAKSA

SUDSKA PRAKSA

Dr. sc. Petar Novoselec*

1. Odnos teškog ubojstva zbog ranjivosti (čl. 111. st. 2. KZ-a) i usmrćenja zbog čedomorstva (čl. 112. st. 2. KZ-a).

Majka koja je rukom zagušila svoje dijete neposredno nakon poroda počinila je teško ubojstvo iz čl. 111. st. 2. KZ-a, a ne čedomorstvo iz čl. 112. st. 2. KZ-a.

VSRH, Kžzd-27/2020 od 18. ožujka 2021. (Županijski sud u Zagrebu, Kzd-10/2019)

Činjenično stanje

Počiniteljica je živjela osam godina u izvanbračnoj zajednici, u kojoj je imala dvoje djece, rješenjem općinskog suda povjerene udomiteljskoj obitelji. Nakon toga nastavila je život s drugim muškarcem, s kojim je imala dijete. Kako muškarac nije bio zaposlen, a bio je alkoholičar, i to je dijete povjereno udomiteljskoj obitelji. U međuvremenu počiniteljica je dobila posao. Kada je postala trudna, to je skrivala te je 16. listopada 2017. neposredno nakon rađanja usmrtila dijete tako da mu je pritiskom ruke zatvorila dišne putove, a mrtvo je tijelo bacila u kantu za smeće. Nakon toga je za vrijeme kaznenog postupka rodila još jedno dijete, koje je imala s novim muškarcem.

Prvostupanjski je sud počiniteljicu osudio za teško ubojstvo zbog ranjivosti iz čl. 111. st. 2. KZ-a te joj je izrekao kaznu zatvora u trajanju od 11 godina, dok je VSRH odbio žalbe državnog odvjetnika i optuženice i potvrdio prvostupanjsku presudu.

Iz obrazloženja prvostupanjske presude

Valja upozoriti na činjenicu da vještak prethodno navedene okolnosti, odrastanje, stil i način življenja, strukturu ličnosti te prisutne poteškoće, način donošenja životnih odluka, dinamiku obiteljskih odnosa i socijalnu komuni-

* Dr. sc. Petar Novoselec, profesor emeritus Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

kaciju povezuje s utjecajem na ponašanje i odlučivanje, tako da je mogućnost shvaćanja značenja postupaka i vladanja voljom *tempore criminis* bila smanjena, ali ne bitno smanjena. Navedenu procjenu vještaka sud je uzeo u obzir kao olakotnu okolnost, ali treba ponoviti da se u konkretnom slučaju ne radi o jakom duševnom opterećenju u smislu članka 112. stavka 2. KZ/11.

Kao olakotne okolnosti sud je uzeo u obzir činjenicu da optuženica do tada nije kažnjavana u kaznenom postupku, da je *tempore criminis* bila smanjeno ubrojiva te da cijeli život, kako u primarnoj obitelji tako i u kasnijim vezama, provodi u nepovoljnim socijalno-ekonomskim situacijama, vezano uz koje se uočavaju prihvaćeni obrasci ponašanja od izbora partnera (alkoholičari nespособni da se brinu za sebe i obitelj) do rješavanja vitalnih životnih problema.

Iz obrazloženja Vrhovnog suda

Pravilno je utvrđenje prvostupanjskog suda kako je optuženica odmah nakon što je rodila živo muško dijete, svjesna da je njezino tek rođeno dijete potpuno nemoćno i zbog toga posebno ranjivo, u nakani da ga usmrti pritiskom ruke zatvorila dišne putove djeteta, uslijed čega se ono ugušilo, čime je s izravnom namjerom počinila kazneno djelo iz čl. 111. toč. 2. KZ/11, pa je neosnovana žalba optuženice zbog nepotpuno i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja te povrede Kaznenog zakona. Naime optuženica u žalbi tvrdi kako „iz provedenih dokaza proizlazi da je ... svojim postupanjem ostvarila obilježja kaznenog djela usmrćenja iz čl. 112. st. 2. KZ/11“. Međutim postojanje povrede Kaznenog zakona ocjenjuje se samo u okvirima činjeničnog stanja koje je utvrdio prvostupanjski sud i opisano je u izreci presude, a ne prema onim činjenicama koje, po mišljenju žaliteljice, proizlaze iz provedenih dokaza. Cjelokupno stanje dokazne građe, kako je pravilno analizirano i ocijenjeno po sudu prvog stupnja, ne daje osnova za zaključak da je optuženica usmrtila svoje novorođeno dijete pod utjecajem jakog duševnog opterećenja zbog trudnoće ili poroda, već je pravilno proglašena krivom zbog kaznenog djela teškog ubojstva.

Nije u pravu optuženica da je pri odmjeravanju kazne trebalo poseban značaj dati njezinu roditeljskom statusu. Optuženica je kazneno djelo počinila kao majka troje djece, od kojih je dvoje još od 30. srpnja 2014. bilo smješteno u udomiteljsku obitelj, dok je tijekom trudnoće, koju je uporno negirala ukucanima i nastojala sakriti, brinula o trećem djetetu, rođenom u izvanbračnoj zajednici u kojoj je tada živjela s djetetovim ocem. U međuvremenu je centar za socijalnu skrb pokrenuo i postupak posvojenja budući da su roditelji u prosincu 2019. pristupili u centar za socijalnu skrb kako bi dali pristanak za posvojenje. Stoga roditeljski status, pa i činjenica da optuženica tijekom trajanja

aktualnog kaznenog postupka zasniva zajednicu s trećim partnerom i rađa još jedno dijete u kontekstu njezina stila života i osobnosti kako je utvrđena psihijatrijsko-psihologijskim vještačenjem nema značaj olakotne okolnosti koja treba rezultirati umanjnjem kazne.

Napomena

U ovom je predmetu ključno pitanje je li počiniteljica počinila teško ubojstvo jer je ubila posebno ranjivu žrtvu (čl. 211. toč. 2. KZ-a) ili je počinila čedomorstvo (čl. 112. st. 2. KZ-a). Vrhovni je sud prihvatio teško ubojstvo s obrazloženjem da se slučaj ocjenjuje „samo u okvirima činjeničnog stanja koje je utvrdio prvostupanijski sud“. Rečenica je neobična jer se dopušta nesigurnost utvrđenja činjeničnog stanja, ali Vrhovni sud ipak nije ukinuo prvostupanijsku presudu zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Prvostupanijski je sud pak zaključio da stalan život u nepovoljnim ekonomskim situacijama, život uz partnere koji su bili alkoholičari i nesposobni brinuti se za sebe i obitelj, nisu obilježja okolnosti čedomorstva iz čl. 112. st. 2. KZ-a, nego su obilježje jakog duševnog opterećenja, a time i teškog ubojstva iz čl. 111. toč. 2. Međutim prvostupanijski sud ipak smatra da su navedene okolnosti u kojima je živjela počiniteljica olakotna okolnost za teško ubojstvo. Ključno je pitanje kako utvrditi razliku između ubojstva posebno ranjive osobe i čedomorstva.

Još u čl. 36. KZRH čedomorstvo je obuhvaćalo poremećaj što ga je kod majke izazvao porođaj. U literaturi je prevladalo shvaćanje da poremećaj nije majčino bolesno stanje, nego njezino socijalno stanje. Isticalo se da čedomorstvo čini majka kada ima teškoće u zbrinjavanju djeteta ili nailazi na sredinu koja nema razumijevanje sredine (tako Šeparović u *Bačić/Šeparović*, Krivično pravo, posebni dio, 1997, str. 72) ili da se „glavni uzroci čedomorstva nalaze u socijalnim, ekonomskim i drugim socijalno uvjetovanim okolnostima“ (tako *Grozđanić/Karlavaris Bremer*, Poremećaj kao element bića kaznenog djela čedomorstva, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 1991, str. 301). U čl. 93. KZ/97 izostavljen je dio opisa čedomorstva „dok traje poremećaj“. U Vladinu je obrazloženju iz 1997. navedeno da je čedomorstvo ostalo „potpuno identično“, što nije bilo točno, jer se čedomorstvo proširilo i na slučajeve kada ne postoji poremećaj majke. Kazneni zakon iz 2011. vraća se s pravom na prethodno rješenje, ali tako da poremećaj zamjenjuje duševnim opterećenjem. Takvo obilježje sada jasnije ističe da se ne ograničava na zdravstveno stanje majke, nego obuhvaća njezino socijalno stanje (zdravstveno stanje utječe na ubrojivost, a ne na socijalno stanje). Duševno se opterećenje ne svodi na sudskomedicinsko stanje, nego „proizlazi iz teškog socijalnog položaja majke“ (*Turković i dr.*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013, str. 167). U ovom slučaju oba suda nisu išla tim putem, nego su se ograničila na mišljenja liječnika vještaka, dok

su zanemarila iskaze djelatnika centra za socijalnu skrb koji su iskazivali o socijalnom položaju počiniteljice.

U ovom komentiranom slučaju počiniteljica je zaista ubila svoje dijete jer se htjela izvući iz teškog socijalnog stanja, pa je obrana s pravom pledirala da se počiniteljica osudi za usmrćenje iz čl. 112. st. 2. Već navedenim razlozima treba dodati da je počiniteljica nakon počinjenja kaznenog djela rodila još jedno dijete, što znači da prethodno čedomorstvo nije počinila kako bi živjela slobodno bez djeteta. Tako su sudovi primijenili čedomorstvo u jednom drugom slučaju, kada je majka ubila svoje dijete nakon poroda, pošto je također skrivala trudnoću, a to je učinila „kako ne bi prolazilo sve ono što je prošla ona i njezino troje djece“. Tada je Županijski sud u Sisku (Kžm-58/10 od 1. travnja 2010.) majku osudio na kaznu zatvoru od jedne godine, koju je VSRH (Kr-508/10 od 5. listopada 2010.) u postupku izvanrednog ublažavanja kazne snizio na šest mjeseci zatvora, s obrazloženjem da je „s njom ostao sin koji se nalazi na redovnom školovanju, po ocjeni ovoga suda takva okolnost koja bi očito dovela do njene blaže osude da je postojala u vrijeme izvršenja djela“ (pobliže o tom slučaju v. komentar ovog autora u HLJKPP 1/2011, str. 282). Iako se pojedine okolnosti razlikuju u oba slučaja, to ne opravdava stajalište Vrhovnog suda u presudi Kžzd-27/2020, u kojem ne samo da se čedomorstvo pogrešno primjenjuje nego se i odustaje od vlastite prakse. Sud, dakako, može izmijeniti svoje stajalište, ali tada je poželjno da ga objasni.

Valja dodati i da teško ubojstvo iz čl. 111. st. 2. mora biti posebno ranjivo, tj. suženo. Ta kvalifikatorna okolnost preuzeta je iz francuskog Kaznenog zakonika, koji u čl. 221-4., toč. 3. propisuje da teško ubojstvo (*meurtre*) čini tko ubije osobu posebne ranjivosti (*particulière vulnérabilité*) zbog njezine dobi, bolesti, tjelesne mane, psihičke i fizičke slabosti i trudnoće (tako Vlada RH, Konačni prijedlog Kaznenog zakona, lipanj 1997., str. 177). Međutim francuski Kazneni zakonik pod osobama u dobi obuhvaća samo starije osobe jer teško ubojstvo djece do 15 godina obuhvaća u čl. 221-4., toč. 1. Kako je KZ/11 isključio čl. 91. toč. 1. KZ/97, prema kojem su dijete i maloljetne osobe žrtve teškog ubojstva, može se čl. 111. st. 2. primijeniti samo na djecu koja su ranjiva zbog dobi. Usmrćenje pod „dob žrtve“ ne obuhvaća kao žrtve teškog ubojstva svu djecu jer više ne postoji odredba čl. 91. toč. 1. KZ/97, prema kojoj je svako ubojstvo djeteta teško ubojstvo. Ubojstvo novorođenog djeteta nije teško ubojstvo ako su ispunjene okolnosti čedomorstva iz čl. 112. st. 2. Stoga i u ovom slučaju „posebna ranjivost“ govori protiv teškog ubojstva, a u korist primjene članka 112. st. 2.

2. Svladavanje veće prepreke kao obilježje teške krađe iz čl. 229. st. 1. toč. 1. KZ-a

Dva su počinitelja kroz otvor u metalnoj ogradi dimenzija 23 x 100 cm ušla u skladište trgovačkog društva i uzela šipke i cijevi vrijedne 20 000 kuna, čime su svladali veće prepreke i time počinili tešku krađu iz čl. 229. st. 1. toč. 1. KZ-a.

Županijski sud u Bjelovar, Kž-134/17 od 14. rujna 2017. (Općinski sud u Čakovcu, K-284/16 od 20. veljače 2017.)

Iz obrazloženja

Drugi optuženik smatra da se ne radi o svladavanju većih prepreka, pa da je stoga mogao biti optužen jedino za počinjenje osnovnog oblika kaznenog djela krađe. Prema ocjeni drugostupanjskog suda radi se o potpuno ograđenom dvorištu. Sama činjenica da se širi otvor (23 x 100 cm) nalazi na visini iznad 157 cm od tla govori da je do te visine prostor bio potpuno ograđen, tako da je prvostupanjski sud pravilno zauzeo shvaćanje da provlačenje kroz takav otvor predstavlja svladavanje većih prepreka.

Napomena

Sudovi su s pravom zaključili da je isključena krađa iz čl. 228. KZ-a i da je počinjena teška krađa iz čl. 229. st. 1. toč. 1. KZ-a, ali su od tri kvalifikatorne radnje (obijanje, provaljivanje i svladavanje većih prepreka) pogrešno primijenili svladavanje većih prepreka.

Svladavanje većih prepreka nepotrebno je dodano u opis teške krađe iz čl. 126. (131.) st. 1. toč. 1. Krivičnog zakona SR Hrvatske iz 1977. (kasnije Kaznenog zakona RH). U literaturi taj se dodatak i izbjegava (tako npr. Kazнено pravo, posebni dio, Pravni fakultet u Zagrebu, 2018, str. 310), a u praksi se nije primijenio. U isto vrijeme novina je bila unesena i u opis teške krađe u čl. 166. st. 1. toč. 1. Krivičnog zakona SR Srbije. U tamošnjoj literaturi to se opravdavao time da se na taj način obuhvaćaju radnje koje se ne čine u zatvorenom prostoru, npr. kada se prelazi rijeka kako bi se oduzela stoka na otoku (tako *Kraus* u Komentaru Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine, Beograd 1985, str. 519). Međutim s pravom je istaknuto i u tamošnjoj literaturi da se i takvi slučajevi podvode pod provaljivanje (tako *Stojanović/Perić*, Krivično pravo, posebni dio, Beograd 2009, str. 140). Tako valja postupiti i kod

nas. Dok je obijanje nasilno uklanjanje prepreka kako bi se ušlo u zatvoreni prostor, npr. razbijanje brave, lokota i sl., provaljivanje je svako ulaženje u zatvoreni prostor protivno volji vlasnika, što je ispunjeno i u ovdje razmatranom slučaju. U tom pravcu ide i vladajuća praksa. Provaljivanje je svako ulaženje u zatvoreni prostor protivno volji vlasnika, kao npr. preskakanje zida visokog 2,5 metra kako bi se oduzeli određeni predmeti (VSH, I Kž-126/90) ili provlačenje kroz željezne rešetke na zaključanim vratima (VSRH, I Kž-439/92, Izbor odluka 1993, 262). Da su počinitelji u ovom slučaju nasilno uklanjali prepreke, počinili bi tešku krađu obijanjem; ovako su postupali samo provaljivanjem. Stoga je svladavanje veće prepreke nepotrebno u opisu teške krađe u zakonu, pa taj dio teksta treba brisati. Kako je već razgraničenje obijanja i provaljivanje u praksi otežano, nepotrebno je još i svladavanje veće prepreke.

PRIKAZI

Zlata Đurđević*

**MIRJAN DAMAŠKA,
DOKAZ KRIVNJE: OD RIMSKO-KANONSKOG
DO SUVREMENOG PRAVA**

Školska knjiga, Zagreb, 2021.

“Dokaz krivnje: od rimsko-kanonskog do suvremenog prava“ četvrta je monografija jednog od najvećih hrvatskih pravnih umova te svjetski najpriznati-
tiji hrvatskog pravnog znanstvenika današnjice *sterling* profesora *emeritusa*
Pravnog fakulteta Sveučilišta Yale, a prethodno redovitog profesora Pravnog
fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, dr. sc. Mirjana Damaške. Djelo je proisteklo
iz znanstvenog hobija, kako sam autor u predgovoru označava svoje cjeloži-
votno znanstveno izučavanje procesne povijesti, no kada je riječ o eruditu s
preciznom znanstvenom pravnom misli velike intelektualne snage, rezultat je
kapitalno djelo koje predstavlja obveznu literaturu za poredbenopravne i ka-
znenopravne znanstvenike.

Knjiga “Dokaz krivnje: od rimsko-kanonskog do suvremenog prava“ Da-
maškin je *opus summum*, u koji je ugradio svoje polustoljetne spoznaje o po-
vijesti i suvremenosti dokaznog prava dvaju glavnih pravnih sustava u svijetu:
kontinentalnog i anglo-američkog. Knjiga ima nekoliko značajki koje otkrivaju
njezino posebno mjesto u autorovoj znanstvenoj publicistici, kao i u hrvatskoj
pravnoj povijesti. Prvo, nije riječ se o pukom prijevodu knjige “*Evaluation of
Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*“, koju je objavio *Cambridge
University Press* 2019. godine. Kako je sam autor naveo u predgovoru, riječ je
o preradi i slobodnom prijevodu engleskog izdanja, u kojem je temu sudačke
slobode u utvrđivanju činjenica obradio na svome materinskom jeziku, uzevši
u obzir istraživanja u hrvatskoj pravnoj povijesti. Stoga knjiga pred nama ima
drugačiju strukturu, drugačiju povijesnu sistematizaciju, kao i dijelom druga-
čiji sadržaj od engleskog originala. Ono što je odmah vidljivo jest da je engle-
sko izdanje strukturirano u trinaest poglavlja, uključujući prolog i epilog, dok
hrvatsko izdanje ima tri glave, koje slijede razdoblja kaznenoprocenog prav-

* Dr. sc. Zlata Đurđević, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Pri-
kaz je dio pogovora knjige koji je napisala autorica prikaza za izdanje koje će objaviti Školska
knjiga.

ne povijesti: I. Rimsko-kanonski sustav ocjene dokaza, II. Suvremeni sustavi ocjene dokaza i III. Epilog.

Razlike u naslovima i strukturi sadržaja govore nam da je autor u hrvatskom izdanju knjige zamijenio američku povijesnopravnu periodizaciju s europskom. Damaška u engleskom izdanju, kako je navedeno i u njegovu naslovu, razlikuje predmoderni i moderni pristup. U američkoj pravnoj povijesti razlikuje se predmoderni pristup u razdoblju kasnog srednjeg vijeka; rano moderno razdoblje, koje započinje s novim vijekom u XV. stoljeću; te moderno razdoblje od kasnog XVIII. i XIX. stoljeća. U hrvatskoj pravnoj povijesti novi vijek, koji obuhvaća razdoblje od 1492. do 1918., ne označava se kao rano moderno niti moderno vrijeme, već se modernim ili suvremenim vremenom smatra razdoblje XX. i XXI. stoljeća. Pojam ranog modernog razdoblja nije uobičajen kao povijesno razdoblje u Hrvatskoj, pa se razdoblja američke pravne povijesti ne poklapaju s hrvatskim. Kako bi olakšao povijesno kontekstualiziranje dokaznog prava, autor je u hrvatskom izdanju podijelio strukturu knjige na dva glavna sustava ocjene dokaza: rimsko-kanonski i suvremeni. Rimsko-kanonski sustav vezane ocjene dokaza razvio se u okviru inkvizitornog kaznenog postupka, koji je vladao europskim kontinentom od XIII. do XIX. stoljeća, a čiji je funkcionalno složeniji oblik uveden u XVII. stoljeću. Suvremeni sustav ocjene dokaza odnosi se na zabacivanje rimsko-kanonskog dokaznog sustava i uvođenje slobodne ocjene dokaza na kontinentu u XIX. stoljeću, a u Francuskoj krajem XVIII. stoljeća te oblikovanje engleskog dokaznog prava u otprilike istom periodu, kasnom XVIII. i XIX. stoljeću. Promijenjena povijesna perspektiva odrazila se i u naslovu hrvatskog izdanja, u kojem je predmoderni i moderni pristup ocjeni dokaza zamijenjen s ocjenom dokaza od rimsko-kanonskog do suvremenog prava. Također, u SAD-u dokazno se pravo predaje zajednički za kazneni i građanski postupak, međutim u Hrvatskoj se radi o odvojenim procesnim pravilima, koji ne samo da vrijede u odvojenim sudskim postupcima, kaznenom i građanskom, već i pripadaju zasebnim znanstvenim disciplinama. Radi preciznijeg određenja predmeta proučavanja bilo je bitno u naslovu knjige naglasiti da je riječ o ocjeni dokaza u kaznenom postupku. Stoga je “ocjena dokaza“ u naslovu engleskog izdanja zamijenjena s “dokazom krivnje“.

Sadržajne izmjene vezane su i za ugrađivanje rezultata ovog povijesnog istraživanja u djela najvećeg hrvatskog povjesničara kaznenog procesnog prava Vladimira Bayera. Akademik Vladimir Bayer napisao je povijest kaznenog procesnog prava u knjizi koja je objavljena još 1943. godine,¹ daleko prije nego je na Katedru kaznenog procesnog prava primio Damašku. Kako je akademik Davor Krapac naveo u objavi reizdanja 1995. godine, riječ je o jedinom djelu

¹ Bayer, Vladimir (1943) Kazneno postupovno pravo, Knjiga I, Zagreb.

u hrvatskoj literaturi kaznenog procesnog prava XX. stoljeća koje sustavno obrađuje postanak našeg kaznenog postupka počevši od korijena u rimskom i kanonskom pravu preko srednjovjekovnoga germanskog prava do modernih pravnih izvora.² Ta nam spoznaja govori da je za Damašku knjiga koja je pred nama puno više od rezultata znanstvenog istraživanja, ona predstavlja njegov povratak u intelektualnu kolijevku iz koje je potekao.

Damaška se susreo s pravno-povijesnim kosturom svojeg istraživanja moguće još tijekom studija, a sigurno kao asistent Vladimira Bayera. Bayerov rad nije odškrinuo, već je širom otvorio vrata nezadrživom znanstvenom zanosu prema pravnoj povijesti koji se krio u Damaški. Sam je ustvrdio: “Bayer me je inspirirao da gledam stvari u korijenu (...) i kroz njega sam razvio ljubav prema povijesnom istraživanju.”³ A izjava u kojoj znanstvenik s iznimno bogatom bibliografijom u poredbenom procesnom pravu, dokaznom pravu i međunarodnom kaznenom pravu kaže: “čini mi se da sam uživao pišući o povijesti više nego pišući o bilo čemu drugom”⁴ otkriva intrinzičnu povezanost Damaške i Bayerovih povijesnih istraživanja. Bayerovoj literaturi o povijesti i teoriji kaznenog procesnog prava Damaška se vratio ovom knjigom potvrdivši Bayerova stajališta o povijesnim razdobljima, razvoju i obilježjima dokaznog prava od rimsko-kanonskog do suvremenog kaznenog postupka u kontinentalnoj Europi, o vezanoj i slobodnoj ocjeni dokaza, o osudi temeljem suglasnih iskaza dvaju bespriječnih svjedoka očevidaca, o pozitivnoj i negativnoj zakonskoj dokaznoj teoriji, o izvanrednoj kazni i otpuštanju ispod suđenja. Obojica pišu o torturi kao pravno uređenom dokaznom sredstvu s jamstvima protiv zlopotreba i o dokaznim pravilima za racionalizaciju priznanja na torturi, kao što je obveza objektivne provjere iskaza. Smatraju da je tortura sa spoznajnog stajališta bila uređena na način da je omogućavala utvrđivanje istinitih činjenica, iako upozoravaju da objektivno provjeravanje priznanja na torturi nije uvijek bilo moguće.⁵ Za navedene zaključke trebalo je zaobići moralne imperativne suvremenog doba o apsolutnoj neprihvatljivosti torture i znanstveno joj pristupiti kao povijesnom dokaznom sredstvu u kaznenom postupku. Izlišno je i spominjati da je obojica znanstvenika smatraju neprihvatljivom zbog nehumanosti, okrutnosti, sakaćenja i kažnjavanja prije osude. Kao vrstan latinist,

² Bayer, Vladimir (1995) Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, Predgovor priređivača, V.

³ Langer, Máximo (2008) Interview with Mirjan Damaška, u: John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers (ed) Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška, 415–438, 421.

⁴ Ibid.

⁵ V. Bayer, Vladimir (1995) Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, 69. U ovoj knjizi III. 3. Hijerarhija vrijednosti dokaza, dokazna vrijednost iznuđenog priznanja, gdje Damaška navodi dvije skupine pravila koja su počivala na bezvrijednim spoznajnim pretpostavkama.

poput Bayera, Damaška je proučio i iste povijesne izvore srednjovjekovnih i novovjekovnih pravnih pisaca u originalnim tekstovima. Stoga iz perspektive zagrebačke škole kaznenog procesnog prava ovo djelo, u kojem Damaška nastavlja, obogaćuje i razrađuje istraživanja svog profesora i mentora te ga produbljuje otkrivanjem novih spoznaja, predstavlja *hommage* Vladimiru Bayeru i njegovu doprinosu hrvatskoj pravnoj povijesti.

Damaškino znanstveno ishodište je teza o vezanosti suca u inkvizitornom kaznenom postupku dokazima suprotno subjektivnom uvjerenju o njihovoj snazi. Bayer je smatrao da je prema pozitivnoj zakonskoj dokaznoj teoriji “sudac morao osuditi, ako su protiv okrivljenika predloženi zakonom propisani dokazi, bez obzira na to što je on možda u dubini svoje savjesti bio uvjeren da okrivljenik nije kriv”.⁶ To je bila znanstvena niša koju je Damaška otkrio i kroz nju unio sve blago iz osobne škrinje znanja, sakupljano višedesetljetnim povijesnim istraživanjima daleke pravne prošlosti srednjeg i novog vijeka, sačinjeno od brojnih novih povijesnih izvora, teorija i stajališta najistaknutijih pravnih povjesničara u svijetu, suverenog poznavanja kontinentalnog, kao i angloameričkog dokaznog prava, eruditske razrade materije i lucidnih zaključaka. Stoga je nesporno da je i iz tog aspekta objava ove knjige na hrvatskom jeziku bila nužna. Ona nije samo povijesni dragulj iz bogate riznice svjetski priznatih znanstvenih eksponata Mirjana Damaške već predstavlja i izvorni doprinos razvoju znanstvene hrvatske pravno-povijesne misli od Bayera do Damaške.

Dotatna vrijednost knjige u XXI. stoljeću jest to što su povijesna istraživanja u daleku prošlost srednjeg i novog vijeka u Hrvatskoj, a i šire, danas rijetka, osobito među profesorima pozitivnopravnih predmeta, kao što je to bio Damaška. Zbog diversifikacije i ekspanzije sadržaja znanstvenog područja kaznenog procesnog prava i galopirajućeg razvoja i umnažanja međunarodne regulative i judikature, koju pravni znanstvenici moraju pratiti, oni se rijetko, ako i uopće, stignu baviti pravnom poviješću. Povijesna istraživanja vratila su se u krilo matične grane, pa ih sada provode pravni povjesničari. Bez namjere oduzimanja čitateljima užitka samostalnog promišljanja ovog kaznenoprocenog povijesnog remek-djela, prikaz završavam kratkim osvrtom na njegove temeljne postavke i zaključke.

Pravo, a osobito kazneno pravo, ima duboke korijene u ljudskom razumu i utvrđivanju istine kao univerzalnim i bezvremenskim vrijednostima u ljudskom društvu i civilizaciji. Stoga su tvrdnje da su prema rimsko-kanonskim dokaznim pravilima suci morali utvrđivati formalnu istinu, odnosno cijeniti činjenice suprotno svojim osobnim spoznajama i uvjerenjima, a koje su prema

⁶ Bayer, Vladimir (1995) Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, 95.

Damaški bila široko prihvaćene među pravnim povjesničarima 19. stoljeća,⁷ pobudile su mu sumnju u njihovu epistemološku ispravnost. Svojom sposobnošću uranjanja u izvore, shvaćanja, vjerovanja i razumijevanje stvarnosti i društva pravnika srednjeg i novog vijeka dokazao je da se spoznajne predodžbe ljudi tog vremena nisu značajno razlikovale od naših predodžbi.⁸ “Velik jaz između suvremenih pravnika i pravnika kasnog srednjeg vijeka u pogledu pribavljanja okrivljenikova iskaza zjapi samo u pogledu stava prema torturi i sličnim brutalnim povredama osobne autonomije i ljudskog dostojanstva“⁹, ali ne u odnosu na utvrđivanje istine u sudskim postupcima. Damaška se pritom upustio u polemiku ne samo s Bayerom već i s drugim velikim pravnim historičarima, kao što su primjerice John Langbein, vodeći autoritet povijesti *common lawa* i Damaškin kolega s Yalea, francuski povjesničari Adhémar Esmein iz XIX. stoljeća i Jean-Philippe Lévy iz XX. stoljeća ili suvremenici Belgijac Raoul Van Caenegem, Talijan Piero Fiorelli, Amerikanka Barbara Shapiro i Njemica Susanne Lepsius.

Damaška je podvrgnuo preispitivanju propise i praksu inkvizitornog kaznenog postupka od XIII. do XIX. stoljeća i demantirao postojanje dihotomije u sustavima vezane i slobodne ocjene dokaza u odnosu na slobodu sudačkog subjektivnog uvjerenja o snazi dokaza. Pokazao je da dotadašnja povijesna analiza dokaznog prava i utvrđivanja činjenica u inkvizitornom postupku nije bila dovoljno analitički istančana. Moderno doba, hipnotizirano neshvatljivom i odbojnom idejom o pravom vezanoj ocjeni dokaza, zaboravilo je na jedan od temeljnih elemenata dokazivanja u sudskim postupcima.

Dvije su sposobnosti imanentne suđenju i primjeni pravne norme u sudskom postupku. Jedna je primjena prava, a druga ocjena dokaza radi utvrđivanja činjenica – *da mihi facta, dabo tibi ius*. Jedna pripada u područje pravnog znanja, pravne edukacije i pravne specijalizacije. Druga, utvrđivanje činjenica ocjenom dokaza, jest sposobnost imanentna svim ljudima bez obzira na njihovo obrazovanje i struku, jer se temelji na ljudskom razumu, zakonima logike i općeljudskom iskustvu, odnosno ljudskim sposobnostima stvaranja spoznajnih predodžbi, racionalnih zaključaka na temelju percipiranih pojava oko nas. Potrotni sud kao skup pravnih laika utjelovljuje suđenje ocjenom dokaza. Ono što Damaška dovodi u pitanje nije rimsko-kanonsko pravo, nisu procesna pravila o dokazivanju krivnje u inkvizitornom postupku potpunim dokazom (*probatio plena*), već sloboda koju je sudac imao pri rješavanju činjeničnih pitanja. U odnosu na potpuni dokaz pribavljen suglasnim iskazima dvojice pravno besprije-kornih svjedoka očevidaca, Damaška se pita ima li sudac u tom slučaju pravo

⁷ V. u knjizi V.2. Ocjena dokaza po sudskom vijeću o uvjerenju u procesnoj literaturi 19. stoljeća.

⁸ Ibid. III.4. Zaključak

⁹ V. u knjizi III. 4. Zaključak, str. 57.

na slobodnu ocjenu njihove vjerodostojnosti i istinitosti, ili im mora vjerovati jer im je iskaz suglasan i shodno tome donijeti osuđujuću presudu? Odnosno: pita se jesu li izvođenje i ocjena dokaza mehanički procesi ili uključuju sudački razum i savjest? Jer izricanje teških (kao i lakih) kazni na temelju iskaza osoba kojima sudac nije povjerovao nije samo pitanje razuma već i morala i savjesti. Stoga se zahtijeva da *in criminalibus probationes debent esse luce clariores*, a pitanje je vrijedi li i u inkvizitornom kaznenom postupku standard da u kaznenim predmetima dokazi moraju biti jasniji od sunca.

Nakon čitanja ove knjige odgovor je jednoznačan i glasi da “sudac nije bio prisiljen osuditi okrivljenika protivno osobnom uvjerenju”.¹⁰ Damaška nam predočava pregršt argumenata u prilog tezi da je pozitivna dokazna teorija sadržavala *arbitrium*, odnosno “znatan prostor za sudačku diskreciju”,¹¹ te da rimsko-kanonski dokazni sustav nije “pretvorio suce u automate koji su mehanički primjenjivali pravila o vrijednosti dokaza.”¹² On dokazuje da su suci raspravljali o proturječnim, lažnim i istinitim iskazima i priznanjima, o svjesnim i nesvjesnim lažima, da su primjenjivali ne samo logičku već i psihološku ocjenu dokaza, provjeravali istinitost priznanja, da su poznavali različite psihološke stupnjeve utvrđivanja činjenica etc.

Damaška je napravio i korak dalje u rehabilitaciji rimsko-kanonskog dokaznog prava ukazavši na humani aspekt pozitivne dokazne teorije, koji se očitovao u zabrani izricanja teških kazni u slučajevima nepostojanja potpunog dokaza, odnosno suglasnog iskaza dvojice svjedoka ili zakonito pribavljenog i provjerenog priznanja na torturi, što, kaže sam autor, zvuči kao oksimoron.¹³ Kako bi se osigurala učinkovitost kaznenog postupka zaobilaženjem strogog rimsko-kanonskog standarda potpunog dokaza, po kojem je *testis unus* bio *testis nullus* usprkos postojanju drugih dokaza i indicija, stvoreni su instituti izvanredne kazne i međupresude *absolutio ab instantia*, čiji razvoj i primjenu Damaška detaljno prikazuje.

U drugom, pozitivnopravnom dijelu knjige Damaška ispituje ispravnost teze o dijametralnoj suprotnosti ocjene dokaza u inkvizitornom kaznenom postupku i modernim kaznenim postupcima na europskom kontinentu i u anglo-američkoj pravnoj tradiciji. Utvrđuje da je nasuprot uvriježenom vjerovanju u procesnoj stvarnosti došlo do konvergencije zakonske i slobodne ocjene dokaza te da ocjena dokaza nije niti u jednom od proučavanih sustava potpuno vezana pravom niti potpuno slobodna od pravnih pravila. Kao evidentan primjer iz suvremenog prava navodi pravila o zakonitosti dokaza. Zaključuje: “Na skali koja vodi od ekstrema pravom vezanog do krajnosti pravom nevezanog

¹⁰ Str. 11.

¹¹ Str. 32.

¹² Str. 155.

¹³ Str. 54.

utvrđenja činjenica, rimsko-kanonski i suvremeni režimi teže prema sredini kontinuuma.¹⁴

Epilog sadrži autorovu ocjenu sudbine negativnih dokaznih pravila u suvremenom pravu i u budućnosti. Njegovim riječima: »Pomno izabrana i ne pretjerano zahtjevna negativna dokazna pravila mogu pružiti učinkovito jamstvo protiv olako donesenih, brzopletih ili arbitrarnih osuda.«¹⁵ Suvremena znanost i tehnologija u odnosu na brojne pravno relevantne činjenice sužava ili čak negira prostor za sumnju u njihovo (ne)postojanje, što otvara pitanje ispravnosti potpuno slobodne sudske ocjene dokaza. Kao primjer navodi tehnologiju DNA, kojom je u SAD-u otkriven velik broj pogrešnih osuda utemeljenih na kategorički nesigurnim dokazima, kao što su priznanja i iskazi svjedoka.¹⁶ S obzirom na to da negativna dokazna pravila ne nalažu sucu da utvrdi krivnju protivno svom uvjerenju, već mu zabranjuju osudu ako tom uvjerenju nedostaje “*imprimatur znanosti*“¹⁷ ona su sukladna suvremenim etičkim, pravnim i političkim postulatima. Stoga predviđa da će se ponovno kao u rimsko-kanonskom pravu u području sudske ocjene dokaza i utvrđivanja činjenica uspostaviti negativna dokazna teorija, prema kojoj će osuda biti moguća samo uz postojanje određenog znanstveno utemeljenog dokaza.

Respice, adspice, prospice Damaškin je postulat i poučak ove knjige, koja rasvjetljava pravnu zbilju u prošlosti te pridonosi razumijevanju sadašnjosti i oblikovanju budućnosti. Damaškine radove treba čitati jer sadrže trajne istine, koje ne poniru samo u prošlost i ne razotkrivaju sadašnjost, već će postajati sve značajnije za buduće generacije,¹⁸ a mi mu možemo zahvaliti što se u devedesetoj godini života upustio se u težak pothvat samostalnog prevođenja i prilagodbe svoje knjige za hrvatsku publiku te time dao izniman doprinos hrvatskoj znanosti kaznenog procesnog prava i pravne povijesti.

¹⁴ Str. 212.

¹⁵ Str. 215.

¹⁶ Str. 225.

¹⁷ Str. 232.

¹⁸ V. Harold Hongju Koh (2008) Mirjan Damaška: A Bridge Between Legal Cultures, u: John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers (ed) *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, 29–48, 33; Ackerman, Bruce (2016) *My Debt to Mirjan Damaška*, u: Bruce Ackerman, Kai Ambos i Hrvoje Sikirić (ed) *Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška*, 17–21, 20.

Dr. sc. Ante Novokmet*

**XXXIII. REDOVITO SAVJETOVANJE
HRVATSKOG UDRUŽENJA ZA KAZNENE
ZNANOSTI I PRAKSU
RAZMJENA ZNANJA, ISKUSTVA I IDEJA
KAZNENOPRAVNE ZNANOSTI I KAZNENOG
PRAVOSUĐA U UVJETIMA „NOVOG NORMALNOG“
Zagreb, 3.–4. prosinca 2020.**

U Zagrebu je od 3. do 4. prosinca 2020. održano XXXIII. redovito savjetovanje Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu pod nazivom *Razmjena znanja, iskustva i ideja kaznenopravne znanosti i kaznenog pravosuđa u uvjetima „novog normalnog“*. Savjetovanje je održano, kako mu i sam naziv sugerira, u iznimno zahtjevnim uvjetima za državu i društvo uzrokovanim pandemijom COVID-19. Unatoč tome Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu smoglo je snage, znanja i ideje da omogući kontinuitet održavanja savjetovanja. Uz uvažavanje zahtjevnosti trenutka njegova održavanja i uz brigu o poštivanju epidemioloških mjera, savjetovanje je održano u prostorijama Hrvatske odvjetničke komore u Zagrebu.

Četvrtak, 3. prosinca 2020.

1. OTVARANJE SAVJETOVANJA

Uvodnom riječju savjetovanje je otvorila predsjednica Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu **prof. dr. sc. Zlata Đurđević**, redovita profesorica u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Posebno je zahvalila gospodinu Josipu Šurjaku, predsjedniku Hrvatske odvjetničke komore, na gostoprinstvu i na uspostavljanju institucionalne suradnje Hrvatske odvjetničke komore i Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, koje je u postojećim uvjetima bilo od ključne važnosti za održavanje savjetovanja. U

* Dr. sc. Ante Novokmet, izvanredni profesor na Katedri kaznenopravnih znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku

svojem izlaganju konstatirala je da je ovim savjetovanjem završio njezin četvećerogodišnji mandat kao predsjednice Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, koji je predstavljao veliku čast i priznanje dugogodišnjem radu, ali je istovremeno bio izrazito dinamičan i prožet brojnim izazovnim trenucima vezanima uz promišljanje uloge i značenja Udruženja kao suvremene europske znanstveno-stručne platforme za raspravu o prijepornim kaznenopravnim temama u hrvatskom pravnom sustavu. Naglasila je da je Udruženje spoj teorije i prakse: teorije koja služi praksi i prakse koja se ne može razvijati bez teorije niti imati obilježje pravne ili kaznenopravne prakse bez teorije. Pravo nije obrt ni vještina, pravo je znanost, istaknula je profesorica Đurđević. Primjena prava intelektualna je zadaća utemeljena na pravnim konceptima, pojmovima i načelima. Baš zbog toga teorija i praksa jedno bez drugog ne mogu. Stoga i ovo savjetovanje pokazuje da konstruktivna uključenost brojnih stručnjaka, teoretičara i praktičara iz različitih institucija i s raznovrsnim izlaganjima o aktualnim kaznenopravnim temama pokazuje njihovu brigu za našu zajedničku kaznenopravnu struku.

Pozdravnom govoru pridružio se **mr. sc. Rajko Mlinarić**, sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske. Napomenuo je da Ustavni sud s velikom znatiželjom i profesionalnim respektom prati sve što se događa u hrvatskoj znanosti i praksi, a osobito u kontekstu savjetovanja koje redovito organizira Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, kako bi u svoju redovitu praksu ugradio posljednja i aktualna dostignuća hrvatske pravne misli kad odlučuje o pojedinačnim predmetima iz svoje nadležnosti. Istaknuo je da se hrvatsko društvo nalazi u teškom i izazovnom vremenu, pogotovo u kontekstu očuvanja zdravlja. Pozvao je na profesionalnu odgovornost članova Udruženja da u svojim međusobnim odnosima i svakodnevnom radu podižu pravnu sigurnost i ukupnu vladavinu prava, koja nikad nema strop, nego uvijek ima prostora za podizanje na višu razinu.

Sudionicima skupa potom se obratio **Josip Šurjak**, predsjednik Hrvatske odvjetničke komore, pozdravljajući sve nazočne u ime više od pet tisuća odvjetnika i dvije tisuće odvjetničkih vježbenika. Iskazao je svoje zadovoljstvo i privilegij što je Hrvatska odvjetnička komora dobila priliku ugostiti tako važan i značajan skup posvećen kaznenopravnoj teoriji i praksi. Naglasio je da se samo kroz razgovor i suočavanje s čvrstim i konkretnim argumentima između svih onih tijela i institucija koje sudjeluju u kaznenom pravu i postupku mogu uspješno pratiti aktualni pravni trendovi i prevenirati zaostajanje u jurisprudenciji i struci.

2. IZLAGANJA PRVOG DANA

2.1. Aktualna kaznenoprocena pitanja

Izlaganje referata započela je **prof. dr. sc. Zlata Đurđević**, redovita profesorica u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, s temom *Dekontitucionalizacija Vrhovnog suda RH u kaznenim predmetima i jačanje autoritarnih mehanizama za ujednačavanje sudske prakse: propuštena prilika Ustavnog suda RH*. U svojem je izlaganju pažnju posvetila odluci Ustavnog suda od 3. studenog 2020. godine, kojom je Ustavni sud utvrdio da Vrhovni sud RH kao najviši sud u Republici Hrvatskoj može osigurati jedinstvenu primjenu prava i jednakost svih građana pred zakonom i da početak rada Visokog kaznenog suda neće dovesti u pitanje njegove ovlasti iz čl. 116. Ustava RH. Tom je odlukom Ustavni sud RH potvrdio ustavnost rješenja kojim je ukinuta ovlast VSRH da odlučuje o ispravnosti primjene prava u nepravomoćnim odlukama kaznenih sudova i kojim je ta ovlast prenesena na novoosnovani Visoki kazneni sud. Svoju kritiku navedene Odluke argumentirala je analizom neujednačene sudske prakse kao povrede prava na pravičan postupak, obvezom uspostavljanja unutarnje sudačke neovisnosti te razmatranjem europskih standarda za usuglašavanje jedinstvene primjene prava i unutarnje sudačke neovisnosti na primjerima Njemačke i Francuske. Potom je promotrila ustavni sadržaj ovlasti osiguranja jedinstvene primjene prava u kaznenim predmetima i zabranu analogije s ovlastima u građanskim predmetima te upozorila na izvanprocesne i izvansudske mehanizme za ujednačavanje sudske prakse. Naposljetku je kritizirala kontinuirano smanjenje nadležnosti i djelokruga u kaznenim predmetima i gubitak kaznene sudbenosti Vrhovnog suda RH. Zaključno je istaknula da je ustanovljavanje Visokog kaznenog suda, na koji je prenesena cjelokupna žalbena nadležnost VSRH, nepromišljeno, površno i ishitreno normativno i organizacijsko rješenje, koje se temelji na pogrešnim ustavnopravnim, kaznenoprocenim i statističkim pretpostavkama, bez ikakve ustavnopravne, međunarodnopravne, poredbenopravne i teorijske analize, koje će ne samo produbiti institucionalne i funkcionalne nedostatke osiguranja jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti građana pred zakonom, koje u odnosu na predmete općinske nadležnosti već postoje u hrvatskom kaznenom pravosuđu, nego će i VSRH oduzeti ustavnu ovlast iz čl. 115. st. 1. i 3. Ustava da sudi u kaznenim predmetima, kao i ustavnu ovlast iz čl. 116. st. 1. Ustava RH da osigura jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost građana pred zakonom.

Drugi referat izložila je **Vanja Marušić**, ravnateljica Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, pod nazivom *Oduzimanje imovinske koristi i privremene mjere osiguranja s posebnim osvrtom na trajanje mjera i poteškoće u praksi*. Pošavši u svojem izlaganju od neupitnog načela kaznenog

prava da nitko ne može zadržati korist stečenu kaznenim djelom, napomenula je da se učinkovita represija usmjerena na suzbijanje kaznenih djela koja se čine s ciljem stjecanja imovinske koristi ne može zadovoljiti samo izricanjem kazni za počinjeno kazneno djelo već je potrebno i od počinitelja oduzeti imovinsku korist stečenu kriminalnom djelatnošću. U svojem izlaganju analizirala je institut oduzimanja nezakonito stečene imovinske koristi razmatranjem privremene mjere osiguranja oduzimanja imovinske koristi stečene kaznenim djelom te njegovim aktualnim djelovanjem u praksi. Posebno su razmotreni procesni aspekti oduzimanja i privremene mjere osiguranja imovinske koristi. Zaključno se kritički osvrnula na nedostatke aktualnog normativnog rješenja koji utječu na praktičnu realizaciju oduzimanja imovinske koristi i ponudila konkretne praktične i zakonodavne prijedloge usmjerene na jačanje njezine učinkovitosti u svakodnevnom radu.

Treći referat prezentirala je **Milenka Slivar**, sutkinja Županijskog suda u Bjelovaru. Upoznala je prisutne s načinom na koji je sudska praksa odgovorila na zahtjevan zadatak koji ZKP propisuje u čl. 10. st. 3., a omogućava konvalidaciju nezakonitog dokaza iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a ako se radi o teškom obliku kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. Poseban je naglasak stavljen na kriterije konvalidacije nezakonitih dokaza u slučaju potajno snimljenih privatnih snimki s aspekta prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (prava na privatnost). Pokazala je da se u međuvremenu razvila relativno opsežna sudska praksa u vezi s mogućnosti uporabe potajnih privatnih audio- i videosnimki u dokaznom postupku. Zaključila je da konvalidacija nezakonitih dokaza i dalje treba biti ograničena samo na teška i najteža kaznena djela, kako je i *de lege lata* propisano zakonom.

Četvrti referat izložio je **Šime Matak**, odvjetnik iz Zagreba. U svojem izlaganju posebnu je pažnju posvetio pravnom položaju obrane kod prikupljanja i ocjene dokaza iz inozemstva. Istaknuo je da se obrana suočava ne samo s tijelima kaznenog progona i sa sudovima različitih država već i s različitim pravnim sustavima, koji mogu biti bitno drugačiji u odnosu na pravni sustav matične države. Obrana u tim slučajevima nema pristup informacijama, nije uključena u razmjenu informacija niti uživa potporu supranacionalnih institucija. Razmatrajući pravni položaj obrane prilikom prikupljanja dokaza u inozemstvu, problematizirao je okolnost da okrivljenik nema pravo obratiti se direktno stranom pravosudnom tijelu, već svoje pravo može teoretski ostvariti samo u okviru važećih prava obrane u skladu s nacionalnim kaznenim postupkom. Prezentirajući pravni položaj obrane prilikom kontrole zakonitosti i pouzdanosti dokaza pribavljenih u inozemstvu, naglasio je da naša praksa prihvaća pravilo *locus regit actum* i ocjenjuje valjanost dokaza prema pravu države u kojoj je dokaz pribavljen. Naposljetku je sugerirao da je okrivljeniku i njegovu branitelju potrebno dati više mogućnosti sudjelovanja u iniciranju i

prikupljanju dokaza iz inozemstva, kao i da se omogući sudjelovanje obrane u samom prikupljanja dokaza, uz primjenu prava one države koja ima viši standard zaštite okrivljenika.

2.2. Okrugli stol „Načelo javnosti kaznenog postupka: anomalija ili esencija vladavine prava“

Poslijepodnevni dio prvog dana savjetovanja bio je posvećen okruglom stolu pod nazivom *Načelo javnosti kaznenog postupka: anomalija ili esencija vladavine prava*. Okruglim je stolom moderirala **prof. dr. sc. Zlata Đurđević**, redovita profesorica u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, a sudjelovali su: **mr. sc. Rajko Mlinarić**, sudac Ustavnog suda RH, **Damir Kos**, sudac Vrhovnog suda RH, **Darko Klier**, zamjenik Glavne državne odvjetnice RH, **dr. sc. Laura Valković**, odvjetnica, **prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas**, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, **Marina Mandić**, koordinatorica za medije i protokol MUP-a, **Nataša Božić**, novinarka N1 TV, i **Hrvoje Zovko**, predsjednik Hrvatskog novinarskog društva (HND). Uvodno je **prof. dr. sc. Zlata Đurđević** istaknula da je pitanje javnosti kaznenog postupka tema koja se u javnosti, ali i stručnim krugovima učestalo propituje. Problematizirala je tajnost i nejavnost istrage iz pozicije Zakona o kaznenom postupku iz 2008., kako prije tako i nakon Odluke Ustavnog suda iz 2012. te Novele ZKP-a iz 2013. Konstatirala je da su nakon Novele iz 2013. uvedena tri oblika javnosti kaznenog postupka; izvidi – tajni, istraga – nejavna i rasprava – javna. U nastavku je **mr. sc. Rajko Mlinarić** istaknuo bitnim govoriti o pitanju dosega prisutnosti javnosti u onim dijelovima postupka koji su tajni i/ili nejavni. Osvrnuvši se na neke recentne predmete u hrvatskoj pravosudnoj praksi, istaknuo je problematiku uhićenja u medijski eksponiranim slučajevima u najranijim fazama postupanja, gdje kazneni postupak nije još formalno započeo, a u kojima se u javnosti stvara dojam da je osoba već osuđena. Napomenuo je da se na taj način krši pretpostavka okrivljenikove nedužnosti, a uhićena osoba dovodi u ponižavajući položaj, te je pledirao za preventivno djelovanje kako bi se zaštitile temeljne ustavne vrijednosti usmjerene na zaštitu okrivljenika u kaznenom postupku. Potom je **Damir Kos**, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske, upozorio na suštinsku razliku između istrage i izvida kaznenih djela i konstatirao da je sasvim razumljivo da je istraga u pravilu nejavna, no da se zakonom propisuju slučajevi u kojima se istraga iznimno može proglasiti tajnom. S druge strane izvidi su kaznenih djela tajni, a kako se u okviru izvida u pravilu provode i posebne dokazne radnje, mišljenja je da za sadržaj provedenih posebnih dokaznih radnji smiju znati isključivo osobe koje su uključene u provedbu tih radnji. Nadovezujući se na problematiku javnog izvještavanja s mjesta događaja

u trenutku poduzimanja uhićenja u medijski eksponiranim slučajevima, smatra da se radi o svjesnim dojavama predstavnicima medija. U takvim slučajevima nedvojbeno dolazi do stigmatizacije uhićenih osoba, no smatra da takve radnje nisu protivne Ustavu RH ni Zakonu o kaznenom postupku. Drugo je pitanje mogu li takve osobe tražiti zaštitu zbog posljedica koje su nastupile i tko bi bio odgovoran u navedenom slučaju. U nastavku je **Darko Klier**, zamjenik Glavne državne odvjetnice Republike Hrvatske, istaknuo da je u problematici javnosti postupka potrebno biti oprezan jer ona ipak traži pažljivo balansiranje između težnje za učinkovitošću kaznenog progona i vođenja kaznenog postupka te prava javnosti na informaciju o tijeku i ishodu postupka. Smatra da mediji moraju biti nositelji istinite, provjerene i pravodobne informacije, jer u svojem obraćanju javnosti stvaraju sliku o funkcioniranju kaznenog pravosuđa u cjelini. Drži da je aktualno uređenje, u kojem je istraga nejavna faza prethodnog postupka, ispravno rješenje. Pojasnio je da istraga nije tajna za sudionike postupka, ali je tajna što se tiče iznesenog sadržaja, iako ni to nije kažnjivo. Dalje je **dr. sc. Laura Valković**, odvjetnica iz Zagreba, naglasila da je načelo javnosti doista esencija kaznenog postupka, koju moramo pažljivo primjenjivati i zaštititi od različitih zloupotreba. Drži da je aktualno zakonsko rješenje dobro, no u praksi je vidljivo da se ne provodi na ispravan način. Smatra da bi javno informiranje, pogotovo u medijski eksponiranim slučajevima, trebalo biti objektivno na način da se ne favorizira isključivo jedna stranka u postupku, nego da se nastoji prikazati maksimalno objektivna slika suđenja na raspravi. U raspravu se potom uključila **prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas**, redovita profesorica Pravnog fakulteta u Zagrebu. Apostrofirala je javnost kaznenog postupka kao jedan od aspekata prava na pravično suđenje koji ima dvojaku funkciju; s jedne strane štiti prava okrivljenika, a s druge strane jača povjerenje javnosti u rad pravosuđa, posebno u sudove, jer građani mogu uvidjeti kako sudovi sude, ali i očekivati da sude kako se od njih to i očekuje. Osim toga valja naglasiti da načelo javnosti pruža institucionalno jamstvo da će sud, stranke i drugi sudionici kaznenog postupka (svjedoci, vještaci itd.) poštovati zakon. Osobito je naglasila da zbog toga načelo javnosti pored čl. 6. obuhvaća i pravo na slobodu izražavanja iz čl. 10. EKLJP-a. U tom smislu mediji imaju pravo i puni legitimitet izvještavati javnost o stvarima od javnog interesa, pa čak i tijekom prethodnog postupka. U nastavku je **Vedrana Šimunda Nikolić**, pomoćnica ministra pravosuđa i uprave, napomenula da je načelo javnosti temeljno i osnovno načelo svih načela kaznenog postupka jer daje priliku propitkivati rad tijela kaznenog postupka. Ono u konačnici osigurava da postupak bude proveden na pravičan način kako bi presuda kojom se rješava pitanje okrivljenikove krivnje i nedužnosti bila pravilna, točna i potpuna. Potom je **Marina Mandić**, koordinatorica za medije i protokol Ministarstva unutarnjih poslova, napomenula da je njezino razmatranje javnosti postupka primarno usmjereno na izvide kaznenih djela, koji su po svojoj prirodi tajni, zbog čega su u praksi

najveći izazovi s kojima se susreće policija. Drži da nije jednostavno samo konstatirati da su izvidi tajni te da je iznošenje bilo kakvih podataka iz te faze postupka propisano kao kazneno djelo. U svojem svakodnevnom radu nastoji osvijestiti kako pojedinim novinarima tako i medijima u najširem smislu riječi važnost i dosege navedene zakonske odredbe te rizike koji za kazneni postupak postoje ukoliko podaci u toj fazi postupka budu javno objavljeni. Naglašava da se u javnosti često stječe pogrešna informacija da policija štiti počinitelja kaznenog djela, no ta percepcija nije u skladu ni s prirodom ni sa svrhom izvida i odgovornosti koju policija ima u toj fazi postupka. U nastavku je **Hrvoje Zovko**, predsjednik Hrvatskog novinarskog društva, istaknuo da je pravo novinara ne samo da izvještavaju nego i da propitkuju. Napominje da se nijedna profesija ne smije generalizirati, pa tako ni novinarska. Upozorio je na suvremeni razvoj i komparativna iskustva u zadnjih petnaest godina, na to da je u stranim zemljama postala praksa da policija poziva novinare na svoje konferencije i prikazuje im uhićenja u određenim slučajevima. Smatra da je u takvoj situaciji interes javnosti da sazna za takva uhićenja i događaje i da se samom objavom snimke ne tvrdi da je netko kriv. Konstatira da treba staviti veći naglasak na prevenciju i edukaciju, no ne samo novinara nego i svih dionika kaznenog pravosuđa.

Petak, 4. prosinca 2020.

3. IZLAGANJA DRUGOG DANA

3.1. Implementacija kaznenoprocenih direktiva Europske unije

Drugi dan savjetovanja svojim su izlaganjem na temu *Neka pitanja usklađenosti hrvatskog kaznenog procesnog prava s direktivama o pravima obrane* otvorili **prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas**, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, **doc. dr. sc. Marin Bonačić**, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, i **doc. dr. sc. Zoran Burić**, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. U svojem izlaganju prikazali su rezultate implementacije u hrvatsko kazneno procesno pravo Direktive o pravu na informiranje, Direktive o pravu na pristup odvjetniku i Direktive o pravu na tumačenje i prevođenje. Naglasak su stavili na istraživanje prakse VSRH ciljanim pretraživanjem onih sudskih odluka koje su obuhvatile pitanja koja su se tijekom implementacijskog procesa pokazala spornima i o kojima se raspravljalo u domaćoj stručnoj javnosti. Razmotrivši sporna pitanja, generalno su zaključili da je hrvatski normativni okvir usklađen s razmatranim direktivama o pravima obrane, ali da se u praksi još uvijek pojavljuju određena pitanja na koja tek

treba dati konkretne odgovore. Zbog toga su na kraju svojeg izlaganja ponudili konkretne zaključke i preporuke kao prilog nastojanju da se transponirane direktive na koherentan način oživotvore u svakodnevnoj pravosudnoj praksi.

Drugi referat izložila je **dr. sc. Ivana Radić**, poslijedoktorandica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, na temu *Implementacija Direktive o postupovnim jamstvima za djecu koja su osumnjičeni ili optuženi u kaznenim postupcima u hrvatskom zakonodavstvu*. U svojem je izlaganju analizirala pojedina postupovna prava koja Direktiva jamči maloljetnicima u kaznenom postupku kroz prizmu posljednjih izmjena ZSM-a kako bi se utvrdilo na koji su način najvažnija procesna prava iz Direktive regulirana u hrvatskom maloljetničkom zakonodavstvu. Razmatrajući pojedine postupovne aspekte, utvrdila je kako je hrvatski kazneni postupak prema maloljetnicima u velikoj mjeri usklađen sa svim procesnim standardima navedenima u Direktivi, pa čak i da ZSM nudi i više standarde zaštite maloljetnih okrivljenika, što je osobito vidljivo kod ostvarivanja prava na branitelja u kaznenom postupku. No istaknula je i određene nedostatke aktualnog rješenja, među kojima se osobito ističe primjena alternativnih mjera, slijedom čega je zaključila da će biti potrebno oslušivati reakcije prakse, koja će zasigurno usmjeriti buduće izmjene zakona.

Treći referat, pod naslovom *Zaštita žrtava u kaznenom postupku – praktična implementacije Direktive 2012/29/EU*, izložile su **dr. sc. Reana Bezić**, poslijedoktorandica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, i **Petra Šprem**, istraživačica na projektu Hrvatske zaklade za znanost Hrvatski monitor nasilja na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Na početku izlaganja podsjetile su na postanak i tijekom transponiranja Direktive 2012/29/EU u hrvatski pravni sustav i naglasile da je Direktiva prenesena na zadovoljavajući način. Potom su prikazale rezultate svojeg istraživanja, kojim su nastojale utvrditi na koji je način Direktiva implementirana u pravosudnoj praksi. Istraživanje je provedeno među djelatnicima Odjela za podršku žrtvama i svjedocima na sedam županijskih sudova i u organizacijama koje su navedene na letku koji se žrtvi daje na policiji, državnom odvjetništvu i sudu. Zaključno su istaknule da normativna dostatnost na području prava žrtava nije dovoljna garancija adekvatne provedbe u praksi. Napomenule su da problemi u ovom području postoje, ali nisu nerješivi. Predložile su da se Odjeli za podršku žrtvama i svjedocima i organizacije za pomoć žrtvama i svjedocima trebaju uključiti kao aktivni sudionici u postupku izrade konkretnih zakonskih rješenja te su naglasile potrebu uspostavljanja javne baze podataka koja bi omogućila uvid u učinkovitost provedbe sustava podrške žrtvama.

3.2. Implementacija kaznenoprocenih direktiva Europske unije

Četvrti referat prezentirao je **prof. dr. sc. Ivo Josipović**, redoviti profesor u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, na temu *Prekršajna odgovornost za promicanje ideologija suprotnih Ustavu Republike Hrvatske*. Uvodno je naglasio da je u javnosti već dugo prisutan fenomen promicanja ideologije desnog radikalizma u formi reminiscencija na ustaški pokret i njegovu vlast tijekom Drugog svjetskog rata. Istaknuo je da je korištenje ustaških simbola, posebice pozdrava/uzvika „Za dom, spremni!“, rašireno i opravdava se različitim razlozima, od onih koji u podlozi imaju prihvaćanje ustaške ideologije, preko shvaćanja da se taj pozdrav emancipirao od ustaštva jer se koristio u simbolima i praksi pojedinih legalnih postrojbi hrvatskih oružanih snaga u Domovinskom ratu, da je riječ o uzviku koji se koristio neovisno o ustaštvu, pa do pomodarstva, posebno u mladoj generaciji itd. U nastavku je prikazao aktualnu praksu prekršajnih sudova te analizirao recentno pravno shvaćanje Visokog prekršajnog suda. Naposljetku je predložio rješenja kojima bi se u navedenim slučajevima *pro futuro* mogao zaštititi ustavnopravni poredak Republike Hrvatske kroz sustav prekršajnog i kaznenog prava.

Peti referat, naslovljen *Širenje zaraznih bolesti kao prijetnja ostvarivanju ljudske sigurnosti i kaznenopravni mehanizmi u sprječavanju širenja bolesti COVID-19*, koji su zajednički predstavili **doc. dr. sc. Sunčana Rokсандić**, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, i **Krešimir Mamić**, voditelj Službe terorizma MUP-a, Ravnateljstvo policije, izazvao je veliku pažnju i interes sudionika budući da je pandemija COVID-19 (SARS-CoV-2) nedvojbeno postala glavni globalni problem javnog zdravstva i ljudske sigurnosti. U svojem izlaganju osobito su naglasili brojne izazove za kazneno pravosuđe uzrokovane pandemijom jer su sve države svijeta uvele mjere kojima se ograničavaju ljudska prava i slobode neophodne u svakom demokratskom društvu kako bi se spriječilo širenje te zarazne bolesti i umanjili njezini nepovoljni ishodi. Najprije su analizirali pravo na zdravstvenu zaštitu kao temeljno pravo i primjer ograničenja slobode radi zaštite zdravlja drugih te u tom kontekstu relevantnu praksu ESLJP-a. Poseban naglasak stavili su na normativni okvir usmjeren na sprječavanje širenja zaraznih bolesti u Republici Hrvatskoj i izazove za domaći pravni sustavi koje u tom smislu donosi pandemija uzrokovana novim koronavirusom. Naposljetku su istaknuli da kazneno djelo širenja i prenošenja zaraznih bolesti, propisano u čl. 180. KZ-a, i prekršaji iz Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti pružaju dobru normativnu osnovu iz razloga što su time postavljene granice dopuštenog ponašanja, a ne zato što kazneno pravo treba postati glavna brana nerazumijevanju važnosti odgovornog zdravstvenog ponašanja.

Šesti referat na temu *Uvjetni otpust u perspektivi suvremenog hrvatskog kaznenog zakonodavstva i kaznenopravne prakse probacijske službe* izložile

su **Zdenka Kokić-Puce**, voditeljica Službe za ljudske potencijale u kaznenim tijelima u Središnjem uredu Uprave za zatvorski sustav i probaciju Ministarstva pravosuđa, **Goran Brkić**, načelnik Sektora za probaciju u Upravi za zatvorski sustav i probaciju Ministarstva pravosuđa, i **Snježana Maloić**, voditeljica Odjela za probacijske poslove tijekom i nakon kazne zatvora i uvjetnog otpusta u Sektoru za probaciju u Upravi za zatvorski sustav i probaciju Ministarstva pravosuđa. Svoje izlaganje posvetili su uvjetnom otpustu kao jednom od najučinkovitijih načina postizanja socijalne reintegracije zatvorenika i prevencije recidivizma. Prezentirali su rezultate istraživanja prakse uvjetnog otpusta te značaj intervencija usmjerenih na socijalnu reintegraciju zatvorenika, koje su dodatno omogućene ustrojavanjem probacijske službe. Istaknuli su da bi daljnje unaprjeđivanje instituta uvjetnog otpusta svakako trebalo graditi na svim dosadašnjim pozitivnim iskustvima ranije kaznenopravne prakse kako Povjerenstva za uvjetni otpust tako i županijskih sudova te zatvorskog i probacijskog sustava.

3.3. Kaznenopravna suradnja u Europskoj uniji

Poslijepodnevni dio drugog dana savjetovanja otvorili su **Igor Materljan**, pravni savjetnik u Europskoj komisiji, DG Eurostat, Luxembourg, i **Gordana Materljan**, pravna savjetnica u Europskoj komisiji, Ured za publikacije, Luxembourg, s temom *Europski istražni nalog i nacionalni sustavi pravnih lijekova: pitanje primjerene razine zaštite temeljnih prava u državi izdavanja naloga*. U svojem izlaganju dotaknuli su se problematike pravnog sredstva protiv odluke o izdavanju europskog istražnog naloga. U tom su kontekstu problematizirali pravo okrivljenika na postojanje pravnog sredstva protiv odluke o izdavanju europskog istražnog naloga uzimajući u obzir interes načela uzajamnog povjerenja i priznavanja te interes zaštite temeljnih prava okrivljenika. Posebnu su pažnju posvetili predmetu Gavanazov protiv Bugarske, u kojem Sud EU-a nije uspio zauzeti jasan i određen stav o tome koja se razina zaštite temeljnih prava treba pružati u području europskog istražnog naloga. Smatraju da je na taj način Sud ne samo dao prednost pojednostavnjenju i ubrzanju pravosudne suradnje na štetu zaštite temeljnih prava okrivljenikove obrane već je takvim stavom prebacio odgovornost zaštite temeljnih prava s tijela izdavatelja naloga, koje je jedini prikladan forum za raspravu o tim pitanjima, na tijelo izvršitelja. Time je, zaključili su, Sud EU-a propustio dati potrebni impuls prema utvrđivanju minimalnih pravila i postupnoj harmonizaciji kaznenog postupka na razini EU-a.

Drugi referat, na temu *Izvanredne okolnosti: utjecaj bolesti COVID-19 na učinkovitu međunarodnu pravosudnu i policijsku suradnju i zaštitu ljudskih prava*, prezentirali su **Marijo Rošić**, voditelj Ureda časnika za vezu Repu-

blike Hrvatske u Europolu, i **mr. sc. Danka Hržina**, zamjenica Općinskog državnog odvjetnika upućena u Državno odvjetništvo Republike Hrvatske i nacionalna predstavnica za Europsku pravosudnu mrežu u kaznenim stvarima. Svoje su izlaganje posvetili izvanrednim mjerama uvedenima kao posljedica pandemije COVID-19 i načinu na koji su se odrazile na međunarodnu policijsku i pravosudnu suradnju. Posebnu su pažnju posvetili uvjetima pod kojima može doći do primjene izvanrednih mjera i derogiranja primjene EKZLJP-a sukladno čl. 15. te tome kako bi se i pod kojim uvjetima navedene odredbe mogle primijeniti na aktualnu situaciju uzrokovanu pandemijom bolesti COVID-19. Potom su upozorili na teškoće s kojima se u uvjetima pandemije COVID-19 u svakodnevnom radu susreću tijela pravosudne suradnje. Naposljetku su propitali pitanje učinkovite pravosudne suradnje u uvjetima pandemije bolesti COVID-19, među kojima su osobito istaknuti odnos država članica prema učinkovitom kaznenom progonu i pravosudnoj suradnji u vrijeme pandemije te posljedice protuepidemijskih mjera za pravosudnu suradnju i učinkovit kazneni postupak.

Posljednje izlaganje, na temu *Zajednički istražni timovi – koncept i analiza multilateralnog vođenja istrage i prikupljanja dokaza u Europskoj uniji*, održao je **Zoran Vinković**, zamjenik Općinske državne odvjetnice u Čakovcu. Uvodno je iznio genezu nastanka instituta zajedničkih istražnih timova, pri čemu se osobito osvrnuo na promjenu paradigme u smislu zamjene konvencijskog sustava uređivanja instituta ranijeg trećeg stupa u sustav okvirnih odluka. Nakon toga detaljno je izložio sadržaj Okvirne odluke Vijeća 2002/465/PUP od 13. lipnja 2002. Praktične implikacije instituta prikazao je kroz rad Agencije Europske unije za suradnju u kaznenom pravosuđu – Eurojusta te je u konačnici iznio nacionalnu regulaciju kroz odredbe Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim predmetima s državama članicama Europske unije, gdje je detaljno reguliran način korištenja instituta od strane državnog odvjetništva. Iznio je i praktičan primjer jedinog slučaja korištenja tog instituta u domaćoj praksi, uz zaključnu misao kako su njegove prednosti mnogostruke, što bi trebalo poticajno djelovati na češće korištenje u budućoj praksi.

Naposljetku je održana tradicionalna tribina, na kojoj su dani odgovori na postavljena praktična pitanja i raspravljene druge kaznenopravne aktualnosti.

