

Dr. sc. Antonija Krstulović Dragičević*

NAČELO ZAKONITOSTI U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U radu se analizira judikatura Europskog suda za ljudska prava u pogledu članka 7. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Nakon prikaza prakse Suda u pogledu definiranja temeljnih pojmova obuhvaćenih spomenutim člankom analiziraju se odabrani predmeti u cilju rasvjetljavanja sadržaja, odnosno segmenata načela zakonitosti, koji, sukladno praksi Europskog suda, obuhvaćaju zabranu osude za kazneno djelo i kažnjavanje bez prethodne pravne osnove, kao i zabranu retroaktivnog izricanja strože kazne, uz dodatni zahtjev za određenošću kaznenog djela i kazne s dovoljnim stupnjem dostupnosti i predvidljivosti. U posebnoj poglavlju raspravlja se o tumačenju područja primjene čl. 7. st. 2. Konvencije te se u konačnici, s aspekta standarda prakse Europskog suda, prikazuju prijeporna pitanja hrvatskog normativnog okvira i sudske prakse povezana s novijim Ustavnim i zakonodavnim promjenama.

Ključne riječi: načelo zakonitosti, čl. 7. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, dostupnost i predvidljivost, zabrana retroaktivnosti, retroaktivno ukidanje zastare i zastarnih rokova

1. UVOD

U teoriji prava načelo se zakonitosti određuje kao temeljna norma pravnog sustava, koja zahtijeva da svi pravni akti državnih i drugih subjekata budu formalno i materijalno usklađeni s višim pravnim normama koje reguliraju iste odnose, propisujući sankcije protiv pravnih radnji i pravnih akata koji taj zahtjev ne poštuju.¹ Na taj se način izdvajaju dva aspekta zahtjeva zakonitosti: formalna zakonitost kao zahtjev da sve niže pravne akte donose subjekti koji su višim pravnim aktima određeni kao nadležni za njihovo donošenje, da se svi oni donose po postupcima koji su također propisani višim aktima i da svi

* Dr. sc. Antonija Krstulović Dragičević, docentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

¹ Visković, N., *Država i pravo*, Birotehnika, Zagreb, 1995, str. 165.

oni imaju tekstualnu formu propisanu višim aktima, te materijalna zakonitost kao zahtjev da sadržaj nižih pravnih akata bude sukladan sa sadržajem viših pravnih akata koji reguliraju istu vrstu društvenih odnosa.² Pomoću načela zakonitosti ostvaruje se garantivna funkcija kaznenog zakona, tj. osiguranje pravne sigurnosti građana, njihovih prava i sloboda, što je vrhunsko načelo pravne države, vrhunski pravnodržavni princip; garancija protiv samovolje zakonodavca, suca i drugih pravosudnih tijela.³ Odnosno, načelom zakonitosti potvrđuje se načelo trodiobe vlasti jer o tome što treba biti kažnjivo ne odlučuje sudbena, nego zakonodavna vlast, a ujedno se građanima jamči pravna sigurnost jer se svakome omogućuje da znade što je zabranjeno i kakvoj se sankciji izlaže prekrši li tu zabranu.⁴

Načelo zakonitosti prihvaćeno je u brojnim međunarodnim aktima od čl. 11. st. 2. Opće deklaracije o ljudskim pravima Opće skupštine Ujedinjenih naroda iz 1948., preko čl. 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966.⁵ do čl. 49. Povelje o temeljnim pravima Europske unije.

(Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. ili Europska konvencija o ljudskim pravima načelo zakonitosti proklamira u čl. 7. pod naslovom „Nema kazne bez zakona“.

Spomenuti članak sastoji se od dva stavka. Prvim je proklamirano načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*,⁶ koje priječi osudu za kazneno djelo i kažnjavanje bez prethodne pravne osnove. Druga rečenica čl. 7. st. 1. sadrži zabranu povratnog izricanja strože kazne od one zapriječene u vrijeme počinjenja djela. Ta odredba nije ograničena na zabranu retroaktivne primjene kaznenog zakona na štetu počinitelja, nego obuhvaća i zahtjev dostupnosti pravne norme koja svojim sadržajem mora udovoljavati kvalitativnim zahtjevima jasnoće i preciznosti, kao i zabranu analogije.⁷ ESLJP je utvrdio opća načela koja proizlaze iz Konvencije osobito u predmetima *Kafkaris protiv Cipra*⁸

² *Idem*.

³ Bačić, F., *Krivično pravo*, Informator, Zagreb, 1995, str. 59.

⁴ Novoselec, P., Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 66.

⁵ *Idem*.

⁶ „Nitko ne može biti proglašen krivim za kazneno djelo počinjeno činom ili propustom koji, u času počinjenja, po unutarnjem ili po međunarodnom pravu nisu bili predviđeni kao kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u času kada je kazneno djelo počinjeno.“ (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

⁷ *Kokkinakis protiv Grčke*, zahtjev br. 14307/88, presuda od 25. svibnja 1993., § 52.; *Vasiliaskas protiv Litve*, zahtjev br. 35343/05, presuda Velikog vijeća od 20. listopada 2015., § 154.

⁸ *Kafkaris protiv Cipra*, Presuda, Veliko vijeće, 12. veljače 2008., zahtjev br. 21906/04, §§ 137. - 142.

i Kononov protiv Latvije⁹, a ponovio ih je u novijem predmetu Del Ríó Prada protiv Španjolske.¹⁰ Prema ESLJP-u jamstvo ugrađeno u čl. 7. st. 1. (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), koje je esencijalni element vladavine prava, zauzima važno mjesto u konvencijskom sustavu zaštite. To se jamstvo mora izgrađivati i primjenjivati, kao što proizlazi iz njegova cilja i njegove svrhe, tako da osigura djelotvorne zaštitne garancije protiv arbitrarnih progona, osuda i kazna. Njegovu važnost naglašava i činjenica da derogacija tog jamstva nije dopuštena na temelju članka 15. Konvencije čak ni u vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak nacije.

Jedina iznimka od načela legaliteta predviđena je u čl. 7. st. 2.,¹¹ koji dopušta kažnjavanje za čin ili propust koji u momentu počinjenja nije predstavljao kazneno djelo ni po unutarnjem ni po međunarodnom pravu, ali ga se moglo podvesti i kazniti prema općim načelima prava.

Spomenute odredbe analiziraju se u nastavku uz prikaz fragmenata sudske prakse ESLJP-a, u okviru kojeg će se temeljem autonomnog tumačenja konvencijskih pojmova odrediti područje primjene čl. 7., analizirati segmente, odnosno sadržaj konvencijske proklamacije načela zakonitosti te opseg, odnosno domete iznimke od tog načela koja proizlaze iz čl. 7. st. 2. Konvencije.

2. PODRUČJE PRIMJENE: AUTONOMNO TUMAČENJE KONVENCIJSKIH POJMOVA „PRESUĐENE STVARI“, „KAZNENOG DJELA“, „PRAVA“ I „KAZNE“

2.1. Tumačenje „presuđene stvari“

Čl. 7. Konvencije primjenjuje se kada je osoba „osuđena“ za počinjenje kaznenog djela. Iz prakse Suda proizlazi da konvencijski pojam osude ne obuhvaća npr. kaznene postupke koji su tijekom.¹² Također, u smislu Konvencije, pretpostavka „osude“ jest utvrđenje svih općih obilježja formalnog pojma kaznenog djela, pa se u tom smislu „kazne“ (u konvencijskom značenju tog pojma) ne mogu primijeniti ukoliko je kazneni postupak okončan oslobađajućom

⁹ Kononov protiv Latvije, presuda Velikog vijeća 17. svibnja 2010., zahtjev br. 36376/04, §§ 185. i 186.

¹⁰ Del Ríó Prada protiv Španjolske, zahtjev br. 42750/09, 21. listopada 2013., § 77.

¹¹ „Ovaj članak ne priječi suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao kazneno djelo u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda.“

¹² Lukanov protiv Bugarske, odluka Komisije, zahtjev br. 21915/93, presuda od 20. ožujka 1997.

presudom¹³ ili odbijajućom presudom zbog nastupa zastare.¹⁴ Primjena „kazne“ bez prethodne „osude“, kao što je to bio slučaj u spomenutim predmetima,¹⁵ može biti obuhvaćena člankom 7. Konvencije i može dovesti do povrede te odredbe ukoliko se kažnjavanje počinitelja čiji postupak nije doveo do osude ne može pomiriti s načelom zakonitosti koje taj članak jamči.¹⁶

2.2. Tumačenje „kaznenog djela“

Kada je riječ o kriterijima za utvrđivanje kaznene prirode djela, ESLJP primjenjuje metodu autonomnog tumačenja konvencijskih pojmova. Tako Sud može zaključiti da je određeno ponašanje, unatoč „nekaznoj“ kvalifikaciji prema nacionalnom pravu, po svojoj pravnoj prirodi kazneno djelo, čime se aktiviraju garancije, odnosno zabrane proklamirane čl. 7. Konvencije.

Osim u kontekstu čl. 7. Konvencije, pitanje kaznene materije, odnosno kaznene prirode djela postavlja se i u okviru čl. 6., koji proklamira pravo na pravični postupak.

Stoga je trostruki kriterij, koji je u slučaju Engel i ostali protiv Nizozemske¹⁷ (nedavno ponovno potvrđen odlukom u slučaju Jussila protiv Finske¹⁸) Sud postavio ocjenjujući radi li se u konkretnom slučaju o optužbi za kazneno djelo u konvencijskom smislu – primjenjiv i za određivanje područja primjene članka 7.

Spomenuti trodijelni kriterij obuhvaća sljedeće pretpostavke:

- kvalifikaciju djela u nacionalnom pravu
- prirodu kažnjivog djela (najvažniji kriterij, Jussila protiv Finske¹⁹)
- apstraktnu težinu djela izraženu kroz propisanu sankciju.

¹³ Sud Fondi s. r. l. i ostali protiv Italije, zahtjev br. 75909/01, presuda od 20. lipnja 2009., §§ 112. i 114.

¹⁴ Varvara protiv Italije, zahtjev br. 17475/09, presuda od 29. listopada 2013., § 69.

¹⁵ U predmetu Fondi i ostali počinitelju je nakon oslobađajuće presude zbog neotklonjive zablude o protupravnosti kazneni sud izrekao mjeru zapljene zemljišta zbog nezakonite parcelizacije, dok je u Varvari zapljena izrečena nakon obustave postupka zbog zastare.

¹⁶ Varvara protiv Italije, §§ 61. i 72.-73.; Sud Fondi s. r. l. i ostali protiv Italije, § 116.

¹⁷ Engel i ostali protiv Nizozemske, zahtjev br. 5100/71 i dr., presuda od 8. lipnja 1976., § 82.

¹⁸ Jussila protiv Finske, zahtjev br. 73053/01, presuda od 5. srpnja 2006., § 30.

¹⁹ *Ibid.*, cit. bilj. 18, § 38. Podnositelju je zbog nepotpunih poreznih prijava, u okviru mjera fiskalnog režima, porezni ured nametnuo dodatni porez u iznosu od 308,80 eura, na čiju se odluku podnositelj žalio područnom upravnom sudu. Nakon što mu je pred područnim, a nakon toga i pred Visokim upravnim sudom odbijen zahtjev za usmenu raspravu, podnositelj se obratio Europskom sudu tvrdeći da mu je zbog uskrate usmene rasprave povrijeđeno pravo na pošteno suđenje. U spomenutom je predmetu Sud utvrdio da, unatoč okolnosti što je izrečena mjera u nacionalnom sustavu kvalificirana kao fiskalna mjera, a ne kaznenopravna sankcija,

Primjenjujući te kriterije, Europski je sud presudio da kršenje vojne discipline ne spada u „kazneno“ područje ni u smislu članka 6. ni u smislu članka 7. Konvencije.²⁰ Isto se odnosi i na pravne posljedice osude u obliku davanja otkaza i ograničavanja zapošljavanja bivših agenata KGB-a,²¹ na stegovno djelo koje je počinio student u okviru sveučilišta²² ili na postupak utvrđivanja odgovornosti Predsjednika Republike zbog ozbiljnog kršenja Ustava.²³

U odsutnosti „kaznenog djela“ Sud zaključuje nekompatibilnost *ratione materiae* pritužbe s navedenim odredbama Konvencije.

2.3. Tumačenje „prava“

Sud je zauzeo stajalište o značenju pojma „pravo“ (*law*) pridajući mu autonomno značenje u smislu Konvencije, a koje značenje obuhvaća zakonsko i precedentno (*case-law*) pravo²⁴ te podrazumijeva kvalitativne uvjete dostupnosti i predvidljivosti.²⁵ U konvencijski pojam prava uključeni su i propisi nižeg ranga od zakona,²⁶ kao i nacionalno pravo „u cijelosti“, uključujući i način na koji se primjenjivalo u predmetnom razdoblju.²⁷

S druge strane državna praksa koja se protivi propisima pisanog prava na snazi i koja u biti isključuje zakonodavstvo na kojem se trebala zasnivati ne može biti kvalificirana kao „pravo“ u smislu čl. 7. Konvencije.²⁸

pretežiti značaj ima „priroda kažnjive radnje“ („the nature of the offence“). S obzirom na to da, prema tvrdnjama tužene države, dodatni porez nije nametnut u svrhu naknade štete, nego je imao svrhu odvratanja, odnosno prevenciju takvih ponašanja u budućnosti, Sud je utvrdio da se iz toga može zaključiti da je mjera izrečena temeljem propisa čija je svrha, odnosno pravna priroda, punitivna.

²⁰ Çelikateş i ostali protiv Turske, zahtjev br. 45824/99, presuda od 7. studenog 2000., dostupno na: <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4540190>.

²¹ Sidabras i Džiautas protiv Litve, zahtjevi br. 55480/00 i 59330/00, presuda od 27. srpnja 2004.

²² Monaco protiv Italije, zahtjev br. 12923/87, presuda od 26. veljače 1992., §§ 40. i 68.-69.

²³ Paksas protiv Litve, zahtjev br. 34932/04, presuda od 6. siječnja 2011., §§ 64.-69.

²⁴ S. W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 20190/92, presuda od 22. studenog 1995., §§ 36. i 41.-43.

²⁵ *Ibidem*, § 35.; Del Río Prada protiv Španjolske, zahtjev br. 42750/09, presuda od 21. listopada 2013., § 91.

²⁶ Kafkaris protiv Cipra, zahtjev br. 21906/04, presuda od 12. veljače 2008., §§ 145.-146.

²⁷ Kafkaris protiv Cipra, § 145.; Del Río Prada protiv Španjolske, § 90.

²⁸ Na primjer praksa Njemačke Demokratske Republike (DDR) koja se odnosila na nadzor granice, uz očito kršenje vlastitog pravnog sustava i temeljnih prava u slučajevima Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke, §§ 67.-87.; likvidacije protivnika komunističkog sustava kroz smrtnu kaznu koje se izriču na kraju suđenja koja očito ignoriraju zakonodavstvo i ustav bivše Čehoslovačke u slučaju Polednová protiv Češke Republike.

Pojam „međunarodno pravo“ naveden u čl. 7. st. 1. obuhvaća međunarodne ugovore koje je ratificirala predmetna država,²⁹ kao i običajno pravo.³⁰

2.4. Tumačenje „kazne“

Kao i u odnosu na poimanje kaznenog djela, i pojam „kazne“ predstavlja autonomni koncept Konvencije. Kako je istaknuo Sud u predmetu *Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, da bi zaštita predviđena čl. 7. bila djelotvorna, Sud mora imati slobodu detaljnije ispitati slučaj i sam procijeniti predstavlja li određena mjera u suštini „kaznu“ u smislu te odredbe.³¹

Stoga kao što ESLJP može zaključiti da je određeno djelo, premda po unutarnjem pravu „nekazneno“, po svojoj pravnoj prirodi kazneno, jednako tako može određenu mjeru koja je po unutarnjem pravu izrečena u okviru prekršajnog,³² stegovnog, administrativnog³³ ili fiskalnog postupka,³⁴ na temelju njihove kaznene prirode prekvalificirati u kazne u konvencijskom smislu.

U tom smislu Sud je u spomenutom predmetu *Welch* postavio nekoliko orijentacijskih kriterija koji uključuju: prirodu i cilj mjere (prevencija, reparacija, represija), kvalifikacija prema unutarnjem pravu, postupci povezani s njezinim određivanjem i izvršenjem, težina zapriječene mjere.³⁵

Primjenjujući te kriterije ESLJP je „kaznom“ smatrao sljedeće mjere: oduzimanje imovinske koristi stečene trgovinom opojnim drogama,³⁶ supletorni zatvor,³⁷ administrativnu novčanu kaznu zbog kršenja urbanističkih propisa u iznosu od 100 % vrijednosti protuzakonito izgrađene građevine koja ima za cilj prevenciju i kažnjavanje,³⁸ zapljena zemljišta zbog protuzakonite par-

²⁹ *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke*, zahtjevi br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, presuda od 22. ožujka 2001., §§ 90.-106.

³⁰ Za međunarodne ratne zakone i običaje pogledati *Kononov protiv Latvije*, zahtjev br. 36376/04, presuda od 24. srpnja 2008., §§ 186., 213., 227., 237. i 244.; za pojam „zločin protiv humanosti“ pogledati *Korbely protiv Mađarske*, zahtjev br. 9174/02, presuda od 19. rujna 2008., §§ 78.-85.; za pojam „genocid“ pogledati *Vasiliasukas protiv Litve*, zahtjev br. 35343/05, presuda Velikog vijeća od 20. listopada 2015., §§ 171.-175. i 178., čak i kada to pravo nije službeno objavljeno (*Kononov protiv Latvije*, § 237.).

³¹ *Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17440/90, presuda od 9. veljače 1995., § 27.

³² *Npr. Maresti protiv Hrvatske*, zahtjev br. 55759/07, presuda od 25. rujna 2009., § 59.

³³ *Npr. Varvara protiv Italije*, zahtjev br. 17475/09, presuda od 29. listopada 2013., § 51.

³⁴ *Npr. Jussila protiv Finske*, zahtjev br. 73053/01, presuda od 5. srpnja 2006., § 38.

³⁵ *Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 28.

³⁶ *Ibidem*, §§ 29.-35.

³⁷ *Jamil protiv Francuske*, zahtjev br. 15917/89, presuda od 08. lipnja 1995., § 32.

³⁸ *Valico s. r. l. protiv Italije*, zahtjev br. 70074/01, presuda od 21. ožujka 2006., izvor: Council of Europe (Manual on human rights and the environment - 2nd edition), str. 70., dostupno

celizacije izrečena uz oslobađajuću presudu,³⁹ odnosno odbijajuću presudu zbog nastupa zastare s ciljem prevencije i kažnjavanja,⁴⁰ sigurnosno čuvanje i zatvaranje,⁴¹ zamjena kazne zatvora progonom sa zabranom ulaska u zemlju u trajanju od deset godina,⁴² trajna zabrana bavljenja određenim zanimanjem izrečena kao dopunska kazna.^{43, 44}

3. ELEMENTI NAČELA ZAKONITOSTI U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

3.1. Kvalitativni zahtjevi pravne norme: dostupnost i predvidljivost

Iako se pojmovi dostupnosti i predvidljivosti kaznenopravne norme često spominju u presudama povodom čl. 7. Konvencije, nije do kraja jasno radi li se

na https://books.google.hr/books?id=ipTjBAAQBAJ&pg=PA70&lpg=PA70&dq=valico+sr-l+v+italyjudgement&source=bl&ots=xaBXhqQgGt&sig=BPYaWCiMwj7kwLjrzfD41nyN-sWw&hl=hr&sa=X&ved=0ahUKewiC_a6D3KbQAhWEIiwKHSXBBrIQ6AEIjAB#v=one-page&q=valico%20sr%20v%20italy%20judgement&f=false.

³⁹ Sud Fondi s. r. l. i ostali protiv Italije, zahtjev br. 75909/01, presuda od 20. lipnja 2009., §§ 112. i 114.

⁴⁰ Varvara protiv Italije, zahtjev br. 17475/09, presuda od 29. listopada 2013., §§ 22. i 51.

⁴¹ M. protiv Njemačke, zahtjev br. 19359/04, presuda od 17. prosinca 2009., §§ 123.-133.; Jendrowiak protiv Njemačke, zahtjev br. 30060/04, presuda od 14. travnja 2011., § 47.; Glien protiv Njemačke, zahtjev br. 7345/12, presuda od 28. studenog 2013., §§ 120.-130.; suprotno Bergmann protiv Njemačke, zahtjev br. 23279/14, presuda od 7. siječnja 2016., §§ 153.-182., gdje se radi o sigurnosnoj mjeri terapijskog liječenja u specijaliziranom centru.

⁴² Gurguchiani protiv Španjolske, zahtjev br. 16012/06, presuda od 15. prosinca 2009., § 40.

⁴³ Gouarré Patte protiv Andore, zahtjev br. 33427/10, presuda od 12. siječnja 2016., § 30.

⁴⁴ Nasuprot tome ELJSP kaznama u konvencijskom smislu nije smatrao sljedeće mjere: sigurnosne mjere (prisilna hospitalizacija) izrečene osobi koja nije kazneno odgovorna, automatski upis osobe u policijsku ili sudsku evidenciju počinitelja seksualnih ili nasilnih kaznenih djela, prikupljanje i skladištenje DNK-uzoraka osuđenih osoba koje obavlja državno tijelo, preventivni pritvor radi sprječavanja osobe da sudjeluje u aktivnostima kojima se ugrožava očuvanje reda i mira, zabrana ulaska u zemlju kao dopunska kazna, administrativna mjera progona ili zabrane ulaska u zemlju, premještanje osuđenika u drugu državu, preventivna mjera zapljene imovine zbog sumnje na pripadnost drugama mafijaškog tipa čije izricanje ne ovisi o prethodnoj osudi za kazneno djelo, mjera posebnog nadzora policije ili preventivno zatvaranje opasne osobe u cilju sprječavanja počinjenja kaznenih djela, mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi izrečena u okviru kaznenih postupaka koji se vode protiv trećih osoba, oduzimanje zastupničkog mandata zastupnika i nemogućnost njegova biranja nakon raspuštanja političke stranke, razrješenje i odluka o nemogućnosti biranja za predsjednika republike nakon postupka zbog teškog kršenja ustava, obustava prava na mirovinu dužnosnika nakon stegovnog postupka; stegovna mjera osamljenja zatvorenika u trajanju od tri vikenda. Izvor: *Guide sur l'article 7 de la Convention – Pas de peine sans loi, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme*, 2016, str. 7-8, dostupno na: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_FRA.pdf.

o jednom ili dvama povezanim, ali zasebnim zahtjevima. ESLJP ih najčešće navodi zajedno u sintagmi „je li prema domaćem ili međunarodnom pravu djelo podnositelja zahtjeva u vrijeme počinjenja bilo određeno kao kazneno djelo s dovoljnim stupnjem dostupnosti i predvidivosti“.⁴⁵

U predmetu *Kafkaris* Sud je istaknuo da se zahtjev za dostupnošću i predvidivošću odnosi podjednako na zakonsko biće i kaznenopravnu sankciju.⁴⁶

Standard predvidljivosti zapravo sadržava zahtjev za jasnoćom, odnosno preciznošću pravne norme i, sukladno praksi Suda, ispunjen je ako pojedinac može razumno predvidjeti da mu zbog počinjenog ponašanja prijeti rizik osude za kazneno djelo, pa čak i tada ako pojedinac za procjenu posljedica vlastitog ponašanja mora zatražiti pravni savjet.

Sud prihvaća činjenicu da se zakoni donose na način da omogućavaju opću primjenu, pa kao takvi ne mogu uvijek biti precizni. Iako je poželjno da zakon bude jasan, uvijek postoji neizbježna mogućnost da se putem sudske interpretacije zakon prilagodi potrebama društva.⁴⁷

Takav način tumačenja ispunjavanja zahtjeva za jasnom formulacijom pravne norme u literaturi je slikovito označen kao „klizanje na tankom ledu“, odnosno stav da pojedinci koji se upuštaju u društveno opasna i rizična ponašanja moraju prihvatiti i rizik da nikada s apsolutnom sigurnošću ne mogu predvidjeti iskorak u nedopušteno.⁴⁸

U tom smislu članak 7. ne zabranjuje postupna pojašnjenja obilježja kažnjivog ponašanja kroz sudsku praksu, posebice značajna u okviru normativnog koncepta *common law*. Sud uzima u obzir da je razvoj kaznenog prava u okviru sudske interpretacije važan dio pravne tradicije u većini država članica.

Razmatrajući pitanje sklonosti Suda spram upuštanja u ispitivanje ispravnosti tumačenja prava od strane nacionalnih sudova temeljem analiziranih presuda, može se zaključiti da je uspjeh podnositelja pozivanjem na povredu čl. 7. zbog načina tumačenja od strane nacionalnih sudova iznimka. Načelan stav Suda o tom pitanju izražen je i u predmetu *Custers, Deveaux* i *Turk* protiv Danske sintagmom da se ESLJP „neće upuštati u ispitivanje ispravnosti tuma-

⁴⁵ Šimšić protiv BiH, zahtjev br. 51552/10, presuda od 10. travnja 2012., § 22.

⁴⁶ *Kafkaris* protiv Cipra, zahtjev br. 21906/04, presuda od 12. veljače 2008., § 140., također i *Achour* protiv Francuske, zahtjev br. 67335/01, presuda od 29. ožujka 2006., § 41.

⁴⁷ *Kononov* protiv Latvije, zahtjev br. 36376/04, presuda od 24. srpnja 2008., § 185.; *Strelitz, Kessler and Krenz* protiv Njemačke, zahtjevi br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, presuda od 22. ožujka 2001., § 50.; *K.-H. W.* protiv Njemačke, zahtjev br. 37201/97, presuda od 22. ožujka 2001., § 85.; *Jorgić* protiv Njemačke, zahtjev br. 74613/01, presuda od 12. srpnja 2007., §§ 101.-109.; *Korbely* protiv Mađarske, zahtjev br. 9174/02, presuda od 19. rujna 2008., §§ 69.-71.

⁴⁸ *Ashworth, A.*, *Principles of Criminal Law* (Oxford, OUP, 2009), 63 i dalje, citirano prema: *Cian C. Murphy: The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR*, <http://ssrn.com/abstract=1513623>, str. 9.

čenja prava od strane nacionalnih sudova, osim ako je došlo do flagrantnog nepridržavanja ili samovolje u primjeni navedenih odredaba.⁴⁹

Tako Sud u predmetu *Cantoni protiv Francuske*⁵⁰ nije utvrdio povredu čl. 7. zaključivši da taj članak ne štiti pojedinca od „izmijenjene interpretacije prava koja ide na štetu podnositelja.“⁵¹

U predmetu *Ashlarba protiv Gruzije*,⁵² u kojem su se tvrdnje o kršenju načela zakonitosti temeljile na nejasnoći pravne norme, Sud nije prihvatio podnositeljeve navode o nejasnoći pojmova „kriminalno podzemlje“ i „šef kriminalnog podzemlja“ zaključivši da je podnositelj, ako i nije razumio navedene opće poznate pojmove, mogao iz cjelokupnog zakonodavnog paketa ili uz odgovarajuću pravnu pomoć predvidjeti kako će za svoje ponašanje kazneno odgovarati.⁵³

U predmetu *Khodorkovsky i Lebedev protiv Rusije*⁵⁴ zauzeto je stajalište da promjena pravnog stajališta na štetu počinitelja nastala u sudskoj praksi ne predstavlja kršenje načela zakonitosti. Sud je istaknuo da, unatoč činjenici da se dugotrajna praksa izostanka kaznenopravne reakcije na određena ponašanja koja po zakonu predstavljaju kazneno djelo može izjednačiti s njihovim formalnim ukidanjem, to nije slučaj u navedenom predmetu iz razloga što tvrdnje podnositelja o predmetnom načinu utaje poreza kao uobičajenoj poslovnoj praksi nisu dokazane.⁵⁵ Na sličnim je argumentima, odnosno stavu kako okolnost da pravna norma nikada nije bila primijenjena na određeni način sama za sebe ne predstavlja kršenje čl. 7. Konvencije, utemeljena i odluka Europskog suda u predmetu *Soros protiv Francuske*.⁵⁶

U predmetima *K.-H. W.*⁵⁷ i *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke*⁵⁸ razmatrana je zakonitost kaznenog progona i osude visokih dužnosnika DDR-a

⁴⁹ *Custers, Deveaux i Turk protiv Danske*, zahtjev br. 11849/03, presuda od 3. svibnja 2007., § 84.; *Huhtamäki protiv Finske*, zahtjev br. 54468/09, presuda od 6. ožujka 2012., §§ 50. i dalje.

⁵⁰ *Cantoni protiv Francuske*, zahtjev br. 45/1995/551/637, presuda od 15. studenog 1996. Podnositelj je kao voditelj supermarketa bio osuđen zbog prodaje medicinskih proizvoda čija je prodaja bila rezervirana isključivo za ljekarne. U svojoj tužbi podnositelj je naveo da je neprecizno određenje pojma „medicinski proizvod“ dovelo do različitih odluka francuskih sudova u pogledu pitanja koje se supstancije mogu podvesti pod spomenuti pojam, §§ 8., 22.

⁵¹ *Idem*, §§ 33.-34.

⁵² *Ashlarba protiv Gruzije*, zahtjev br. 45554/08, presuda od 15. srpnja 2014.

⁵³ *Idem*, §§ 135.-140.

⁵⁴ *Khodorkovskiy i Lebedev protiv Rusije*, zahtjevi br. 11082/06 i 13772/05, presuda od 25. srpnja 2013.

⁵⁵ *Idem*, §§ 780.-821.

⁵⁶ *Soros protiv Francuske*, zahtjev br. 50425/06, presuda od 6. listopada 2011., §§ 57.-58. Sud je odbio argumentaciju podnositelja i zauzeo stav da se, unatoč tome što je podnositelj prva osoba koja je osuđena pod konkretnim okolnostima, mogla razumno očekivati takva interpretacija prava, a posebice je, kao poslovnom čovjeku, mogla biti predvidiva podnositelju.

⁵⁷ Zahtjev br. 37201/97, presuda od 22. ožujka 2001.

⁵⁸ Zahtjevi br. 34044/96, 35532/97 i 44801/98, presuda od 22. ožujka 2001.

koji su u okviru tada ustaljene državne prakse zlouporabe službi u službi totalitarne vlasti poticali, odnosno počinili ubojstva državljana DDR-a koji su pokušali pobjeći u Zapadni Berlin. Nakon ujedinjenja osuđeni su pred njemačkim sudovima primjenom prava DDR-a. Savezni ustavni sud Njemačke, a potom i Europski sud za ljudska prava, razmatrali su obranu okrivljenika u kontekstu pravnog sustava u okviru kojeg su djela počinjena.

Ne ulazeći u pitanje tumačenja i primjene prava od strane nacionalnih sudova, ELJSP je u Streletz et al. razmatrao pitanje „nepisanog prava“, odnosno spomenuto nereagiranje tijela kaznenog progona na kaznena djela počinjena u službi totalitarne vlasti. U iznimno složenom predmetu, koji je u literaturi označen kao važan doprinos znanstvenom verificiranju načela zakonitosti ne samo iz motrišta Konvencije nego i međunarodnog prava uopće,⁵⁹ uz određene je li ponašanje podnositelja *tempore criminis* bilo usklađeno s tadašnjim pravom (unutarnjim i međunarodnim), Sud se bavio i utvrđenjem je li to pravo bilo u suglasju sa zahtjevom materijalne pravednosti.⁶⁰ Savezni ustavni sud Njemačke utvrdio je, pozivajući se na tzv. Radbruchovu formulu, neusklađenost relevantnih dijelova pozitivnog istočnonjemačkog prava *tempore criminis* sa zahtjevima objektivne pravednosti pretpostavljene formalnim izvorima prava i time upozorio na povezanost morala i prava. Svojom odlukom naglasio je značaj moralnih zasada ugrađenih u pravna načela, kao i posljedice toga prožimanja.⁶¹

ESLJP jednoglasno je utvrdio da nije bilo povrede čl. 7. Konvencije te da je osuda počinitelja od strane sudova ujedinjene Njemačke temeljem prava DDR-a bila zakonita, unatoč činjenici da od strane sudova bivše države ne bi bili osuđeni. Po pitanju ocjene dostupnosti prava, odnosno ocjene predvidivosti ponašanja počinitelja s aspekta formalnih izvora prava DDR-a u vrijeme počinjenja djela, utvrđeno je da su u bitnome bili na razini istovjetnih propisa u pravnim državama. Stoga okolnost da počinitelj ne bi bio osuđen od sudova bivše države nije utemeljena na pravu, nego državnoj praksi, koja je podrazumijevala i instrumentaliziranu sudsku praksu u službi totalitarnog sustava jedinstva vlasti, a državna praksa zlouporabe prava ne može predstavljati pravo u smislu čl. 7.⁶²

⁵⁹ Derenčinović, D., *op. cit.*, bilj. 1, str. 150. Streletz, Kessler i Krenz su kao visoki dužnosnici DDR-a i istaknuti politički djelatnici Jedinstvene socijalističke partije Njemačke optuženi za poticanje na ubojstvo osoba koje su pokušale prijeći državnu granicu između dvije Njemačke. Tužiteljstvo ih je teretilo za sudjelovanje u donošenju odluka i naloga temeljem kojih je sedam osoba u dobi od 18 do 28 godina usmrćeno hicima istočnonjemačkih graničnih stražara ili djelovanjem protupešačkih mina prilikom pokušaja prelaska Berlinskog zida.

⁶⁰ *Idem*, str. 165.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Idem*, § 49.-107.

Svoje stajalište Sud je potkrijepio argumentima da je takvo stajalište u duhu Konvencije, utemeljeno i na volji Parlamenta DDR-a, i posljedica je stajališta o ljudskom životu kao vrhovnom pravnom dobru, proklamiranom i zaštićenom svim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima.

Nasuprot gore navedenim slučajevima Sud je u predmetu Pessino⁶³ utvrdio povredu čl. 7. upravo iz razloga što podnositelj zbog iznenadne promjene sudske prakse nije mogao predvidjeti da će njegovo ponašanje rezultirati osudom zbog kaznenog djela (unatoč činjenici da je to temeljem važećih pravnih propisa bilo moguće u vrijeme počinjenja kaznenog djela), a što se upravo dogodilo zbog promjene pravnog shvaćanja od strane francuskog Kasacijskog suda.

U predmetu Jorgić protiv Njemačke⁶⁴ ESLJP je, pored povrede čl. 6. st. 1. i 3., razmatrao povredu čl. 7. Konvencije povodom navoda podnositelja kako šire tumačenje kaznenog djela genocida, usvojeno od strane njemačkih sudova, nema temelj u određivanju tog djela u njemačkom i međunarodnom pravu te da su njemački sudovi ekstenzivnim tumačenjem sadržaja genocidne namjere, a k tome i suprotnim tumačenju Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, arbitrarno utvrdili da je njegova krivnja bila posebne težine.⁶⁵ ESLJP je jednoglasno utvrdio kako nije bio povrede navedenih odredaba Konvencije i zaključio da je, unatoč činjenici da se većina teoretičara ne slaže s ekstenzivnim tumačenjem njemačkih sudova, kao i okolnosti nepostojanja ranije sudske prakse tumačenja genocida od strane njemačkih sudova, njihovo tumačenje bilo u „granicama razumno očekivanog tumačenja“, pa ujedno i predvidivo. Sud je svoje stajalište o predvidivosti osporavanog tumačenja dodatno argumentirao i stajalištem Opće skupštine Ujedinjenih naroda, koje,

⁶³ Pessino protiv Francuske, zahtjev br. 40403/02, presuda od 20. listopada 2006., §§ 18.–37. U spomenutom je predmetu zbog kršenja sudske zabrane protupravne gradnje podnositelj osuđen za kazneno djelo. Do tada slična kršenja sudskih zabrana u praksi francuskih sudova nisu rezultirala kaznenim progonom, do čega je u podnositeljevu slučaju došlo zbog iznenadne promjene prakse Kasacijskog suda.

⁶⁴ Jorgić protiv Njemačke, presuda od 12. srpnja 2007., zahtjev br. 74613/01. Podnositelj je u Njemačkoj osuđen za genocid i ubojstvo u dobojskoj regiji u razdoblju između svibnja i rujna 1992. te mu je izrečena kazna dugotrajnog zatvora. U svojem zahtjevu ESLJP-u naveo je kako su njemački sudovi pogrešno preuzeli nadležnost za suđenje te da njihovo tumačenje kaznenog djela genocida nema utemeljenje ni u njemačkom ni u međunarodnom javnom pravu. Prvostupanjski je sud utvrdio da pojam „uništenje grupe“ iz njemačkog KZ-a podrazumijeva uništenje neke grupe kao zasebne društvene jedinice, a ne nužno njezino uništenje u biološko-fizičkom smislu, te je zaključio kako je podnositelj postupao s namjerom da uništi grupu Bošnjaka na sjeveru Bosne i Hercegovine. Ustavni sud odbio je razmatrati ustavnu tužbu podnositelja držači kako nije došlo do povrede načela da se kazneno pravo ne može primjenjivati retroaktivno jer je tumačenje relevantne odredbe bilo predvidivo i sukladno tumačenju koje se primjenjuje u međunarodnom javnom pravu.

⁶⁵ *Idem.*, § 89.

identično tumačenju njemačkih sudova, ne traži namjeru uništenja u biološko-fizičkom smislu.

Pitanjem predvidljivosti osude za genocid Sud se bavio i u predmetu Vasiliauskas protiv Litve.⁶⁶ Slučaj Vasiliauskas važan je i po tome što predstavlja rijedak primjer u kojem je Sud preispitivao tumačenja prava od strane nacionalnih sudova. Ispitujući jesu li domaći sudovi tumačili podnositeljeve radnje u skladu s razumijevanjem koncepta genocida kakvo je bilo na snazi 1953. godine, Sud je ustvrdio da su domaći sudovi, s obzirom na međunarodnopravnu definiciju genocida na snazi u vrijeme počinjenja, biće kaznenog djela genocida kakvo je propisano domaćim kaznenim zakonodavstvom tumačili analogijom na štetu podnositelja povrijeđivši načelo *nullum crimen sine lege*, zajamčeno člankom 7. Konvencije.⁶⁷ Domaće vlasti, istaknuo je ESLJP, imaju pravo tumačiti definiciju genocida šire od njezina međunarodnopravnog shvaćanja, no takve diskrecijske ovlasti ne dopuštaju domaćim sudovima da osude osobu na osnovi retroaktivne primjene takve šire definicije.⁶⁸

U predmetu Kononov protiv Latvije⁶⁹ ESLJP je u kontekstu odredbe čl. 7. st. 1. Konvencije trebao utvrditi je li postojala dovoljno jasna pravna osnova s obzirom na zakonodavstvo koje je bilo na snazi 27. svibnja 1944. za osuđujuću presudu za ratne zločine podnositelja zahtjeva te jesu li ta kaznena djela bila zakonom utvrđena, uz dovoljnu mjeru dostupnosti i predvidivosti, da je podnositelj zahtjeva mogao 27. svibnja 1944. znati koja će ga činjenja ili nečinjenja učiniti kazneno odgovornim za ta kaznena djela.⁷⁰ Iako Kazneni zakonik iz 1926. nije spominjao međunarodno pravo ni zakone i običaje rata, niti su oni bili službeno objavljeni u SSSR-u i SSR Latviji, Sud je iznio stav kako su međunarodni zakoni i običaji rata sami po sebi 1944. bili dovoljni da se utvrdi individualna kaznena odgovornost. Štoviše, Sud je naveo kako su 1944. ti zakoni predstavljali detaljne odredbe *lex specialis*, kojima su utvrđeni parametri kažnjivog ponašanja u vrijeme rata, i prvenstveno su bili upućeni oružanim snagama i posebno zapovjednom kadru. S obzirom na to da je podnositelj zahtjeva bio vojni oficir – zapovjednik, Sud je naveo kako bi, ako se ima na umu flagrantno nezakonita priroda zlostavljanja i ubojstva devet stanovnika, čak i najpovršnije razmišljanje podnositelja uputilo na to da u najmanju ruku sporni postupci sadrže u sebi rizik od toga da budu u suprotnosti sa zakonima i običajima rata, onako kako su bili shvaćeni u to vrijeme, te da postoji poseban rizik da budu shvaćeni kao ratni zločini za koje on u svojstvu zapovjednika

⁶⁶ Vasiliauskas protiv Litve, zahtjev br. 35343/05, presuda Velikog vijeća od 20. listopada 2015.

⁶⁷ *Idem*, §§ 178.–183.

⁶⁸ *Idem*, § 184.

⁶⁹ Presuda od 17. svibnja 2010., zahtjev br. 36376/04.

⁷⁰ *Idem*, § 187.

može snositi individualnu kaznenu odgovornost.⁷¹ U svojem izdvojenom mišljenju trojica sudaca izrazila su stav da pravila i običaji ratovanja u vrijeme djelovanja počinitelja nisu bili dovoljno razjašnjeni, kao što je to slučaj nakon Nürnberškog i Tokijskog procesa, te da slijedom navedenoga osuda za kazneno djelo, s motrišta počinitelja *in tempore criminis*, nije bila predvidiva.

U predmetu Šimšić protiv Bosne i Hercegovine⁷² razmatranje ESLJP-a u pogledu čl. 7. imalo je ishodište u navodima podnositelja zahtjeva kako zločini protiv čovječnosti, za koje je proglašen krivim, nisu u vrijeme rata od 1992.-1995. predstavljali kaznena djela prema domaćem pravu.⁷³ Sud je ocijenio kako su u predmetnom slučaju ispunjeni svi sastavni elementi zločina protiv čovječnosti jer su djela počinjena u „kontekstu šireg i sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva i podnositelj je bio svjestan tih napada“ te je zaključio kako su djela podnositelja u vrijeme počinjenja predstavljala kazneno djelo definirano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu.⁷⁴

Kvalitativni zahtjev predvidivosti odnosi se i na kaznu (u konvencijskom smislu), što ilustrira slučaj Baškaya i Okçuoğlu protiv Turske,⁷⁵ u kojem je Sud utvrdio povredu načela *nulla poena sine lege* jer je nacionalni sud, analogijom na štetu podnositelja, zatvorsku kaznu koja se temeljem čl. 8. st. 2. Antiterorističkog zakona mogla izreći samo uredniku izrekao podnositelju, kojem je kao izdavaču mogla biti izrečena samo novčana kazna.⁷⁶

U raspravi o rasvjetljavanju standarda dostupnosti i predvidljivosti prava potrebno se posebno osvrnuti na procjenu tog standarda u praksi Europskog suda u normativnom sustavu anglosaksonskog običajnog prava.

⁷¹ Na temelju iznesenih razloga Sud je naveo kako je razumno zaključiti kako je podnositelj 1944. mogao predvidjeti da bi se sporni postupci mogli kvalificirati kao ratni zločini. *Idem*, § 238.

⁷² Šimšić protiv Bosne i Hercegovine, zahtjev br. 51552/10, presuda od 10. travnja 2012.

⁷³ Podnositelj je prvostupanjskom presudom osuđen na pet godina zatvora zbog pružanja pomoći i poticanja silovanja i prisilnih nestanaka kao zločina protiv čovječnosti, a drugostupanjskom presudom na 14 godina zatvora zbog progona kao zločina protiv čovječnosti. Podnositelj je u vrijeme počinjenja djela radio kao policijski službenik te „od travnja do srpnja 1992., kao dio rasprostranjenog i sustavnog napada protiv bošnjačkih civila u općini Višegrad, svjestan takva napada, progonio Bošnjake na političkim, nacionalnim, etničkim, kulturnim i religijskim osnovama čineći ubojstva, zatvaranja, mučenja, prisilne nestanke, te pomaganjem i poticanjem silovanja“. § 3.-6. Odluke

⁷⁴ Argument podnositelja kako nije mogao predvidjeti da su njegova djela mogla predstavljati zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu odbijen je uz obrazloženje kako je kaznena djela počinio kao policijski službenik te da osobe koje obnašaju profesionalnu dužnost moraju postupati s visokim stupnjem opreza kada obavljaju svoje zanimanje i od njih se očekuje da postupaju s posebnom pažnjom prilikom procjene rizika koje takve aktivnosti povlače za sobom. *Idem*, § 25.

⁷⁵ Baškaya i Okçuoğlu protiv Turske, zahtjevi br. 23536/94 i 24408/94, presuda od 8. srpnja 1999.

⁷⁶ *Idem*, §§ 42.-43.

U slučaju SW i CR protiv Ujedinjenog Kraljevstva⁷⁷ podnositelji su bili dvojica muškaraca koji su osuđeni za silovanje svojih supruga zbog ukidanja tzv. *Marital Rape Exemption* (o nepostojanju kaznenog djela silovanja ako su osobe u braku) temeljem izmijenjenog stajališta Prizivnog suda i Doma lordova, do kojeg je došlo nakon poduzimanja radnji.

U spomenutom je predmetu ESLJP zauzeo stajalište da je ukidanje zastarjele iznimke u *common lawu* od strane Doma lordova bilo predvidljivo s obzirom na to da je tom presudom samo potvrđen očekivani pravac razvoja sudske prakse jer je evolucija društvenih prilika, usklađena s biti kaznenog djela silovanja, došla do točke u kojoj se moglo razumno očekivati ukidanje spomenute *Marital Rape Exemption* od strane sudova.⁷⁸

Usprkos neupitnosti gornjeg stajališta o potrebi prilagodbe sudske prakse društvenim promjenama koje su rezultat dugotrajnih procesa, izraženo stajalište Suda u predmetu SW i CR podvrgnuto je opravdanim kritikama s aspekta načela zakonitosti. Tako je u literaturi⁷⁹ istaknuto kako počinitelji čak ni uz stručni pravni savjet nisu mogli predvidjeti osudu zbog vlastitog ponašanja s obzirom na to da bi pravni savjet (u hipotetskoj situaciji, da su ga podnositelji prije poduzimanja navedenih djela zatražili) najvjerojatnije glasilo da je, unatoč činjenici da je reforma *common lawa* neminovna, iznimka još uvijek važeća na teritoriju Ujedinjenog Kraljevstva.

Spomenute kritike potpuno su opravdane s aspekta načela zakonitosti u okviru normativnog sustava precedentnog prava. Čak i da se složimo s argumentacijom Doma lordova, koju je očigledno prihvatio i Europski sud, a koja je utemeljena na stavu da je odluka samo legitimirala već formirani stav zajednice, pa je stoga kaznena osuda bila predvidiva, nikako se ne može opravdati njezina retroaktivna primjena. Naime zabrana retroaktivnosti povezana je s načelom „pravednog upozorenja“, odnosno pravu ljudi da znaju što im se brani, a što zapovijeda, kako bi mogli prilagoditi svoje ponašanje.⁸⁰

Nedvojbeno je da se pravne norme moraju adaptirati na promjene društvenih odnosa čijoj zaštiti služe, kako je to u svojim odlukama utvrdio ESLJP.

⁷⁷ SW i CR protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 20190/92, presuda od 22. studenog 1995.

⁷⁸ U argumentaciji odluke Sud je, među ostalim, naveo da je „krajnje ponižavajući karakter silovanja toliko očigledan da se odluka Prizivnog suda i Doma lordova, kojima se napušta neprihvatljiv stav o imunitetu od kaznenog progona zbog silovanja žene s kojom je počinitelj u braku, ne mogu smatrati suprotnima predmetu i svrsi čl. 7. Napuštanjem te neprihvatljive iznimke u skladu je s duhom Konvencije, u čijoj je srži poštivanje ljudskog dostojanstva i osobne slobode“, SW i CR protiv Ujedinjenog Kraljevstva, § 44. Presude.

⁷⁹ Beddard, R., ‘The rights of the “criminal” under Article 7 ECHR’ (1996) EL Rev Supp (Human Rights Survey), str. 3-13, 10-11.

⁸⁰ Konjić, Z., Krsnik, K., Primjena načela zakonitosti u nacionalnom i međunarodnom kaznenom pravu, Profil, Zagreb, 2012, str. 205.

Kada se to događa u formi zakonodavnih promjena, onda se može realizirati garantivna funkcija načela zakonitosti da pojedinac neće biti osuđen zbog kaznenog djela ako u trenutku poduzimanja radnje nije mogao predvidjeti takve pravne posljedice. U tom slučaju od države stiže prethodno upozorenje da se određene promjene događaju, a prije njihova stupanja na snagu prolaze propisanu proceduru pred demokratski izabranim zakonodavnim tijelima.

Drugačija je situacija kada do promjena dolazi iznenadnim promjenama sudske prakse, u kojem slučaju nema ni upozorenja, a ni legitimiteta, kao što je to slučaj sa zakonski utemeljenim pravom.

3.2. Zabrana retroaktivnosti

Zabrana retroaktivnosti na način kako je proklamirana čl. 7. st. 1. Konvencije priječi osudu za kazneno djelo i kažnjavanje bez prethodne pravne osnove, kao i povratno izricanje strože kazne od one zapriječene u vrijeme počinjenja djela. Spomenuta zabrana jedan je od segmenata konvencijskog načela legaliteta, njegov konstitutivni element, jednake važnosti kao i ostali njegovi segmenti. I dok se pravniku europskokontinentalne provenijencije uopće ne nameće pitanje hijerarhije pojedinih segmenata načela legaliteta, teoretičari iz anglosaksonskog pravnog kruga⁸¹ bavili su se pitanjem ima li u okviru načela zakonitosti prednost zabrana retroaktivnosti ili zahtjev predvidivosti osude za kazneno djelo (koji objedinjava zahtjeve za dostupnošću i preciznošću pravne norme). Propitivanje prioriteta zabrane retroaktivnosti i zahtjeva predvidivosti u okviru normativnog sustava običajnog prava ima smisla s obzirom na način njegova nastanka. Naime, dok u kontinentalnom sustavu ponašanje koje je u pitanju mora biti predviđeno zakonom prije nego što se dogodilo, u sustavu presedana pravom postaje nešto što se već dogodilo jer je kreator običajnog prava zajednica, a suci svojim djelovanjem iskustvo zajednice pretvaraju u pravnu normu. Ako se pitanje prioriteta zabrane retroaktivnosti i standarda predvidljivosti stavi u kontekst slučaja SW i CR protiv Ujedinjenog Kraljevstva, vidljivo je da je ESLJP (prihvaćanjem tumačenja Doma lordova da su počinitelji s obzirom na evoluciju društvenih prilika mogli razumno očekivati ukidanje *Marital Rape Exemptiona* i neutvrđivanjem povrede čl. 7. u spomenutom slučaju) dao prioritet predvidljivosti nad zabranom retroaktivnosti.

U slučaju Rohlena protiv Češke⁸², pozivajući se na članak 7. Konvencije, podnositelj je prigovario kako je došlo po retroaktivne primjene Kaznenog za-

⁸¹ Cian C. Murphy, *The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR*, <http://ssrn.com/abstract=1513623>, str. 12–13.

⁸² Rohlena protiv Češke, zahtjev br. 59552/08, presuda Velikog vijeća od 27. siječnja 2015., § 41.

kona, ističući kako je osuđen za produljeno kazneno djelo zlostavljanja osobe u zajedničkom kućanstvu te kako je osuda obuhvaćala i radnje izvršene prije uvođenja navedenog kaznenog djela u Kazneni zakon.

Sud je utvrdio da nije došlo do povrede članka 7. Konvencije, odnosno da domaći sudovi nisu retroaktivno primijenili zakon jer je postojao pravni kontinuitet između djela u „starom“ i „novom“ kaznenom zakonu.⁸³

Povreda čl. 7. nije utvrđena ni u slučaju Achour protiv Francuske,⁸⁴ u kojem je podnositelj prigovarao zbog retroaktivne primjene novoga zakona o povratu, koja je dovela do povišenja njegove kazne. ESLJP je smatrao da su države slobodne utvrditi svoju vlastitu kaznenu politiku i izmijeniti je kad je to odgovarajuće povećanjem kazni primjenjivih na kaznena djela, stoga je izbor sustava kaznenog pravosuđa kojeg odabere država izvan domašaja nadzora Suda ako on nije suprotan načelima navedenima u Konvenciji.⁸⁵

Glede utvrđenja jesu li mjerodavni francuski zakon i sudska praksa bili dostupni i predvidivi s obzirom na učinak u kritično vrijeme, Sud je primijetio da je Kasacijski sud od kraja devetnaestoga stoljeća zauzeo jasan i dosljedan stav da je, kada zakon uvodi nova pravila o povratu, za njihovu trenutačnu primjenu dostatno da novo djelo bude počinjeno nakon stupanja na snagu tog zakona. Prema tome nije bilo nikakve dvojbe da je podnositelj mogao predvidjeti da će se počinjenjem daljnje djela prije isteka zakonskoga roka dana 13. srpnja 1996. godine izložiti riziku da bude osuđen kao povratnik, pa je slijedom toga mogao predvidjeti pravne posljedice svojih radnja i prilagoditi svoje ponašanje.⁸⁶

Osim što zabranjuje osudu za kazneno djelo i kažnjavanje bez prethodne pravne osnove, proklamacija iz čl. 7. st. 1. Konvencije zabranjuje i retroaktivno izricanje težih kazni. Pitanje nedopuštene retroaktivnosti kazne najuže je povezano s poimanjem, odnosno Konvencijskim značenjem riječi „kazna“. Kao što smo imali prilike vidjeti u poglavlju 2.4., praksa Suda u vezi s tim pitanjem, unatoč okvirnim kriterijima postavljenima u Welchu, prilično je kazuistična te, unatoč širokom poimanju „kazne“, iz njezina pojma isključuje čitav niz sankcija i mjera kojima se u temeljna prava ponekad zadire teže nego samom kaznom u najužem smislu te riječi.

Zanimljivo je naglasiti da je Sud tek 2009. godine u predmetu Scoppola protiv Italije,⁸⁷ pozivajući se na čl. 49. Povelje o temeljnim pravima Europske unije (koja uključuje i načelo *nullum crimen*) zaključio da čl. 7. Konvencije treba tumačiti na način da iz zabrane izricanja teže kazne proizlazi zahtjev

⁸³ *Idem*, § 62.

⁸⁴ Achour protiv Francuske, zahtjev br. 67335/01, presuda od 29. ožujka 2006.

⁸⁵ *Idem*, § 51.

⁸⁶ *Idem*, §§ 52.–53.

⁸⁷ Scoppola protiv Italije (br. 2), zahtjev br. 10249/03, presuda od 17. rujna 2009.

za obveznom primjenom povoljnije kazne za počinitelja, argumentirajući navedeno stajalište postupnim razvojem spomenutog stajališta diljem Europe.⁸⁸ Spomenuto stajalište Suda kritizirano je od šestorice sudaca koji su u svojem izdvojenom mišljenju iznijeli stav da su takvom argumentacijom prekoračene granice interpretacije konvencijske norme.⁸⁹

U predmetu Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine⁹⁰ ELJSP se bavio prigovorom podnositelja zahtjeva da je na njih primijenjen stroži kazneni zakon od onoga koji je bio primjenjiv u vrijeme kada su počinili kaznena djela. Zaključak ESLJP-a da je u konkretnim okolnostima predmeta došlo do

⁸⁸ Sud se, među ostalim, pozvao i na presudu Suda Europske unije u slučaju Berlusconi, u kojem je okrivljeniku retroaktivno izrečena blaža kazna, unatoč činjenici da su naknadne promjene prava u korist počinitelja bile suprotne pravu Unije. U spomenutom predmetu Komisija je istaknula kako, uvažavajući činjenicu da je nacionalno kazneno pravo koje se primjenjivalo u vrijeme počinjenja kaznenog djela bilo u skladu s pravom Unije i s obvezom država članica da održe usklađenost, učinci nacionalnog zakonodavstva koje se primjenjivalo trebaju biti očuvani. Sud međutim nije prihvatio argumente Komisije u ovom smislu te je primijenio opće načelo prava Unije navodeći kako načelo retroaktivne primjene blaže kazne predstavlja dio konstitutivnih tradicija uobičajenih državama članicama. Spojeni predmeti Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02), Marcello Dell'Utri and Others (C-403/02), presuda Suda (Veliko vijeće) od 3. svibnja 2005., § 67. Presude.

⁸⁹ Iz izdvojenog mišljenja sudaca Nicolaou, Bratza, Lorenzen, Jočiené, Villiger i Sajó: „... They not only regard the terms of Article 7 § 1 as encompassing the more favourable law – the *lex mitior* - principle; they also consider that the case warrants the complete reversal of the Court's case-law by a new interpretation of Article 7 § 1 more consonant with the times. In our opinion Article 7 § 1 does not admit of such interpretation.

Although there is, seemingly, a thematic link between the legality principle of Article 7 § 1 and the more favourable law principle, a link which is, perhaps, strengthened by the fact that subsequent human rights instruments treat the two together, there is a vital difference between them. The former principle works at a higher level than the latter. It represents an integral part of the rule of law. *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*: no one is to be convicted or punished without a pre-existing criminal law in force. Nothing is more fundamental than that. It is peremptory and inevitable. It is an essential condition of freedom. That is why Article 15 does not allow derogation from Article 7 § 1. The *lex mitior* principle does not form part of nor can it be considered an extension or a corollary of this rule of law requirement. It is a different kind of norm...“

Više o načelu obvezne retroaktivne primjene *lex mitior* u praksi Suda vidi u paralelnom mišljenju sutkinje Pinto de Albuquerque, kojem se pridružio sudac Vučinić, u presudi Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine (str. 41.–44.). U njemu se, među ostalim, navodi: „...Stoga, članak 7. st. 1. Europske konvencije o ljudskim pravima pretpostavlja konkretno i globalno ustanovljavanje *lex mitior*. Ta su načela dio pravila običajnog međunarodnog prava, koje je obvezujuće za sve države, i predstavljaju kategoričke peremptorne ili obvezujuće norme s učinkom da nijedno drugo pravilo međunarodnog ili domaćeg prava ne može dovesti do odstupanja od njih... Drugim riječima, načelo zakonitosti na području kaznenog prava, i u svojoj pozitivnoj i u svojoj negativnoj verziji, predstavlja *ius cogens*...“

⁹⁰ Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine, zahtjevi br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. srpnja 2013.

povrede čl. 7. Konvencije sadrži i uputu kako ga ne treba tumačiti tako da su podnositeljima trebale biti izrečene niže kazne, nego samo da su se u predmetima podnositelja trebale primijeniti kaznene odredbe zakona iz 1976. godine.⁹¹ Naime argumentacija da je Zakon iz 2003. blaži za podnositelje od zakona iz 1976., uzimajući u obzir nepostojanje smrtno kazne, nije prihvatljiva jer je smrtna kazna bila zapriječena samo za najteže oblike ratnih zločina. Kako nijedan od podnositelja nije proglašen krivim za gubitak života, zločini za koje su oni osuđeni očigledno nisu spadali u tu kategoriju budući da je Maktoufu izrečena najniža moguća kazna, a Damjanoviću kazna neznatno iznad posebnog minimuma propisanog za ratne zločine zakonom iz 2003. U tim okolnostima od posebne je važnosti u ovom predmetu bilo ustanoviti koji je zakon bio blaži u pogledu minimalne kazne. Sud je ocijenio da je to bez ikakve sumnje Zakon iz 1976. Taj su pristup u novijim predmetima zauzela i neka žalbena vijeća Suda BiH.⁹² U skladu s tim, s obzirom na to da postoji realna mogućnost da je retroaktivna primjena zakona iz 2003. bila na štetu podnositelja u pogledu izricanja kazne, ESLJP je utvrdio da im nije osigurana djelotvorna zaštita od nametanja veće kazne, što predstavlja povredu čl. 7. Konvencije.

U slučaju Berland protiv Francuske⁹³ Sud se bavio pitanjem predstavljaju li sigurnosne mjere izrečene podnositelju „kaznu“ u smislu čl. 7. st. 1. Konvencije te primjenjuje li se slijedom toga u odnosu na njih načelo zabrane povratnog izricanja strože kazne.

Sud je zaključio kako se sigurnosna mjera izrečena podnositelju (20-godišnja zabrana kontakta s određenim osobama i zabrana nošenja oružja) u konkretnom slučaju ne može smatrati kaznom rukovodeći se, među ostalim, i okolnošću da u francuskom zakonodavstvu mjere koje su određene podnositelju ne predstavljaju kaznu na koju bi se moglo primijeniti načelo retroaktivnosti, nego preventivne mjere koje isključuju primjenu načela zabrane retroaktivnosti, slijedom čega nije utvrđena povreda čl. 7. st. 1. Konvencije.⁹⁴

⁹¹ *Idem*, § 76.

⁹² *Idem*, § 69.

⁹³ Berland protiv Francuske, zahtjev br. 42875/10, presuda od 3. rujna 2015.

⁹⁴ *Idem*, §§ 46., 47. Za razliku od toga u predmetu M. protiv Njemačke ESLJP ocijenio je da produljenje preventivnog zadržavanja od strane suca izvršenja, a na temelju zakona koji je usvojen nakon što je kazneno djelo počinjeno, predstavlja dodatnu kaznu, kojom je povrijeđeno načelo zabrane retroaktivnosti. Unatoč tome što se na prvi pogled radi o identičnim sankcijama, slučajevi M. i Berland bitno se razlikuju: u premetu M. mjera sigurnosnog zatvaranja izrečena je zbog opasnosti od osuđenika po isteku zatvorske kazne, dok je Berlandu preventivno zatvaranje izrečeno umjesto kazne zatvora. Stoga je ESLJP zaključio da se produljenje zadržavanja u redovnom zatvoru može smatrati kaznom u konvencijskom smislu, što nije bio slučaj kod Berlanda, koji je bio prisilno hospitaliziran u specijalnoj ustanovi.

U jednom od starijih, ali po mnogo čemu važnih slučajeva – predmetu *Kafkaris*⁹⁵ - ELJSP je, razmatrajući pitanje dopustivosti retroaktivne primjene propisa o izvršenju kazne, otvorio kompleksno pitanje kriterija dopustivosti retroaktivne primjene odredaba o izvršenju kazne, konkretno odredaba o uvjetnom otpustu kojima je podnositelj izgubio mogućnost smanjenja kazne.

U pogledu dostupnosti i predvidljivosti Sud je utvrdio da ciparski zakon u cjelini nije bio dovoljno precizno formuliran u vrijeme počinjenja djela na način da je počinitelj mogao, po potrebi i uz stručni savjet, i u mjeri u kojoj je to u danim okolnostima bilo razumno, utvrditi domet doživotne kazne zatvora i način njezina izvršenja.⁹⁶ Sukladno tome utvrđena je povreda čl. 7. Konvencije, ali bez ikakve konkretne mjere, konstatacijom: „Utvrđivanje povrede samo po sebi predstavlja pravično zadovoljenje za svu nematerijalnu štetu.“⁹⁷

U pogledu prigovora zbog retroaktivne primjene odredaba o gubitku mogućnosti smanjenja kazne Sud nije prihvatio da je podnositelju zahtjeva retroaktivno nametnuta teža kazna jer se, s obzirom na materijalne odredbe Krivičnog zakonika, ne može reći da je doživotna kazna zatvora u relevantno vrijeme očigledno iznosila dvadeset godina zatvora. Činjenica da podnositelj zahtjeva, osuđen na doživotnu kaznu zatvora, više nije imao pravo na smanjenje kazne, bila je vezana za izvršenje kazne, a ne za njezino izricanje. Iako su promjene zakonskih odredaba o služenju kazni zatvora i uvjetima otpusta možda suštinski učinile kaznu zatvora podnositelja zahtjeva težom, one se ne mogu tumačiti kao da mu nameću težu „kaznu“ od one koju je izrekao prvostupanjski sud. Pitanja vezana za politiku otpusta, način na koji se ona provodi i razloge koji iza nje stoje predstavljaju dio kaznene politike koja se utvrđuje na nacionalnom nivou, zaključio je ESLJP.⁹⁸

U pogledu istaknutog razlikovanja izricanja i izvršenja kazne s obzirom na pitanje (ne)dopustivosti retroaktivne primjene strožih odredaba treba razlikovati situacije u kojima navedene promjene izravno utječu na izrečenu kaznu na način da mijenjaju prvobitnu sudsku odluku od situacija kao što je *Kafkaris*, kada se njima prvobitna sudska odluka uopće ne mijenja. Drugim riječima, pitanje dopustivosti retroaktivnog važenja odredaba o izvršenju kazne treba procjenjivati vrlo pažljivo u svakom pojedinom slučaju, a odluku Suda u predmetu *Kafkaris* ne interpretirati na način da je temeljem same činjenica da se norma odnosi na izvršenje kazne dopuštena njezina retroaktivna primjena, pa i na štetu osuđenika.

⁹⁵ *Kafkaris protiv Cipra*, zahtjev br. 21906/04, presuda od 12. veljače 2008.

⁹⁶ *Idem*, §§ 143.-148., § 152.

⁹⁷ *Idem*, § 170.

⁹⁸ *Idem*, §§ 149.- 151., § 152.

Navedenu tezu potvrđuju novije odluke Suda, npr. Rio Prada protiv Španjolske,⁹⁹ gdje je sam Sud (pozivajući se na svoje ranije odluke Kafkaris, § 142.; Gurguchiani, § 31.; M. protiv Njemačke, § 121.) naglasio da se mjere koje predstavljaju kaznu i one koje se odnose na njezino izvršenje ne mogu uvijek jasno razgraničiti. Da bi se utvrdilo radi li se o mjeri koja se tiče samo načina izvršenja kazne ili se njome modificira izrečena kazna, Sud mora ispitati u svakom slučaju polazeći od poimanja kazne u domaćem zakonodavstvu na snazi *in tempore criminis*, imajući u vidu to pravo u cjelini, zajedno s načinom njegove primjene.

4. TUMAČENJE PODRUČJA PRIMJENE ČL. 7. ST. 2. KONVENCIJE

Čl. 7. st. 2. Konvencije glasi: „Ovaj članak ne priječi suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust, koji je u času počinjenja predstavljao kazneno djelo u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda.“¹⁰⁰ Spomenuta odredba, poznata i pod neformalnim nazivom „nürnberška iznimka“ i gotovo identična odredbi čl. 15. st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,¹⁰¹ izazvala je polemike u pogledu pitanja područja primjene u teoriji,¹⁰² ali i praksi nacionalnih sudova, pa i samog Europskog suda.

U predmetu Naletilić protiv Hrvatske¹⁰³ podnositelj se, osim na povredu čl. 6., pozivao i na povredu čl. 7. st. 1. ističući kako je na temelju čl. 7. u Hrvatskoj mogao biti osuđen na najviše dvadeset godina zatvora, dok ga MKSJ može

⁹⁹ Del Rio Prada protiv Španjolske, zahtjev br. 42750/09, 21. listopada 2013., §§ 81.-90.

¹⁰⁰ (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

¹⁰¹ Članak 15. st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima glasi: „Ništa u ovom članku ne smije priječiti suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe za neki čin ili propust koji je u času počinjenja predstavljao kazneno djelo prema općim načelima prava priznatim od zajednice naroda.“

https://pravosudje.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Pravo%20na%20pristup%20informacijama/Zakoni%20i%20ostali%20propisi/UN%20konvencije/Medjunarodni_pakt_o_gradjanskim_i_politickim_pravima_HR.pdf

¹⁰² Tako se svojedobno Klipp, propitujući kritički odluku Suda Europske unije u predmetu Berlusconi, zapitao može li se situacija u kojoj se zbog optuženika (političkog lidera) nacionalno zakonodavstvo, koje je do tada bilo usklađeno s pravom Unije, mijenja na način da postaje s njim u suprotnosti, a sve u cilju poboljšanja njegova kaznenopravnog položaja, podvesti pod iznimku formuliranu u čl. 7. st. 2. Konvencije. Klip, A., *European Criminal Law, An Integrative Approach*, Intersentia, str. 187.

¹⁰³ Naletilić protiv Hrvatske, zahtjev br. 51891/99, Odluka o dopuštenosti od 4. svibnja 2000.

osuditi na doživotni zatvor, odnosno da bi ga MKSJ mogao osuditi na težu kaznu nego domaći sudovi. ESLJP je jednoglasno utvrdio da je zahtjev u cijelosti nedopušten, a u pogledu tvrdnja podnositelja da bi ga MKSJ mogao osuditi na težu kaznu nego domaći sudovi da su potonji vršili svoju nadležnost i okončali postupak protiv njega te kratko naveo: „Čak pretpostavljajući da bi se na ovaj predmet primijenio čl. 7., konkretna odredba koja bi mogla biti primjenjiva bio bi st. 2., a ne st. 1. članka 7. Konvencije. To znači da se ne može primijeniti druga rečenica čl. 7. st. 1. na koju se poziva podnositelj zahtjeva.“¹⁰⁴

Potpuno drugačije tumačenje područja primjene izuzetka iz stavka 2. čl. 7. Konvencije nalazimo u predmetu Maktouf i Damjanović protiv BiH¹⁰⁵.

U okviru čl. 7. u presudi se, osim o povredi zabrane izricanja strože kazne, posebno raspravljalo o stavu Vlade BiH (koja se pozivala na predmet Naletilić protiv Hrvatske) da pravilo koje zabranjuje retroaktivnost kaznenih djela i kazna nije primjenjivo ukoliko je neko djelo u vrijeme počinjenja predstavljalo kazneno djelo prema „općim pravnim načelima koje priznaju civilizirani narodi“.¹⁰⁶ Sud je naveo kako taj stav nije u skladu s *travaux préparatoires* (pripremnim dokumentima teksta Konvencije), koji impliciraju da se može smatrati da čl. 7. st. 1. sadrži opće pravilo neretroaktivnosti te da čl. 7. st. 2. predstavlja samo kontekstualno pojašnjenje za aspekt kaznene odgovornosti iz toga pravila, a koji je dodan tako da se osigura da nema nikakve sumnje u pogledu valjanosti kaznenih postupaka nakon Drugog svjetskog rata u pogledu zločina koji su počinjeni tijekom tog rata. Zaključio je kako je jasno da oni koji su sastavljali tekst Konvencije nisu imali namjeru dopustiti bilo kakvu opću iznimku od pravila neretroaktivnosti.¹⁰⁷

U predmetu Kononov protiv Latvije¹⁰⁸ podnositelj je, među ostalim, prigovarao zbog povrede čl. 7. st. 1. tvrdeći da ponašanje za koje je osuđen nije u vrijeme počinjenja (1944.) bilo predviđeno kao kazneno djelo, a pravne osnove za retroaktivnu primjenu prava temeljem čl. 7. st. 2. nije bilo jer djela koja su mu stavljena na teret nisu unutar zaštitnog područja spomenute norme.¹⁰⁹ Sud nije utvrdio povredu čl. 7. st. 1. te je, iako domaće pravo na snazi *tempore criminis* nije spominjalo međunarodno pravo i zakone i običaje rata niti su isti službeno bili objavljeni u SSSR-u ni u Latviji, iznio stav kako su međunarodni zakoni i običaji rata sami po sebi 1944. bili dovoljni da se utvrdi individualna kaznena odgovornost. Sukladno tom utvrđenju Sud se nije ni upuštao u razma-

¹⁰⁴ Str. 4. Odluke

¹⁰⁵ Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine, zahtjevi br. 2312/08 i 34179/08, presuda od 18. srpnja 2013.

¹⁰⁶ *Idem*, § 62.

¹⁰⁷ *Idem*, § 72.

¹⁰⁸ Kononov protiv Latvije, zahtjev br. 36376/04, presuda od 24. srpnja 2008.

¹⁰⁹ *Idem*, §§ 160.–163.

tranje slučaja s aspekta čl. 7. st. 2., ali je naveo da „čak pretpostavljajući da bi se na ovaj predmet primijenio čl. 7. st. 2., operacija od 27. svibnja 1944. ne bi se mogla smatrati kaznenim djelom u skladu s općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda.“¹¹⁰

Predmet u kojem je Sud, uz ostale, utvrdio i povredu čl. 7. st. 2. Konvencije jest *Vasiliauskas protiv Litve*, u kojem je podnositelj tvrdio da je njegova osuda za genocid protivna članku 7. Konvencije navodeći da je, osim analogijom na njegovu štetu, osuđen i retroaktivnom primjenom kaznenog zakona.¹¹¹ Veliko vijeće odbacilo je tvrdnje tužene države o kažnjivosti podnositeljevih radnja na osnovi općih načela prava priznatih od civiliziranih naroda, ponovivši tezu o kontekstualnoj prirodi odredbe stavka 2. članka 7. Konvencije, koja ne implicira mogućnost odstupanja od općeg pravila zabrane retroaktivnosti, nego ima za svrhu osigurati da se valjanost suđenja za zločine počinjene u Drugom svjetsku ratu ne dovodi u pitanje.¹¹²

5. ODABRANA PITANJA HRVATSKOG KAZNENOG PRAVA U SVJETLU PRAVNIH STANDARDA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U ovom poglavlju neće se raspravljati o općepoznatim i nespornim pitanjima pravnog uređenja načela zakonitosti, nego o novijim Ustavnim i zakonodavnim promjenama kojima je ukinuto nastupanje zastare za određena kaznena djela, odnosno dopušteno retroaktivno produljenje zastarnih rokova. Slijedom navedenog rasprava će obuhvatiti:

- proširenje instituta nezastarijevanja određenih kaznenih djela temeljem čl. 31. st. 4. Ustava,¹¹³ koja je, uz dopunu Kaznenog zakona iz 2011., bila pravni temelj za donošenje Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (ZKND), koji je konkretizirao da se za kataloška djela kazneni progon može poduzeti i nakon isteka rokova zastare, apsolutne i relativne;

¹¹⁰ *Idem*, § 148.

¹¹¹ *Vasiliauskas protiv Litve*, zahtjev br. 35343/05, presuda Velikog vijeća od 20. listopada 2015., §§ 121.-130.

¹¹² *Idem*, §§ 187.-190.

¹¹³ Čl. 31. st. 4. Ustava: „Ne zastarijevaju kaznena djela ratnog profiterstva kao ni kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, propisana zakonom ili ona koja ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu...“ Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90,135/97, 113/00, 28/01, 74/10, 5/14; dostupno na: http://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/Redakcijski_prociscen_tekst_Ustava_Republike_Hrvatske_Ustavni_sud_Republike_Hrvatske_15._sijecnja_2014_.pdf.

- odredbu čl. 86. KZ-a kojom je eksplicitno propisano da „ako se prije nastupa zastare kaznenog progona ili zastare izvršenja kazne promijeni rok zastare, primijenit će se rokovi novog zakona“ i
- čl. 22. Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona od 13. svibnja 2015., kojim je predviđeno nezastarijevanje terorizma (članak 97. stavak 4. KZ-a), teškog ubojstva (članak 111. KZ-a) te ubojstva osoba pod međunarodnom zaštitom (članak 352. KZ-a).

Prijepori koje su time stvoreni mogu se svesti na dva temeljna pitanja:¹¹⁴

- 1) mogućnost poduzimanja kaznenog progona za određena kaznena djela i nakon što je istekao rok zastare kaznenog progona
- 2) naknadno produljenje zastarnih rokova (ili ukidanje zastare) u vrijeme dok zastara prema zakonu koji je bio na snazi *tempore criminis* (ili kasnijem blažem zakonu) još uvijek nije nastupila.

U pogledu prvog pitanja postoji gotovo jedinstven stav hrvatske kaznenopravne znanosti i sudske prakse da je nakon nastupanja zastare neprihvatljivo njezino ukidanje ili produljenje.¹¹⁵ Identičan stav nalazimo i u odluci Ustavnog suda u slučaju *Hypo*, odnosno njezinim dijelovima koji sadrže ustavnosudsku interpretaciju ustavne novele kojom je uvedeno nezastarijevanje kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz razdoblja pretvorbe i privatizacije

¹¹⁴ Derenčinović, D., Doprinos Ustavnog suda Republike Hrvatske u definiranju okvira za tumačenje ustavne odredbe o nezastarijevanju ratnog profiterstva i kaznenih djela počinjenih u vrijeme pretvorbe i privatizacije, *Sveske za javno pravo* 21/6, str. 10.

¹¹⁵ Tako Bačić u Komentaru Kaznenog zakona navodi da je nesporno da bi novi zakon bio stroži ako bi naknadno produžio rok zastarijevanja kad je zastara već bila nastupila jer je protekom tih rokova počinitelj postao nekažnjiv i mora se moći u to pouzdati. F. Bačić, Š. Pavlović, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb 2004, str. 35. Prema Zlatariću, počinitelj ima “pravo na zastaru” kad je zastarni rok protekao. B. Zlatarić, *Krivično pravo — Opći dio*, Zagreb 1977. Cvitanović i Derenčinović smatraju da se već i naknadnim produljenjem zastarnih rokova dok zastara još nije nastupila dovodi u pitanje pravna predvidivost kao jedan od najvažnijih civilizacijskih dosega kaznenog prava, iz čega slijedi da je to više neprihvatljivo i produljenje zastare ili njezino ukidanje nakon što je zastara već nastupila. Derenčinović, D., *op. cit.* bilj. 114., str. 11. Sutkinja Katušić-Jergović ističe kako “ni u teoriji ni u praksi nije sporno što se događa kad u trenutku stupanja na snagu novog zakona već istekne rok relativne, odnosno apsolutne zastare određen ranijim zakonom (...) kako sud po službenoj dužnosti pazi i na protek zastarnih rokova (pri čemu odluka suda o tome da se postupak obustavlja, odnosno optužba odbija zbog toga ima u biti deklaratoran karakter jer ona samo potvrđuje da je nastupila smetnja za kazneni progon), nije moguće neki postupak nastaviti ili ga pokrenuti nakon što je zastara već nastupila po ranijem propisu. *Ibid. cit.*, str. 12. Iznimka od gotovo jedinstvenog stava u pogledu toga pitanja jest stajalište koje zastupa Novoselec, koji smatra da “retroaktivna primjena ukidanja zastare prema Zakonu o nezastarijevanju nije kršenje ustavnog načela zabrane retroaktivne primjene strožeg zakona bez obzira na to je li u trenutku donošenja Promjene Ustava zastara nastupila jer je Ustav ovlašten da na taj način uredi retroaktivnost”. Novoselec, P., *Kaznenopravna zastara pred reformom*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb 2/2009, str. 753-766.

i ZKND-a. Ustavni je sud u citiranoj odluci naglasio da je novi st. 4. čl. 31. URH tek dio cjeline koji se, a posebno stoga što se radi o ustavnom amandmanu naknadno unesenom u ustavni tekst, "mora tumačiti u duhu cjelokupnog pravnog poretka oblikovanog u Ustavu tako da njegovo tumačenje izvire iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju", te zaključio da se „nijedna ustavna odredba ne smije tumačiti tako da proizvodi neustavne posljedice. To osobito vrijedi za ustavne amandmane koji su naknadno uneseni u ustavni tekst. Stoga je potrebno precizno određenje opsega i domašaja članka 5. Promjene Ustava/2010 (novog stavka 4. članka 31. Ustava) kako ni tumačenje ni primjena te ustavne promjene iz 2010. ne bi proturječili najvišim vrednotama ustavnog poretka, u ovom slučaju ustavnom načelu zakonitosti u kaznenom pravu kao esencijalnom elementu vladavine prava u demokratskom društvu.“¹¹⁶ Nadalje, Ustavni sud navodi da se relevantne dispozicije ustavnog amandmana i navedena dispozicija ZKND-a "moraju promatrati u svjetlu općeg pravnog načela da u demokratskoj državi utemeljenoj na vladavini prava nije dopušteno retroaktivno propisivati mogućnost kaznenog progona za kaznena djela za koja je već nastupila zastara kaznenog progona". Referirajući se na tvrdnju prvostupanijskog suda da su ustavni amandmani i dispozicija ZKND-a retroaktivno ukinuli, odnosno izmijenili odredbe o zastari, koje predstavljaju opća načela prava radi zaštite javnog poretka, Ustavni sud ističe da se „ne radi o nikakvom zabacivanju zakonskih odredbi o zastari jer bi takvo tumačenje značilo poraz ustavnog načela zakonitosti kojem je cilj i svrha da nitko ne smije biti podvrgnut arbitrarnom progonu, osudi ili kazni“.¹¹⁷ Iz citiranih dijelova Odluke proizlazi zaključak da su odredbe o zastari kaznenog progona integralni dio načela zakonitosti te da bi retroaktivno ukidanje zastare za kaznena djela kod kojih je zastara već nastupila bilo u suprotnosti s načelom pravne sigurnosti ugrađenim u temelje načela zakonitosti.¹¹⁸ Odluka sadrži i važnu poruku da sama činjenica kako je izmjena donesena u formi dopune Ustava sama za sebe ne znači da je poštovana vladavina prava.¹¹⁹

I dok po pitanju nedopustivosti „oživljavanja“ mogućnosti kaznenog progona i produljenja zastarnih rokova nakon što je istekao rok zastare kaznenog progona postoji konsenzus u hrvatskoj kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi, u vezi s pitanjem naknadnog produljenja zastarnih rokova (ili ukidanje zastare) u vrijeme dok zastara prema zakonu koji je bio na snazi *tempore criminis* (ili kasnijem blažem zakonu) još uvijek nije nastupila – konsenzusa nema.

U hrvatskom kaznenom zakonodavstvu to je pitanje regulirano spomenutim čl. 86. Kaznenog zakona i čl. 22. Zakona o izmjenama i dopunama Kazne-

¹¹⁶ U-III-4149/2014 od 24. 7. 2015., §§ 80., 81.

¹¹⁷ *Ibidem*, str. 36., 52. i 61.

¹¹⁸ Derenčinović, D., *ibid. cit.* bilj. 114, str. 8.

¹¹⁹ U-III-4149/2014 od 24. 7. 2015., § 121.

nog zakona od 13. svibnja 2015.¹²⁰ Pitanje dopustivosti retroaktivne primjene produljenih zastarnih rokova u situacijama gdje zastara još nije nastupila najuže je povezano s još uvijek neriješenim pitanjem pravne prirode zastare. I sam je Ustavni sud u predmetu *Hypo* zaključio da davanje odgovora na pitanje o pravnoj prirodi zastare (materijalnopravni, procesni ili mješoviti) "izravno utječe na ocjenu o tome je li u domaćem pravnom poretku zakonom dopušteno produljivati prethodno propisane rokove zastare s trenutačnim učinkom za kaznena djela za koja zastarni rok još nije istekao u vrijeme izmjene odnosno dopune zakona, kako je to propisano člankom 86. KZ-a/11".¹²¹

I dok u odluci USUD-a u predmetu *Hypo* nailazimo na čitav niz stajališta koja nedvojbeno upućuju na materijalni primat zastare, u odluci iz 2010. godine, koja se eksplicitno poziva na pravna shvaćanja Kaznenog odjela Vrhovnog suda, nailazimo na stav o prvenstveno procesnoj prirodi tog instituta.¹²²

Pitanjem zastare ESLJP se s različitih aspekata bavio u predmetima Kononov protiv Latvije¹²³ i Coeme protiv Belgije. U predmetu Coeme i dr. protiv Belgije Sud je zauzeo stav da naknadno produljenje zastarnih rokova u trenutku kad zastara još uvijek nije nastupila nije na štetu prava zaštićenih člankom 7. EKLJP-a jer se takvim produljenjem ne mijenja sadržaj kaznenog djela niti propisuje teža kazna.¹²⁴

Pored toga, ELJSP je državama ostavio slobodu odlučivanja o tome hoće li zastaru smatrati institutom materijalnog ili procesnog kaznenog prava, pa od-

¹²⁰ U pogledu izmjene KZ-a iz 2015. kojom je ukinuta zastara za djela terorizma, teškog ubojstva i ubojstva osoba pod međunarodnom zaštitom nesporno je da se navedena izmjena ne odnosi na slučajeve u kojima je zastara već nastupila, jer to proizlazi iz čl. 86. KZ-a.

¹²¹ U-III-4149/2014 od 24. 7. 2015., § 121.

¹²² „Što se tiče radnja opisanih u točkama 5. i 11. izreke prvostupanjske presude, valja istaknuti da apsolutna zastara za djelo opisano u točki 5. prvostupanjske presude koje je počinjeno 30. rujna 2003. nije nastupila 30. rujna 2007. kao što se ističe u ustavnoj tužbi jer je Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona ("Narodne novine" broj 71/06.) izmijenjen članak 19. stavak 1. podstavak 5. KZ-a tako da je rok relativne zastare za kazneno djelo iz članka 347. stavka 3. KZ-a produljen s dvije na tri godine, a apsolutne s tri na šest godina. Budući da u vrijeme stupanja na snagu navedene novele KZ-a apsolutna zastara još nije nastupila, ona se, u smislu pravnog shvaćanja Kaznenog odjela Vrhovnog suda zauzetog na sjednicama od 25. rujna 2006. i 10. rujna 2007. (Izbor odluka VSRH, broj 1/2007), određuje prema produljenom zastarnom roku.“ Odluka Ustavnog suda U-III-54080/2009. od 26. 11. 2010., V. 6.

¹²³ Kononov protiv Latvije, zahtjev br. 36376/04, presuda od 24. srpnja 2008., §§ 233. Jedno od suštinskih pitanja u spomenutom predmetu bilo je jesu li u bilo kojem trenutku prije kaznenog progona podnositelja njegovi postupci zastarjeli sa stajališta međunarodnog prava. S obzirom na to da 1944. međunarodno pravo nije utvrdilo nikakav rok zastarijevanja u pogledu progona ratnih zločina te da zastara nije propisana ni nakon 1944., a da ni jedna odredba o zastarijevanju iz unutarnjeg prava nije bila primjenjiva, Sud je zaključio kako kazneni progon podnositelja zahtjeva nije zastario.

¹²⁴ Coëme i ostali protiv Belgije (zahtjevi br. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96), presuda od 22. lipnja 2000., § 149., 150.

govor na pitanje je li povratna primjena strožih zastarnih rokova u suprotnosti s člankom 7. Konvencije ovisi i o pravnoj prirodi zastare u nacionalnom sustavu. Ako se u svjetlu načela presude Coeme razmatra pitanje usklađenosti čl. 86. Kaznenog zakona s čl. 7. Konvencije, odnosno zabranom retroaktivne primjene strožeg zakona, onda u obzir prije svega treba uzeti pravnu prirodu zastare u nacionalnom sustavu. Slijedom toga u obzir bi trebalo uzeti smještaj odredaba o zastari i zastarnim rokovima u okviru nacionalnog prava (materijalni ili procesni zakon), kao i stajališta sudske prakse i teorije o pravnoj prirodi zastare.

Ako spomenute kriterije promatramo u hrvatskom kontekstu, aktualno stanje možemo u kratkim crtama opisati ovako: odredbe o zastari smještene su u materijalnom zakonu, ali se u okviru njih nalazi i odredba kojom se u pogledu zastarnih rokova ne primjenjuje materijalno načelo *lex mitior*, nego procesno *tempus regit actum*; ta je odredba (čl. 86.) u materijalni kazneni zakon ušla pod dominantno procesnim razlozima i argumentima, čime je uzakonjena sudska praksa Vrhovnog suda,¹²⁵ koja opet nije bila uniformno prihvaćena od strane nižih sudova. U njima je jasno izraženo stajalište da se blagost, odnosno strogost zakona ocjenjuje i prema zastarnim rokovima,¹²⁶ a jedinstvenog stava o pravnoj prirodi zastare nema ni među teoretičarima.

U nedostatku jednoglasnog opredjeljenja zakonodavstva, teorije i prakse, a u duhu konvencijskog poimanja prava kao cjeline, uključujući i način njegove primjene u predmetnom razdoblju,¹²⁷ odgovor možemo potražiti i u razlozima, odnosno povodu zakonodavnih izmjena u području zastare i zastarnih rokova. S obzirom na to da među njima nedvojbeno dominiraju procesni razlozi i argumenti,¹²⁸ može se zaključiti da zastara u okviru hrvatskog kaznenog prava,

¹²⁵ „Zastara nije nikakav privilegij za počinitelja, već institut donesen zbog oportuniteta, pa se pitanje primjene blažeg zakona, u smislu čl. 4. st. 2. SFRJ, ne postavlja u odnosu na pitanje zastarevanja“. Presuda VSRH KŽ 256/83, od 9. 11. 1983.; „prema pravnom shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske, zastara kaznenog progona (relativna i apsolutna) prosuđuje se prema novom zakonu, a to je i ovdje slučaj, i onda kad je novim zakonom produljen rok zastare (relativne i apsolutne) te i onda kad bi zastara novim zakonom bila čak i ukinuta, jer se primjena blažeg zakona u pogledu zastare ne postavlja.“ Presuda VSRH KŽ-1340/60. Na odluku iz 1983. VSRH se eksplicitno poziva i u odluci iz 2008. (Kr-88/2008, od 12. 11. 2008.).

¹²⁶ Tako je Županijski sud u Zagrebu u jednoj svojoj odluci iz 2000. god. potvrdio odluku Općinskog suda i u obrazloženju naveo da je „...pravilan zaključak prvostupanjskog suda da i rokove zastare treba prosuđivati sukladno odredbi čl. 3. KZ... Isto tako, novi zakon blaži je i u pitanju roka zastare...“ „ŽSZG KŽ-1058/00, citirano prema: Dragičević Prtenjača, M.; Vejnović, A., Ratio legis zastare u kaznenom pravu s naglaskom na problematiku njezine pravne naravi, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske (1847-7615) 7 (2016), str. 126-128.

¹²⁷ Del Rio Prada protiv Španjolske, zahtjev br. 42750/09, 21. listopada 2013., § 90.

¹²⁸ Na primjer u obrazloženju odredbe čl. 81. st. 3. Kaznenog zakona, kojom se rokovi zastare kaznenog progona dodatno produljuju za dvije godine ako je prije proteka zastarnih rokova donesena bilo kakva prvostupanjska presuda, kao svrha njezina uvođenja navodi se da bi se na taj način onemogućilo (dosta često) prebacivanje odgovornosti s prvostupanjskih sudova

unatoč činjenici da je regulirana materijalnim pravom, ima dominantno procesni karakter.

Međutim iz stajališta ESLJP-a u predmetu Del Rio Prada protiv Španjolske, prema kojem se zabrana retroaktivnosti proteže i na odredbe koje su u domaćem pravu klasificirane kao procesne, kao i odredbe koje reguliraju izvršenje kazne, a imaju teške i nepredvidive učinke na štetu individualnih prava i po svojoj su prirodi usporedive ili ekvivalentne kaznenom pravu ili kazni s retroaktivnim učinkom,¹²⁹ proizlazi da ni pravna priroda norme nije presudni kriterij za prolazak testa zakonitosti s aspekta čl. 7. Konvencije.

U konačnici, odgovor leži u srži načela zakonitosti u kojem je „sublimirana garantivna funkcija kaznenog zakonodavstva koja se odnosi na ukupnost uvjeta pod kojima država izvršava svoju suverenu vlast odnosno pravo kažnjavanja“.¹³⁰ U temelju načela zakonitosti jest zahtjev za pravnom sigurnošću i predvidljivošću, odnosno zahtjev da država poštuje vlastite zakone i ograničenja koja je samoj sebi postavila ustavom i ne mijenja ih (pre)često, bez prethodnog sustavnog promišljanja. Svaka promjena propisa povezana s najvišim vrednotama ustavnog poretka, na zakonodavnoj, a posebice na ustavnoj razini, ne ide u prilog pravnoj sigurnosti, koja je u korijenu vladavine prava, a posebno je problematično kada se promjenama, uz pozivanje na pravičnost, pristupa u funkciji ostvarenja partikularnih ciljeva. Isticanje pravičnosti kao motiva ustavnih i zakonskih izmjena povezanih uz načelo zakonitosti iz razloga neprimjenjivanja prava od strane pravosudnih tijela države koja je to pravo donijela doista zvuči nevjerovatno.¹³¹ Rješavanje takvih problema putem parcijalnih

na žalbene jer bi se takvim produljenjem uklonila inercija i poticalo bi se na brže postupanje žalbeni sud, ali i prvostupajski sud u slučaju ukidanja presude – dakle čisto procesni razlozi. Također, ukidanje relativne zastare tehnički je produkt problema neegzaktnog definiranja instituta prekida zastare jer se nije davao jasan odgovor na pitanje kojim se točno radnjama zastara prekida, što je stvaralo velike teškoće i time dovelo do takva rješenja o ukidanju instituta njezina prekida, i kroz to samog pojma relativne zastare. *Op. cit.* bilj. 126, str. 125.

¹²⁹ ESLJP, Del Rio Prada protiv Španjolske, 2012, Written submission on behalf of the International Commission of Jurists, citirano prema Derenčinović, D., *ibid. cit.* bilj. 114, str. 9.

¹³⁰ Cvitanović, L., Aktualna problematika zastare u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb 2/2006, str. 505-521.

¹³¹ Argument pravičnosti isticao se u okviru prijedloga promjene Ustava, kao i u obrazloženju prijedloga izmjena KZ-a iz 2013. (koji, doduše, u tom obliku nije prihvaćen), a u svezi s ukidanjem zastare za kaznena djela teških ubojstava počinjenih iz političkih pobuda. Stavu da institut zastare „ne bi smio ići u korist počinitelja teških kaznenih djela kojima se kroz zastaru praktično omogućuje legaliziranje učinaka takvih kaznenih djela“ (Vladin prijedlog odluke o pristupanju promjeni Ustava RH iz rujna 2009.) ne može se ništa prigovoriti, ali je problematičan odgovor na pitanje kako je do toga uopće došlo, a taj se odgovor krije u Obrazloženju prijedloga izmjena KZ-a iz 2013., u kojem stoji da je „ukidanje zastare jedini način da se izbjegne da počinitelji tih djela ostanu nekažnjeni zbog zaštite koju im je u vrijeme počinjenja pružao tadašnji sustav“.

izmjena materijalnog kaznenog prava ne vodi njihovu rješenju, nego odgađanju i produbljivanju, što će rezultirati ne samo sve učestalijim propitivanjem ustavnosti pojedinih kaznenopravnih norma nego i propitivanjem legitimiteta cijelog sustava kaznenog prava i pravosuđa.

6. ZAKLJUČAK

Kako zaključno ocijeniti doprinos prakse ELJSP-a jedinstvenom tumačenju značenja načela zakonitosti, odnosno područja njegove primjene i segmenta od kojih se ono sastoji? Je li Europski sud i u kojoj mjeri izgradio vlastitu dogmatiku tog načela na način da se ono može jedinstveno tumačiti i primjenjivati u zakonodavstvima i praksi nacionalnih sudova? Kako se suvremene tendencije razvoja kaznenog prava uklapaju u postulate načela zakonitosti?

Odgovori na postavljena pitanja nisu jednoznačni ni jednostavni, upravo kao što to nije ni problematika povezana sa spomenutim načelom, što je iz prakse Suda vidljivo već kod određenja temeljnih pojmova, odnosno područja primjene čl. 7. povezanih uz značenje izraza „presuđena stvar“, „kazneno djelo“, „pravo“ i „kazna“.

Iako je za tumačenje svakog od navedenih pojmova Sud postavio određene kriterije, oni nisu jasni u mjeri da se – parafrazirajući sintagmu standarda predvidivosti – može s visokim stupnjem sigurnosti unaprijed predvidjeti može li se konkretna situacija podvesti pod spomenute kriterije.

ESLJP se u svojoj se praksi znatno oslanja na nacionalne sustave i judikaturu, što je, osim iz tumačenja područja primjene, vidljivo i u nespremnosti Suda da se upusti u ispitivanje ispravnosti tumačenja prava od strane nacionalnih sudova, osim ako je došlo do „flagrantnog nepridržavanja ili samovolje u primjeni prava“.

Izgradnju načelnih kriterija dodatno usložnjava različito shvaćanje standarda načela zakonitosti u zemljama običajnog i kontinentalnog prava, ali i unutar nacionalnih pravnih sustava koji pripadaju istom tradicijskom pravnom krugu. Iako je nesporno i općeprihvaćeno da je načelo zakonitosti jedno od najznačajnijih dostignuća kaznenog prava i načela pravne države, to se dostignuće na različite načine štiti unutar pojedinih nacionalnih sustava.

Pored izazova koji potječu iz različitog povijesnog razvoja država članica, načelo zakonitosti pred stalnim je izazovom suvremenih kretanja povezanih sa sve većim brojem blanketnih dispozicija kod kojih se, da bismo došli do bića djela, treba upoznati s brojnim, katkad i proturječnim propisima izvan kaznenog zakonodavstva, za čije su razumijevanje potrebna posebna znanja različitih struka.

U spomenute izazove spadaju i konstantne promjene zakonodavstva u cilju njegove harmonizacije u skladu s obvezama preuzetima iz međunarodnih

i regionalnih dokumenata, gdje se u opise kaznenih djela unose nedovoljno određeni rastezljivi pojmovi preuzeti direktno iz međunarodnih dokumenata, što je posebno problematično kada se radi o pojmovima koji potječu iz drugog pravnog kruga ili pojmovima koji predstavljaju do tada neviđeni „miks“ instituta kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sustava.

Glavni izazov na području zakonitosti kaznenopravnih sankcija shvaćenih u najširem značenju tog izraza povezan je s krizom tradicionalnog preventivno-retributivnog reagiranja na kriminalitet, iz koje se izlaz pokušava naći širenjem broja alternativnih sankcija i različitih „mjera“ koje se izriču ne samo nakon provedenog kaznenog postupka nego i bez njegova provođenja u okviru različitih *diversion*-mehanizama. Iako su spomenute mjere nominalno preventivne i reparatorne, njima se u temeljna prava katkad zadire teže nego samom kaznom u najužem smislu te riječi. U pogledu ocjene kaznenog karaktera neke mjere, unatoč okvirnim kriterijima postavljenim u Welchu, praksa ESLJP-a još uvijek je prilično kazuistična, što katkad rezultira neopravdanim isključenjem pojedinih sankcija i mjera iz područja primjene čl. 7. Konvencije.

Unatoč brojnim razlikama u izvorima i interpretaciji prava unutar nacionalnih sustava, koje su svoj odraz našle i u praksi Suda, može se konstatirati da su svi tradicionalno prihvaćeni segmenti načela zakonitosti prepoznati i na adekvatan način potvrđeni praksom Suda. Prvi zahtjev načela zakonitosti, *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, u praksi Suda može se poistovjetiti sa zahtjevom za dostupnošću (*accessibility*). Nakon utvrđivanja dostupnosti pravne norme Sud se upušta u provjeru predvidivosti kaznene osude zbog djelovanja počinitelja, s aspekta objektivnih i subjektivnih okolnosti u vremenu počinjenja kaznenog djela (*foreseeability*). Sukladno praksi Suda, zahtjevu predvidljivosti bit će udovoljeno ako je sadržaj pravne norme takav da počinitelj može sam ili uz pravni savjet znati da će zbog određenog ponašanja kazneno odgovarati te kakva mu kazna prijeti. S obzirom na tumačenje zahtjeva predvidljivosti u praksi Suda, može se zaključiti da spomenuti standard korespondira s tradicionalnim zahtjevima *lex certa i stricta*.

Treći segment načela zakonitosti, sukladno praksi Suda, jest zahtjev predviđenosti djela i kazne pravom u vremenu počinjenja, odnosno zabrana retroaktivnosti (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Zabrana retroaktivnosti neodvojivo je povezana sa zahtjevima dostupnosti i predvidljivosti. Stoga je i logično da se u praksi Suda kvaliteta pravne norme propituje prije rasprave o njezinoj eventualnoj retroaktivnoj primjeni. Pođe li se od temelja garantivne funkcije načela zakonitosti, a to je osjećaj zaštićenosti od arbitrarnog kaznenog progona, onda je jasno da je za realizaciju spomenute garancije nužna ispravna i nedvojbeno percepcija pravnog značenja vlastitog ponašanja u vremenu njegova poduzimanja, koju svojom jasnoćom i preciznošću mora osigurati pravna norma. Razliku u tom segmentu poimanja načela zakonitosti u kontinentalnom i običajnom pravu najbolje ilustrira

odluka Suda u predmetu SW i CR protiv Ujedinjenog Kraljevstva, kada je Sud utvrdio da nema povrede čl. 7. Konvencije unatoč tome što su podnositelji osuđeni temeljem izmijenjenog pravnog stajališta Doma lordova, do kojeg je došlo nakon počinjenja djela, argumentirajući to predvidivošću takve promjene sudske prakse uvjetovane dugotrajnim promjenama u društvenoj svijesti. Takvom argumentacijom Sud je zapravo dao primat zahtjevu predvidivosti nad zabranom retroaktivnosti, uzimajući u obzir duh cjelokupnog pravnog poretka, odnosno okolnost da se običajno pravo stvara na način da ono što se već dogodilo postaje pravo.

Upravo je zbog ovog razmatranja „prava u kontekstu“ od strane Europskog suda važno njegove odluke iščitavati u cijelosti, jer se izdvajanjem pojedinih sentenci iz konteksta može doći do potpuno pogrešnih zaključaka o njegovim pravnim stajalištima.

I na kraju, u kontekstu otvorenog pitanja teme Savjetovanja: Može li hrvatsko kazneno pravo bolje? S obzirom na okolnost da u praksi Europskog suda ne postoji nijedna odluka u kojoj je utvrđena povreda čl. 7. Konvencije od strane Republike Hrvatske, dok je Ustavni sud o povredi načela zakonitosti odlučivao u pet predmeta, od čega su četiri ustavne tužbe odbijene,¹³² a jedna usvojena,¹³³ proizlazi gotovo pa da bolje ne može. Isto bi se moglo zaključiti i iz malobrojnih povreda čl. 7. utvrđenih u praksi Suda u odnosu na npr. broj tužbi i utvrđenih povreda čl. 6. Konvencije.¹³⁴

Međutim, upućuje li mali broj utvrđenih povreda nekog prava doista i na visok stupanj njegova poštivanja? Odgovoriti na pitanje je li doista tako nije moguće bez sveobuhvatnog istraživanja, ali je u svjetlu rastućeg broja postupaka pred Sudom podzastupljenost tužbi zbog kršenja čl. 7. Konvencije doista neobična.

¹³² U-III-2176/2016 - Brezak, Milan, 14. 7. 2016., U-III-440/2014 - Šimundić, Davor, 26. 11. 2015., U-III-1090/2012 - TELENERG d. o. o., 19. 11. 2015., U-III-4150/2010 - Glavaš, B.; Krnjak..., 12. 1. 2015.

¹³³ U-III-4149/2014 - Sanader, Ivo, 24. 7. 2015.

¹³⁴ Iako je Sud o povredama čl. 7. Konvencije raspravljao još 1990. godine, broj slučajeva u kojima se Sud bavio njegovom povredom relativno je nizak. Prema istraživanju provedenom 2006. godine Sud je u razdoblju od 1999. do 2005. godine u svega devet slučajeva utvrdio povredu čl. 7., za razliku od više od 2000 kršenja čl. 6. Konvencije utvrđenih u istom razdoblju. Greer, S.: *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (2006, Cambridge, CUP), citirano prema: Cian C. Murphy: *The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR*, <http://ssrn.com/abstract=1513623>, str. 1–2.

Summary

THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

This paper analyses the jurisprudence of the European Court of Human Rights with regard to Article 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. After an overview of the Court's case law, in terms of defining the basic terms included in the mentioned Article, the paper provides an analysis of selected cases with a view to clarifying the content, or segments, of the principle of legality, which, in line with the case law of the ECtHR, includes the prohibition of convicting a person for a criminal offence and sentencing him or her without a prior legal basis, as well as the prohibition of retroactively imposing a heavier penalty, with the additional requirement of defining the criminal offence and the penalty with a sufficient degree of accessibility and predictability. A separate section deals with an interpretation of the area of application of Article 7(2) of the Convention, and, finally, from the aspect of the case law of the ECtHR, an overview is presented of contentious issues in the Croatian regulatory framework and case law, in relation to new constitutional and legal amendments.

Keywords: principle of legality, Article 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, accessibility and predictability, prohibition of retroactivity, retroactive repeal of the statute of limitations and limitation periods