

Dr. sc. Ante Novokmet*

XXIX. REDOVITO SAVJETOVANJE
PRIMJENA PRAVNIH STANDARDA EUROPSKOG
SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U HRVATSKOM
KAZNENOM PRAVU – MOŽEMO LI BOLJE?

Opatija, 1. do 3. prosinca 2016.

1. OTVARANJE SAVJETOVANJA

U Opatiji je od 1. do 3. prosinca 2016. održano XXIX. redovito savjetovanje Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu pod nazivom *Primjena pravnih standarda Europskog suda za ljudska prava u hrvatskom kaznenom pravu – možemo li bolje?* Savjetovanje je otvorio **Dražan Tripalo**, predsjednik Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu i sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske. U uvodnoj je riječi naglasio da je tema ovogodišnjeg savjetovanja Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: EKLJP) i praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP). U osnovnim je crtama istaknuo kako praksa ESLJP-a predstavlja izvorište za tumačenje Konvencije, ali i za naša tumačenja praznina, nejasnoća i proturječja domaćeg prava i njegove primjene u duhu Konvencije. Pri tome je napomenuo kako je Hrvatska ratificirala Konvenciju još 1997. godine, nakon čega je moralo proći dosta godina prije nego što smo počeli shvaćati njezinu važnost kao dijela unutarnjeg prava Republike Hrvatske. Napomenuo je kako hrvatska pravosudna praksa postaje sve svjesnija da odgovore na brojna teorijska i praktična pitanja više ne možemo tražiti samo u zakonima kao zatvorenim hermetičkim cjelinama, nego ih moramo tumačiti i primjenjivati ponajprije imajući na umu one standarde koje nam postavljaju Konvencija i odluke ESLJP-a. Izrazio je zadovoljstvo što je i ove godine Udruženje uspjelo okupiti zavidan broj sudionika, što je samo pokazatelj važnosti i aktualnosti teme Savjetovanja. U nastavku je najavio raspored izlaganja referata, čiji slijed prati pojedine članke Konvencije, uz naglasak na najvažnijim odlukama ESLJP-a, posebno onima koje se odnose na Republiku Hrvatsku. Svoj je uvodni govor završio prisjećanjem na iznenadni gubitak trojice velikana hrvatske kaznenopravne znanosti: prof. emeritusa Željka Horvatića, prof. dr. sc. Berislava Pavišića i akademika

* Dr. sc. Ante Novokmet, docent na Katedri kazneno-pravnih znanosti, Pravni fakultet Osijek, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku

Davora Krapca. Osvrnuo se na njihove bogate ljudske i znanstvene biografije, iz kojih je proizašao nemjerljiv prinos razvoju hrvatske teorije i prakse. Naposljetku je pozvao sve sudionike Savjetovanja da minutom šutnje odaju počast cijenjenim profesorima za sve što su učinili u radu Udruženja i za cjelokupan razvitak i napredak hrvatske kaznenopravne misli i znanosti.

2. IZLAGANJA PRVOG DANA

Prvo izlaganje održala je **prof. dr. sc. Ksenija Turković**, sutkinja Europskog suda za ljudska prava, na temu *Najznačajnije novosti u kaznenopravnoj judikaturi Europskog suda za ljudska prava*. Svoje izlaganje započela je razmatranjem utjecaja prakse ESLJP-a na nacionalne pravne poretke, stavljajući pritom naglasak na primjetan pozitivan trend sve češćeg citiranja odluka ESLJP-a u obrazloženjima presuda hrvatskih sudova. Napomenula je da, sukladno postojećem hrvatskom rješenju, Konvencija ima direktnu primjenu u unutarnjem pravnom poretku Republike Hrvatske, što znači da se stranke mogu direktno pozivati na EKLJP i praksu ESLJP-a pred svim sudovima, kao i da su sudovi i druga tijela s javnim ovlastima dužni direktno primjenjivati Konvenciju uvijek kada smatraju da je određeno zakonodavno rješenje protivno konvencijskom pravu. Dalje je govorila o supsidijarnom mehanizmu Konvencije naglašavajući da nacionalni sudovi imaju primarnu odgovornost osigurati prava i slobode zajamčene Konvencijom i dodatnim protokolima na domaćoj razini, kao i osigurati odgovarajuće pravne lijekove za slučaj povrede prava, dok ESLJP ima nadzornu jurisdikciju, što znači da nadgleda primjenu obveza iz Konvencije od strane nacionalnih sudova i tumači Konvenciju. U nastavku je govorila o problematici povrede prava na život. Napomenula je da se pred ESLJP-om u posljednje vrijeme pojavljuje sve veći broj slučajeva povrede iz čl. 2. EKLJP-a, pri čemu je istaknula Rusiju, Tursku i Rumunjsku, koje prednjače u povredi tog članka. U tom je smislu spomenula Republiku Hrvatsku te istaknula da se povrede čl. 2. EKLJP-a u pravilu pojavljuju vezano uz ratne zločine, i to u segmentu provođenja učinkovite istrage, premda postoji nekoliko povreda tog članka kada je riječ o kaznenim djelima općeg kriminaliteta. Hrvatska je do sada četiri puta proglašena krivom za proceduralnu povredu čl. 2. EKLJP-a, trenutačno su nova četiri slučaja u fazi rasprave pred sudom, dok ih je još četrnaest u pripremi. Stoga je naglasila da se na nacionalnoj razini moraju poduzimati odlučniji koraci kako bi se osiguralo poštovanje proceduralne pozitivne obveze provođenja učinkovite istrage počinjenih kaznenih djela. Jedan je od tih koraka i odluka Ustavnog suda u predmetu Hršum, u kojemu taj sud nije samo dosudio naknadu štete tužitelju nego je i izričito odredio da je Državno odvjetništvo Republike Hrvatske dužno pokrenuti i provesti djelo-

tvornu istragu o navodnom zlostavljanju podnositelja ustavne tužbe. Iako je ta odluka pokazatelj kako bismo trebali dalje djelovati, naglasila je da je potrebno znatno intenzivirati rad na tom polju, jer Hrvatska doista ima problem s provođenjem efektivne istrage. Dalje je govorila o izvršavanju presuda ESLJP-a naglašavajući da Hrvatska doista promptno isplaćuje naknade štete, ali kada se radi o provođenju generalnih mjera, koje zahtijevaju zakonodavni i praktični pristup u prevenciji budućih povreda, tu stojimo jako loše. Kao jedan od problema naglasila je pretjerani, strogo formalistički pristup pravnoj normi, dok konvencijsko pravo zahtijeva potpuno drukčiji materijalni pristup tumačenju prava. Nakon toga govorila je o najvažnijim presudama Velikog vijeća u području kaznenog prava u 2016. godini. Predstavila je predmet Armani da Silva protiv Ujedinjenog Kraljevstva, u kojem je ESLJP detaljno razmatrao generalna pravila koja Sud postavlja kada razmatra je li istraga u nekom predmetu bila učinkovita. U konkretnom predmetu policija je prilikom istrage terorističkog napada u podzemnoj željeznici u Londonu usmrtila pogrešnu osobu. Tužitelj nije pokrenuo istragu te je sud, polazeći od temeljnih pravila, analizirao kada nepokretanje istrage može predstavljati povredu prava iz Konvencije te kakav oblik kontrole nad odlukom tužitelja o nepokretanju postupka mora postojati. Naposljetku je govorila o mijenjanju prakse ESLJP-a te je prikazala statistiku postupanja Suda od 1959. do 2015., u kojoj je znatan naglasak na razini 41 % predmeta bio čl. 6. EKLJP-a (pravo na pošteno suđenje), dok se od 2015. čl. 6. razmatra u znatno manjem opsegu od 24 % predmeta, s primjetnim porastom predmeta iz čl. 3. EKLJP-a (zabrana torture i nečovječnog postupanja, 23 %), čl. 5. EKLJP-a (pravo na osobnu slobodu i sigurnost, 15 %) te čl. 13. EKLJP-a (pravo na učinkovito pravno sredstvo, 9 %).

Drugo izlaganje održali su **doc. dr. sc. Marija Pleić**, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu, i **Izток Krbec**, predsjednik Županijskog suda u Puli, na temu *Zabrana mučenja u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske i praksu Ustavnog suda RH*. Marija Pleić uvodno je istaknula da je zabrana mučenja univerzalno prepoznata kao apsolutno i nederogabilno pravo, no unatoč tom karakteru, i dalje je riječ o jednom od najčešće povrijeđenih ljudskih prava i članak je Konvencije koji, prema podacima iz 2015., predstavlja gotovu četvrtinu svih predmeta pred ESLJP-om. Konkretno u odnosu na Republiku Hrvatsku, ESLJP je do sada u devetnaest presuda utvrdio povredu čl. 3. EKLJP-a. Naglasila je da se u jedanaest presuda redovito spominje problematika neučinkovite istrage, dok se glavnina povreda čl. 3. odnosi na osobe lišene slobode bilo da je riječ o uhićenju, pritvoru, istražnom zatvoru bilo o izdržavanju kazne zatvora. U kontekstu povrede materijalnog aspekta čl. 3. EKLJP-a prikazala je predmet Mađer, u kojem je ESLJP ustanovio nečovječno i ponižavajuće postupanje tijekom boravka u policijskoj postaji, jer je podnositelj zahtjeva bio lišen sna i

prisiljen sjediti na stolcu 2 dana i 19 sati. Uporište za takvu odluku ESLJP-a predstavljala je okolnost da nije postojala službena evidencija vremena, mjesta i načina prvog stavljanja osobe pod kontrolu državnih vlasti, vremena i načina privođenja osobe radi ispitivanja te svih drugih relevantnih događaja vezanih uz njezino privođenje i ispitivanje. Jednako tako, sve ozljede zadobivene tijekom pritvora ili dok se osoba na drugi način nalazi pod kontrolom policije predstavljaju jaku presumpciju povrede čl. 3. U navedenim slučajevima teret je dokazivanja na državi, tj. vlada treba dati uvjerljivo i detaljno objašnjenje uzroka ozljeda zadobivenih u kontekstu uhićenja. Dalje je govorila o primjeni fizičkih sredstava prisile u psihijatrijskoj ustanovi, naglašavajući da je ESLJP zauzeo stav o posebnoj ranjivosti osoba s duševnim smetnjama i napominjući da se mjera koja predstavlja terapijsku nužnost ne smatra nečovječnom i ponižavajućom ako je uvjerljivo dokazano da postoji medicinska potreba za takvom mjerom. U tom je smislu prikazala predmet M. S. protiv Hrvatske (br. 2) iz 2015., u kojem je ESLJP označio kao nečovječno i ponižavajuće postupanje fizičko vezivanje podnositeljice zahtjeva u trajanju od petnaest sati tijekom prisilnog psihijatrijskog zadržavanja. Vlada nije uspjela dokazati da je ta mjera bila potrebna i razmjerna, a uz to se pokazalo problematičnim što je bolničko osoblje ostalo pasivno na pritužbe podnositeljice o bolovima u leđima, te je ESLJP zaključio da stanje podnositeljice nije bilo primjereno nadzirano tijekom vezivanja. U nastavku je prikazala najnoviju presudu Muršić protiv Hrvatske (2016.). U tom je predmetu podnositelj zahtjeva prigovarao neodgovarajućim smještajnim uvjetima u zatvoru u Bjelovaru jer je u određenim vremenskim razdobljima u ukupnom trajanju od pedeset dana boravio u prostorima koji su bili manji od 3 m². Opisujući konkretni slučaj, napomenula je da je ESLJP uspostavio kao minimalni standard 3 m² površine osobnog prostora za istražnog zatvorenika i zatvorenika, pa u svakom slučaju gdje taj minimum nije bio zadovoljen to, prema Sudu, predstavlja snažnu pretpostavku povrede čl. 3. EKLJP-a. Dalje je istaknula da država može oboriti navedenu pretpostavku ako dokaže kumulativno postojanje sljedećih uvjeta: a) smanjenja zahtijevanog minimalnog osobnog prostora kratka su, povremena i beznačajna, b) takva smanjenja osobnog prostora popraćena su dostatnom slobodom kretanja izvan ćelije i odgovarajućim slobodnim aktivnostima, c) podnositelj je zatvoren u, općenito gledajući, primjerenoj zatvorskoj ustanovi i nema drugih otežavajućih čimbenika uvjeta njegovog zatvaranja. Dalje je govorila o proceduralnom aspektu učinkovite istrage navoda o povredama čl. 3. EKLJP-a. Napomenula je da se neispunjavanje konvencijskih zahtjeva učinkovite istrage odnosi na sve stadije kaznenog postupanja i u odnosu na različita pravosudna tijela: državno odvjetništvo, istražne suce, ali i raspravne suce. U tom je smislu istaknula predmet Mafalani protiv Hrvatske, u kojem je ESLJP naglasio obvezu državnih tijela provesti istragu i bez izričitog prigovora podnositelja

ako postoje jasne naznake da se zlostavljanje moglo dogoditi npr. na temelju liječničkog pregleda ili na temelju prigovora iznesenih tijekom kaznenog postupka. Svoje izlaganje završila je naznačivši da neučinkovita istraga može postojati ne samo uslijed potpunog izostanka reakcije nadležnih tijela na navode o zlostavljanju nego i u slučaju nedostatne aktivnosti nadležnih tijela tijekom izvida i odlučivanja o kaznenoj prijavi, kao i odugovlačenja jednom započetog kaznenog postupka ukoliko je postupak pred sudom trajao predugo. U nastavku je Iztok Krbec, predsjednik Županijskog suda u Puli, predstavio hipotetski slučaj vezan uz zaštitu prava istražnih zatvorenika za vrijeme izvršenja mjere istražnog zatvora u kojem su raspravljena otvorena pitanja smještajnih uvjeta u odnosu na istražne zatvorenike te problematika učinkovite istrage navoda o zlostavljanju. Kada je riječ o standardima smještaja u zatvorima, izrazio je svoje očekivanje da će se u budućnosti pred ESLJP-om znatno smanjiti broj predmeta protiv Hrvatske, jer statistički podaci pokazuju da je Hrvatska kroz svoje zakonodavstvo ozbiljno pristupila rješavanju problema prekapacitiranosti zatvorskih ustanova. Zaključio je da Hrvatska danas ima više kapaciteta nego zatvorenika te da prostorni standardi više ne bi trebali predstavljati problem u Hrvatskoj. Dalje je prikazao Odluke Ustavnog suda uz povredu prava na čovječno postupanje i poštovanje dostojanstva zajamčenog čl. 25. st. 1. Ustava RH, a potom je analizirao primjenu obveze provođenja učinkovite istrage na način kojim se jamči djelotvorna zaštita zatvorenikovih prava i interesa.

Treće izlaganje održali su **doc. dr. sc. Barbara Herceg Pakšić**, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, i **Miroslav Jukić**, sudac Županijskog suda u Osijeku, pod nazivom *Primjena konvencijskog prava u području zabrane ropstva i prisilnog rada: europski standardi i hrvatska postignuća*. Barbara Herceg Pakšić najprije je istaknula da se eksploatacija pojedinca radi ostvarivanja profita može smatrati univerzalnim opisom ropstva u klasičnom, ali i u suvremenom poimanju. Kada je riječ o suvremenom shvaćanju, pod tim se pojmom podrazumijevaju različiti oblici služenja, prisilni rad, seksualno ropstvo, prisilni brakovi, dječji rad s različitim kontekstualnim varijacijama. Napomenula je da je prvo istraživanje tamne brojke ropstva u Europi objavljeno 2013. godine, dok su pravne odrednice ropstva jasno definirane u smjernicama Bellagio-Harvard o pravnim parametrima ropstva iz 2012., koje je protumačila kao znatno ograničenje osobne slobode usmjereno na odnos ovisnosti u znatnoj mjeri i s ciljem iskorištavanja na razne načine. Objasnila je da se ropstvo može definirati kao status ili stanje osobe nad kojom se vrše neke ili sve ovlasti koje proizlaze iz prava vlasništva. Naglasila je da je pojam "ovlasti" posebno problematičan, jer nisu nigdje izričito navedene, pa se posredno izvode iz pojedinih dokumenata o ropstvu. Dalje je govorila o presudi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu Kunarac, jer je to prva presuda u kojoj je jedan sud razmatrao specifične

elemente porobljavanja i ropstva, gdje se odmiče od pravnog statusa i zauzima ekstenzivno shvaćanje da bi ropstvo trebalo promatrati kroz pojedine faktične situacije, odnosno stanja. Potom je prikazala presudu jednog australskog suda u predmetu *R. v Tang*, koji je istaknuo da se ropstvo ne može definirati kao oblik vlasništva jer se ne može biti vlasnikom drugog čovjeka u pravom smislu riječi. Dalje je govorila o ropstvu sličnom odnosu (služenje, servitut) ističući da je riječ o problematičnom konceptu jer mu nedostaju autonomne odrednice, pa ga rijetka sudska praksa povezuje s elementima ropstva ili elementima prisilnog rada. U pogledu prisilnog rada napomenula je da Konvencija br. 29 Međunarodne organizacije rada iz 1930. definira prisilni rad kao svaki nedobrovoljni rad ili službu koji se dobiva prijetnjom kazne, dok je ESLJP zauzeo autonomno shvaćanje pojma prisilnog rada kao svih oblika osobnog rada i usluga fizičke ili intelektualne naravi ako nisu dobrovoljni, uz preispitivanje postojanja nepravednog, ugnjetavačkog rada te onog koji sadrži patnje. U nastavku je *Miroslav Jukić*, sudac Županijskog suda u Osijeku, prikazao dva primjera vezana uz zabranu ropstva i prisilnog rada. Oba su primjera kao zajedničke poveznice imala ograničenje slobode kretanja, fizički rad bez naknade, prisilu kojom se oštećenika premještalo s mjesta na mjesto, smještaj u neadekvatnim uvjetima i nastavak rada bez ikakve naknade s ograničenjem slobode kretanja. I u jednom i u drugom slučaju oba počinitelja ne samo što nisu plaćala oštećeniku za obavljene poslove nego su i novac koji su oštećenici primali iz različitih izvora (braniteljska naknada, kredit) podizali s njihovih računa i koristili za vlastite potrebe. U prvom primjeru Sud je počinitelja A, terećenog za kazneno djelo uspostave ropstva i prijevoza robova iz čl. 175. st. 1. KZ/97 (dakle da je, kršeći pravila međunarodnog prava, stavio i držao drugoga u odnosu sličnom ropskom), oslobodio od optužbe (na temelju čl. 354. t. 3. ZKP/97) navodeći u razlozima „da je za opstojnost kaznenog djela uspostave ropstva, odnosno njemu sličnog odnosa, potrebno da počinitelj... vrši potpunu vlast nad žrtvom, odnosno da nad žrtvom vrši takav nadzor i uspostavi takve uvjete koje žrtva ne može promijeniti i od kojih ne može pobjeći”. U drugom primjeru Sud je počinitelja proglasio krivim zbog kaznenog djela uspostave ropstva i prijevoza robova iz čl. 175. st. 1. KZ/97 navodeći u razlozima „u suvremenom kontekstu obilježja toga djela, dakle, držanja... u ropstvu sličnom odnosu, te prisili na prisilan ili obvezan rad te ograničavanju prava na slobodu i slobodu kretanja.”

Četvrto izlaganje održali su **doc. dr. sc. Igor Martinović**, docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, i **Damir Kos**, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske, pod nazivom *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*. Igor Martinović uvodno je istaknuo da je ESLJP u predmetu *Lisica* protiv Hrvatske potvrdio svoje shvaćanje da ne smatra svojom funkcijom baviti se činjeničnim ili pravnim

pogreškama koje je navodno počinio nacionalni sud, osim u onoj mjeri u kojoj su te pogreške povrijedile prava i slobode zaštićene Konvencijom. Potom je pozornost sudionika usmjerio na čl. 6. EKLJP-a i napomenuo da taj članak ne postavlja pravila o dopuštenosti dokaza ili načinu na koje ih treba ocjenjivati, nego je ono prepušteno domaćem pravu. S druge strane ocjenjivanje pravičnosti postupka kao cjeline pred ESLJP-om uključuje i dokazni postupak. Riječ je o jednom elastičnom pristupu (*overall fairness*), koji nema čvrste kriterije, na što smo navikli kao baštinici kontinentalne procesne teorije, i koji je podložan diskreciji i alternativnom pristupu odlučivanja ESLJP-a. U tom je smislu prikazao predmet Dvorski protiv Hrvatske, u kojem je sud primijenio tzv. holistički pristup u ocjeni je li postupak u konkretnom slučaju bio, sveukupno gledajući, pravičan kad se uzme u obzir je li okrivljeniku bila dana mogućnost osporavanja vjerodostojnosti dokaza, kvaliteta dokaza, okolnosti u kojima je pribavljen i dovode li te okolnosti u sumnju njegovu pouzdanost i točnost te je li konkretan dokaz bio presudan za ishod kaznenog postupka. Naglasio je da ESLJP dopušta mogućnost da je neko domaće procesno tijelo učinilo procesnu grešku, pa ju je poslije ispravilo (npr. izdvajanjem zapisnika); u tom slučaju postupak kao cjelina neće biti nepravičan. Potom je razmatrao situacije koje automatski dovode do povrede čl. 6. EKLJP-a, pri čemu je istaknuo da svaki iskaz pribavljen povredom čl. 3. EKLJP-a dovodi do povrede prava na pravičan postupak. Kada je riječ o ostalim dokazima, a koji se ne sastoje u iskazu osoba, u tu skupinu spadaju dokazi koji su pribavljeni mučenjem i korišteni su u postupku, uslijed čega uvijek postoji povreda prava na pravičan postupak. Ako su dokazi pribavljeni nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem, tada povreda prava na pravičan postupak postoji samo ako je dokaz utjecao na ishod postupka. Potom je prikazao sustav nezakonitih dokaza prema čl. 10. ZKP-a naglašavajući da se, prema postojećoj sudskoj praksi, uzima da se presuda temelji na nezakonitom dokazu ako je on izveden na raspravi (osim ako je izdvojen do kraja dokaznog postupka), bez obzira na to bi li i bez nezakonitog dokaza bila donesena ista presuda, kao i bez obzira na to je li nezakonit dokaz uopće spomenut u presudi. Naglasio je da postojeće rješenje predstavlja radikalno tumačenje, jer ni sam ESLJP ne traži od nacionalnih država da idu toliko daleko u tumačenju nezakonitih dokaza, pa ni nama srodni komparativni uzori (npr. Njemačka). Dalje je istaknuo da se zapisnici i obavijesti koji su trebali biti izdvojeni iz spisa, ali nisu, načelno neće smatrati nezakonitim dokazima na kojima se temelji presuda ako nisu izvedeni na raspravi ili ako su izvedeni i potom izdvojeni. U nastavku je Damir Kos, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske, potaknuo raspravu postavljanjem pitanja je li hrvatsko zakonodavstvo usklađeno sa zahtjevima koje postavlja praksa ESLJP-a. Načelno je zaključeno da trenutačni legislativni okvir u Hrvatskoj nadmašuje zahtjeve koje postavlja ESLJP, a povrede prava na pravičan postupak koje se

tiču materije nezakonitih dokaza koje je ESLJP utvrdio u pojedinim hrvatskim kaznenim postupcima nisu posljedica neodgovarajućih sistemskih rješenja na normativnoj razini, nego pojedinačnih povreda općih ili posebnih elemenata pravičnog postupka. Dalje je razmatrano pitanje kako postupiti s dokazima koji su izvedeni na raspravi, ali ih sud nije ni spomenuo u presudi. Trenutačno je zakonodavno rješenje vrlo kruto postavljeno - kada se dokazi izvedu, nema načina za njihovo isključivanje iz opsega spoznaje sudaca u predmetu. Stoga su hipotetski razmatrane mogućnosti da: a) sud izvodi nezakoniti dokaz na raspravi, izdvaja ga prije kraja dokaznog postupka i ne spominje ga u presudi, b) sud izvodi nezakonit dokaz na raspravi, ne izdvaja ga, ne spominje ga u presudi i c) sud izvodi nezakonit dokaz na raspravi, ne izdvaja ga, ali spominje dokaz u presudi, s time da izrijekom navodi da se radi o nezakonitom dokazu i da ga zato neće razmatrati. Na kraju je razmotreno pitanje treba li odvagivanje iz čl. 10. st. 3.: a) ukinuti, b) zadržati u sadašnjem obujmu, c) proširiti i na lakša kaznena djela. Mišljena su bila podijeljena, no načelno je zauzeto generalno shvaćanje da je riječ o jednom uravnoteženom obliku odvagivanja, jer je s jedne strane jako usko postavljen budući da je ograničen samo na teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava, a s druge strane osiguran je i element kontrole jer se sudska odluka ne može temeljiti samo na takvu dokazu.

3. IZLAGANJA DRUGOG DANA

Drugog dana savjetovanja prvo je izlaganje održala **dr. sc. Laura Valković**, odvjetnica iz Zagreba, pod nazivom *Presuda Europskog suda za ljudska prava - Dvorski protiv Hrvatske u svjetlu okrivljenikova prava na pristup branitelju*. Uvodno je napomenula da je nesumnjiv interes društva učinkovit kazneni postupak. No učinkovit kazneni postupak ne znači samo brzo i efikasno rješavanje pitanja okrivljenikove krivnje po svaku cijenu, nego je učinkovit onaj kazneni postupak koji je do svojeg konačnog cilja proveden na pravičan način, uz poštivanje temeljnih prava i sloboda. Svoje je izlaganje usmjerila na predmet Dvorski protiv Hrvatske, koji je zaokupio pozornost hrvatske stručne javnosti, jer je ESLJP najprije svojom presudom od 5. studenog 2013. utvrdio da u kaznenom postupku protiv tužitelja nije povrijeđeno nijedno njegovo ljudsko pravo. Istaknuo je da priznanje nije imalo središnju ulogu u postupku, nije bilo dokaza da se radilo o pritisku na okrivljenika kod priznanja, kao i da se nikada nije požalio na kvalitetu zastupanja, pa je stoga postupak u cjelini bio pravično proveden. Potom je Veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava 26. kolovoza 2015. povodom tužiteljeva zahtjeva za ponovnim razmatranjem

slučaja donijelo presudu kojom je utvrdilo da je Republika Hrvatska ipak povrijedila pravo tužitelja na pošteno suđenje, kako je zajamčeno u čl. 6. EKLJP-a. Prilikom policijskog ispitivanja, tijekom kojeg je priznao počinjenje kazneno djela, nije bio na odgovarajući način zastupan po odvjetniku, u skladu s čl. 6. Konvencije. Pred policijom ga je zastupao drugi odvjetnik, kojeg je podnositelj zahtjeva sam odabrao s liste dežurnih odvjetnika. Veliko je vijeće utvrdilo da policija uopće nije obavijestila podnositelja zahtjeva da su njegovi roditelji angažirali odvjetnika. Veliko je vijeće utvrdilo niz čimbenika koji su, promatrani kumulativno, „nepovratno ugrozili pravo na obranu i potkopali poštenost postupka kao cjeline”, a to su: policija ga nije obavijestila ni o dostupnosti odvjetnika da ga savjetuje ni da je odvjetnik prisutan u postaji, „da je podnositelj zahtjeva tijekom policijskog ispitivanja priznao počinjenje kaznenih djela za koja je optužen i to je priznanje prihvaćeno kao dokaz na njegovu suđenju; i da nacionalni sudovi nisu ispravno obradili to pitanje, a posebice nisu poduzeli odgovarajuće korektivne mjere kojima bi osigurali poštenost”. Stoga je Veliko vijeće zaključilo da hrvatski sudovi nisu poduzeli korake da prikupe dokaze od odvjetnika G. M. ili policijskih službenika koji su bili prisutni u policijskoj postaji prilikom ispitivanja kako bi utvrdili relevantne okolnosti dolaska tog odvjetnika u policijsku postaju. Hrvatski sudovi nisu učinili nikakav realan napor da u kontekstu vrijednosti poštenog suđenja koje su sadržane u čl. 6. Konvencije navedu razloge koji opravdavaju i podupiru njihovu odluku. Potom je uslijedila rasprava o pojedinim spornim pitanjima iz svakodnevnice hrvatske prakse kada je riječ o ostvarivanju prava na pristup branitelju. **Goran Marjanović**, odvjetnik iz Rijeke, objasnio je svoja iskustva u predmetu Dvorski protiv Hrvatske te je istaknuo da su, unatoč ružnoj slici koja se stječe uvidom u taj predmet, njegova iskustva u najvećem broju slučajeva pozitivna kada je riječ o pravu na pristup branitelju. **Laura Valković** dalje je upozorila na problematiku obavijesnih razgovara koje policija provodi s osumnjičenikom, kao i izostanak bilo kakve obavijesti o pravu na branitelja u dostavljenom pisanom pozivu. Naglasila je da će se praksa postupanja morati promijeniti budući da Direktiva 2013/48/EU o pravu na pristup branitelju postavlja takav zahtjev i ukoliko se ne provode pravovremena implementacija, Direktiva će postati neposredno primjenjiva. **Ksenija Turković** upozorila je na važnost prava na pristup branitelju, koju je ESLJP konstatirao još u predmetu *Salduz*. Naglasila je da građanin stječe pravo na branitelja čim mu je prvi put dano do znanja da je postao osumnjičenik. Riječ je o presudi koja je odigrala bitnu ulogu u shvaćanju važnosti prava na pristup branitelju, uslijed čega je više od dvadeset europskih država unijelo obvezu informiranja osumnjičenika o pravu na branitelja u kaznenom postupku.

Drugo izlaganje održali su **Ivana Bilušić**, sutkinja Općinskog suda u Splitu, i **doc. dr. sc. Marin Mrčela**, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske,

pod nazivom *Konfrontacijska mjerila*. Ivana Bilušić uvodno je govorila o načelu kontradiktornosti i načelu jednakosti oružja kao o općim pravilima koja proizlaze iz načela pravičnog postupka. Zatim je pozornost prisutnih usmjerila na konfrontacijsko pravo okrivljenika ističući da ono označava pravo okrivljenika prema kojem on barem jednom u postupku mora imati mogućnost djelotvorno ispitati svjedoka optužbe. Idealno, ta mogućnost treba biti na raspravi jer je rasprava najbolje mjesto i vrijeme za kontradiktornost i konfrontaciju. Moguće je i drugačije postupanje, ali tada moraju biti ispunjena određena mjerila. Napomenula je da, kada je riječ o praksi ESLJP-a, konfrontacijska mjerila ESLJP-a možemo promatrati u razdoblju do odluke Schatschaschwili protiv Njemačke (2015.) i nakon te odluke. Inače, ESLJP je još 1986. godine u predmetu Unterpringer protiv Austrije određivao sastavnice konfrontacijskog mjerila. Nakon te odluke važan je predmet Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva, u kojem je uspostavljen trodijelni test za ocjenu je li okrivljeniku omogućeno pravo konfrontacije prije donošenja odluke. Ti su kriteriji uspostavljeni na sljedeći način: a) je li postojao dobar razlog za nepristup svjedoka čije se *nekonfrontirano svjedočenje* izvodi kao dokaz na raspravi, b) je li taj dokaz bio isključiv ili u odlučujućoj mjeri dokaz za osudu (*sole or decisive rule*), c) jesu li postojali dovoljni činitelji protuteže (*counterbalancing factors*), uključujući i snažna postupovna jamstva koja bi nadoknadila smetnje koje su postojale obrani i koji bi osigurali da je postupak u cjelini bio pravičan, a s obzirom na to da je na raspravi izveden nekonfrontirani dokaz. Dalje je objasnila svaku od sastavnica trodijelnog testa ističući da, kada je riječ o pitanju je li postojao valjani razlog za nepristup svjedoka, ESLJP ocjenjuje je li nacionalni raspravni sud imao valjane činjenične i pravne razloge zbog kojih nije osigurao prisutnost svjedoka na raspravi. Pri tome valja istaknuti da ESLJP u tom dijelu postavlja visoke zahtjeve, tako da npr. okolnost da je svjedok odsutan iz zemlje sama po sebi nije dovoljan razlog da bi se ocijenilo da postoji dobar razlog za izostanak s rasprave. Jednako tako, ako nije poznato gdje se svjedok nalazi, nacionalni sudovi moraju aktivno tražiti svjedoka i poduzeti sve razumne mjere za osiguranje njegove prisutnosti na raspravi. S druge strane relevantan razlog za nepristup svjedoka postoji ako svjedok ne može doći na raspravu zbog ozbiljnih zdravstvenih razloga ili ako se boji za vlastitu sigurnost. Razmatrajući pojmove „isključivi” i u „odlučujućoj mjeri” dokaz za osudu, naglasila je da „isključivo” označava situaciju kada je riječ o jedinom dokazu za osudu, dok „odlučujući” dokaz označava dokaz takve važnosti da je izgledno da je odredio ishod postupka. Obrazlažući činitelje protuteže, upozorila je na presudu u predmetu Paić protiv Hrvatske, u kojem je ESLJP na prilično jasan način razjasnio da oni obuhvaćaju tri važna kriterija: a) kako je sud obrazložio vjerodostojnost nekonfrontiranog dokaza, b) jesu li dostupni drugi dokazi i kakva je snaga tih drugih dokaza, c) jesu li poštovana postupovna jamstva

obrane (je li okrivljenik imao mogućnost iznijeti obranu i osporiti dokaz koji ga tereti – stavljanje primjedaba, predlaganje dokaza, mogućnost ispitivanja). Kada je riječ o hrvatskom pravu, napomenula je da je polazišna točka čl. 431. st. 2. ZKP-a, koji propisuje da se zapisnici nekonfrontiranih ispitivanja svjedoka mogu pročitati, ali se samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda. Uspoređujući hrvatsko rješenje s praksom ESLJP-a, zaključila je da ZKP predviđa strože mjerilo nego praksa ESLJP-a jer povreda prava konfrontacije predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka, što znači da se takva presuda mora ukinuti i vratiti na ponovno suđenje prvostupanjskom sudu. Naposljetku je otvorila pitanje suđenja u odsutnosti prema čl. 404. st. 5. ZKP-a, koji je bio uredno pozvan, ali nije pristupio ili mu se poziv nije mogao uručiti jer je promijenio adresu, a o tome nije obavijestio sud ili je očito da izbjegava poziv, uz uvjet da njegova prisutnost nije nužna i da je prije toga bio ispitivan ili se očitovao o optužbi. Istaknula je da se u praksi pojavila dvojba je li taj uvjet ispunjen ako je okrivljenika ispitao državni odvjetnik ili je potrebno njegovo ispitivanje ili očitovanje o optužbi pred sudom. Pritom je zauzela stav da takvo ispitivanje treba biti provedeno pred sudom ističući da za održavanje rasprave bez optuženika prema članku 404. st. 5. ZKP-a optuženik mora prethodno biti upozoren na tu mogućnost, a to upozorenje sadrži i dio koji se odnosi na izvođenje dokaza optužbe o kojima se on ima pravo očitovati i prisustvovati njihovu izvođenju radi ostvarenja konfrontacijskog prava, uključujući i pravo predlaganja dokaza njemu u korist. Zaključila je da to upozorenje po naravi stvari ne dobiva prilikom ispitivanja pred državnim odvjetnikom. Nakon izlaganja za riječ se javio **Darko Klier**, zamjenik Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske. Istaknuo je da je državno odvjetništvo tijelo koje vodi postupak u prethodnom postupku i da je prije ispitivanja koje se snima audiovideouređajem dužan dati okrivljeniku sva upozorenja propisana ZKP-om, uslijed čega je zaključio da takvo ispitivanje ispunjava sve uvjete da bude uzeto kao relevantno prilikom odlučivanja prema čl. 404. st. 5. ZKP-a. Kada je riječ o konfrontacijskom pravu okrivljenika, istaknuo je da je ono povezano s drugom pretpostavkom iz čl. 404. st. 5. ZKP-a, tj. s tim je li njegova prisutnost nužna na raspravi. Dalje je dodao da treba uzeti u obzir kakav je odnos okrivljenika prema sudbenoj vlasti i konkretno prema predmetu u kojemu se njemu sudi ukoliko on sam ignorira sud i ne odaziva se na poziv suda, pa se samim time svojim nedolaskom na raspravu odriče i nekih svojih prava obrane. **Izv. prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas**, izvanredna profesorica na Pravnom fakultetu u Zagrebu, komentirala je praksu ESLJP-a ističući da judikatura tog suda očito nije pravocrtna, ali da treba uzeti u obzir da ESLJP tu razmatra znatno različite situacije. Kao primjer spomenula je ispitivanje ranjivih, ugroženih i anonimnih svjedoka, u kojem ESLJP primjenjuje holistički pristup. Smatra da naši sudovi trebaju primjenji-

vati domaće pravo, uvažavajući, naravno, EKLJP i praksu ESLJP-a. Upozorila je da praksa ESLJP-a postavlja minimalne standarde, dok nacionalni pravni poreci mogu i trebaju predvidjeti više standarde, i u dijelu u kojem je riječ o konfrontacijskim mjerilima hrvatsko pravo doista nadilazi praksu ESLJP-a.

Treće izlaganje održali su **doc. dr. sc. Antonija Krstulović Dragičević**, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu, i **Neven Cambj**, sudac Županijskog suda u Splitu, pod nazivom *Načelo zakonitosti u praksi Europskog suda za ljudska prava*. Antonija Krstulović Dragičević najprije se osvrnula na temeljna pitanja načela zakonitosti u praksi ESLJP-a. Svoje izlaganje započela je analizom čl. 7. EKLJP-a ističući da se navedeni članak sastoji od dva stavka. Prvim je proklamirano načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, 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 koja je bila predviđena u vrijeme počinjenja djela. Obrazlažući čl. 7. st. 2., naglasila je da navedeni 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. Riječ je o tzv. „nürnberškoj iznimci“, koja u suštini nije iznimka od zabrane retroaktivnosti, nego joj je cilj osigurati zakonitost suđenja za zločine počinjene u Drugom svjetskom ratu. Vezano uz zabranu izricanja strože kazne, istaknula je da je ESLJP tek 2009. godine u predmetu Scoppola protiv Italije zaključio da čl. 7. Konvencije treba tumačiti na način da iz zabrane izricanja teže kazne proizlazi zahtjev za obveznom primjenom povoljnije kazne za počinitelja, argumentirajući navedeno stajalište oslanjanjem na shvaćanje da je navedeno tumačenje općeprihvaćeno u državama članicama Konvencije. Dalje je govorila o autonomnim konvencijskim konceptima pojmova presuđena stvar, kazneno djelo, pravo, kazna. Razmatrajući pojam “presuđena stvar”, napomenula je da su čl. 7. EKLJP-a obuhvaćeni samo oni slučajevi koji su dovršeni osuđujućom presudom u okviru koje su obuhvaćena sva opća obilježja formalnog pojma kaznenog djela. Ipak, u određenim slučajevima ESLJP je zauzeo stajalište da pojam presuđena stvar treba proširiti i na predmete izvršene oslobađajućom presudom ili odbijajućom presudom zbog nastupanja zastare ukoliko su temeljem tih presuda prema podnositeljima primijenjene mjere koje se mogu podvesti pod pojam kazne u konvencijskom smislu. U pogledu pojma “kaznenog djela” ESLJP je zaključivao u svojim odlukama da određeno ponašanje, unatoč nekaznenoj kvalifikaciji prema nacionalnom pravu, ipak treba smatrati kaznenim djelom s obzirom na njegovu pravnu prirodu te je u tom smislu upozorila na predmet Engel protiv Nizozemske, u kojem su određene sastavnice autonomnog pojma kaznenog djela. Dalje je govorila o pojmu “pravo” u konvencijskom smislu te je istaknula da se, pored zakonskog prava, pod tim pojmom podrazumijeva i precedentno pravo, podzakonski pro-

pisati te nacionalno pravo u cijelosti s obzirom na način na koji se to pravo primjenjivalo u promatranom razdoblju. Kada je riječ o pojmu “kazna”, upozorila je da ESLJP može zaključiti da pravna priroda određene mjere koja je po unutarnjem pravu izrečena u prekršajnom, stegovnom, administrativnom ili fiskalnom postupku može biti kvalificirana kao kazna u konvencijskom smislu. Dalje je govorila o predvidljivosti pravne norme naglašavajući da je, prema postojećoj praksi ESLJP-a, standard predvidljivosti ispunjen ako počinitelj može sam ili uz pravni savjet znati da će zbog određenog ponašanja kazneno odgovarati te kakva mu kazna prijeti. Naposljetku se osvrnula na dvije odluke ESLJP-a o pitanju zastare kaznenog progona napominjući da je u predmetu Coeme i dr. protiv Belgije ESLJP zauzeo stajalište 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 se propisuje teža kazna. Naglasila je da je ESLJP državama članicama ostavio na slobodu da pravnu prirodu zastare urede u okviru unutarnjeg pravnog poretka. S druge strane u predmetu Del Rio Prada protiv Španjolske ESLJP je zauzeo stajalište da pravna priroda norme nije presudni kriterij za prolazak testa zakonitosti s aspekta čl. 7. Konvencije, jer 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 s kaznom s retroaktivnim učinkom. U nastavku je Neven Cambj, sudac Županijskog suda u Splitu, razmatrao praktična pitanja zabrane retroaktivnog djelovanja kaznenog zakona. Spomenuo je izmjenju Ustava RH iz 2010. kojom je u čl. 31. st. 4. propisano da ne zastarijevaju kaznena djela ratnog profiterstva ni kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije počinjena u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države propisana zakonom ili ona koja ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu. God. 2015. uslijedila je izmjena Kaznenog zakona, u kojem je propisano da ne zastarijevaju kaznena djela terorizma, teškog ubojstva i ubojstva osoba pod međunarodnom zaštitom. Uzimajući u obzir prikazane izmjene, postavio je dva pitanja: prvo, što učiniti s onim predmetima u kojima je zastara kaznenog progona nastupila prije navedenih izmjena; i drugo, kako postupiti u drugim predmetima u kojima zastarni rok još uvijek nije iscrpljen, pa je rok zastare produljen, odnosno ukinut? U tom je smislu važna odluka Ustavnog suda u predmetu Hypo, u kojem je zauzeo stajalište da u svim predmetima u kojima je već nastupila zastara prije stupanja na snagu promjene Ustava ne može doći do “oživljavanja” roka zastare jer bi to bilo izričito u suprotnosti s načelom zakonitosti. Što se tiče drugog pitanja, napomenuo je da je i tu Ustavni sud zauzeo stav i da odluka u tim pitanjima ovisi o tome kakvu pravnu prirodu imaju odredbe o

zastari, tj. jesu li materijalne ili procesnoppravne naravi. Upućujući na praksu ESLJP-a, naglasio je da taj Sud ostavlja slobodu nacionalnim pravnim sustavima da sami odrede prirodu instituta zastare kaznenog progona. Naposljetku je spomenuo Zakon o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije i naglasio da taj zakon ne definira razdoblje trajanja Domovinskog rata, pa se postavlja pitanje vremenskog okvira u kojem bi trebao proizvoditi učinke u odnosu na nezastarijevanje kaznenih djela obuhvaćenih njime, jer drugi relevantni izvori na više mjesta spominju različite vremenske okvire, što stvara pravnu nesigurnost. U raspravi koja je uslijedila za riječ se javio **prof. dr. sc. Petar Novoselec**, umirovljeni profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu. Napomenuo je da su referenti podržali stajalište Ustavnog suda, kao i da bi ono trebalo biti uputa praksi za buduća postupanja, međutim ističe da praksa ne ide tim putem. U tom smislu spomenuo je slučaj Gavrilović, u kojem državno odvjetništvo inzistira na kaznenom progona unatoč tome što je, prema odluci i tumačenju odluke Ustavnog suda, očito nastupila zastara kaznenog progona. Dalje se za riječ javila **prof. dr. sc. Zlata Đurđević**, redovita profesorica Pravnog fakulteta u Zagrebu, koja je istaknula da se ne slaže sa zaključcima referenata. Napomenula je da je i dalje u Hrvatskoj vrhovni autoritet Ustav Republike Hrvatske, a ne Ustavni sud, i mi možemo kritizirati odluke Ustavnog suda. Zauzela je stajalište da je Ustavni sud u tom predmetu izašao izvan svojih okvira. Proglasiti navedenu odredbu neustavnom moglo bi imati smisla jedino onda kada bi u međunarodnom pravu postojao standard po kojem bi produljenje zastarnih rokova bilo protivno međunarodnom pravu, no iz prakse ESLJP-a to ne proizlazi. Stoga se ne može zaključiti da je ESLJP rekao da je produljenje zastarnih rokova kada je već nastupila zastara protivno čl. 7. EKLJP-a. Protumačila je čl. 7. EKLJP-a i zaključila da taj članak govori o propisanoj kazni i kaznenom djelu, a ne o vremenu kaznenog progona. Napomenula je da i dalje postoji otvorena mogućnost da praksa prati odredbe Ustava, a ne odluku Ustavnog suda.

Četvrto izlaganje održale su **Andrea Šurina Marton**, zamjenica Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske, i **doc. dr. sc. Maja Munivrana Vajda**, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pod nazivom *Gdje prestaje granica slobode izražavanja i počinje govor mržnje*. Prvi dio izlaganja započela je Andrea Šurina Marton razmatranjem prava na slobodu izražavanja u čl. 10. EKLJP-a, koje uključuje slobodu mišljenja, slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Međutim napomenula je da te izjave nisu samo one iz kojih proizlaze blagonaklone, neškodljive i nevažne informacije nego i one koje vrijeđaju, šokiraju, uznemiruju, koje su neugodne i neukusne, no upravo su takve izjave test stupnja demokracije, pluralizma i slobodoumlja jednog društva. Sloboda izražavanja nije apsolutna jer sloboda izražavanja može biti podvrgnuta uvje-

tima, formalnostima, ograničenjima i kaznama radi nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta, javne sigurnosti, sprječavanja nereda i zločina, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih radi sprječavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti. Potom je prikazala Okvirnu odluku Vijeća Europske unije o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije od 28. studenog 2008., koja je donesena kao reakcija na porast nasilja i ekstremističkih ideja i pokreta u svijetu usmjerenih protiv rasta migracije i slobodnog kretanja ljudi s ciljem harmonizacije europskih nacionalnih zakonodavstava. Okvirnom je odlukom postavljena obveza država da propišu odgovarajuće, učinkovite, proporcionalne i odvrćajuće sankcije kako za fizičke tako i za pravne osobe. Ipak dopuštena su ograničenja kažnjive zone zbog prilagodbe nacionalnim pravnim sustavima i tradicijama, i to na ona ponašanja koja su počinjena na način koji je podoban da naruši javni red ili koji je prijeteći, pogrdan ili uvredljiv, te na one međunarodne zločine koji su kao takvi utvrđeni presudom domaćeg ili međunarodnog suda. Dalje je istaknula da je tu obvezu hrvatski zakonodavac ispunio propisivanjem kaznenog djela javnog poticanja na nasilje i mržnju u čl. 325. KZ-a, ali je to učinio na način da nije predvidio mogućnost ograničenja i suženja kažnjive zone na način da ograniči st. 1. na govor koji je podoban da naruši javni red ili koji je pogrdan ili uvredljiv te da ograniči st. 4. na zločine utvrđene pravomoćnom presudom. Hrvatski je zakonodavac išao još dalje, pa čl. 325. KZ-a inkriminira govor mržnje po širim osnovama nego što traži Okvirna odluka – na spol, spolno opredjeljenje, rodni identitet i druge osobine, uvodi kažnjavanje za pokušaj te predviđa sankcioniranje organizatora ili vođe grupe te sudionika u toj grupi. Potom je prezentirala rezultate provedenog istraživanja prakse domaćih sudova radi utvrđenja kakva su stajališta u odnosu na pojedina obilježja djela zauzimali hrvatski sudovi razmatrajući pojam javnog poticanja – pozivanja, pojam mržnje te što su druge osobine koje su navedene kao generalna klauzula u razdoblju od 1. siječnja 2013. do 30. lipnja 2016. Dalje je doc. dr. sc. Maja Munivrana Vajda razmotrila otvorena pitanja koja su zapažena tijekom provedenog istraživanja. U tom je smislu najprije analizirala pitanje što se smatra javnim poticanjem, jer je u jednoj promatranoj presudi navedeno: “kako se radnja poticanja ne ostvaruje pukim iznošenjem stavova te kako je radnja okrivljenika bila lišena svakog imperativa i samim tim unaprijed diskvalificirana figurirati kao radnja počinitelja kaznenog djela iz čl. 325. st. 1. KZ-a”. Naglasila je da pri tumačenju pojma poticanja treba razmotriti čl. 37. KZ-a, koji definira poticanje kao akcesorni oblik sudioništva, te je kao primjer navela zagovaranje, želje, molbe, prijetnje kojima se nastoji utjecati na druge da se uključe u određene oblike ponašanja, uključujući počinjenje kaznenog djela. Može biti izričito, ali i implicitno, kroz djela kao što je pokazivanje rasističkih simbola. Budući da je poticanje u čl. 325. opisano

u samom zakonskom opisu djela, istaknula je da je djelo dovršeno čak i kad nisu nastupile posljedice, obuhvaćen je širi krug osoba, ono mora biti javno i ne mora nužno uključivati poticanje na radnju (počinjenje određenog kaznenog djela), nego i na osjećanje mržnje. Objasnila je da poticanje na mržnju ne sadrži nužno i poziv na čin nasilja ili drugo kazneno djelo, kao i da napadi na osobe počinjeni vrijeđanjem, ismijavanjem i klevetanjem određenih skupina mogu biti dovoljni (Vejdeland protiv Švedske, ESLJP, 2012). Dalje je govorila o ciljanoj društvenoj skupini koja se štiti inkriminacijom iz čl. 325. KZ-a, a posebno se dotaknula generalne klauzule "druge osobine" u praksi naših sudova, iz koje proizlazi da je člankom 325. KZ-a obuhvaćen govor protiv policajaca, branitelja, pa čak i protiv ateista. Istaknula je da u duhu spomenute inkriminacije treba restriktivno tumačiti klauzulu „druge osobine“ te da se zaštita kroz tu inkriminaciju treba odnositi na ranjive, manjinske društvene skupine sa zajedničkim objektivnim značajkama. Potom je istaknula problematiku razlikovanja kaznenog djela i prekršaja zbog preklapanja zakonskih opisa kaznenih djela i prekršaja u nizu prekršajnih djela definiranih različitim zakonima. Napomenula je da je rješenje za navedenu problematiku razgraničenje kroz restriktivno tumačenje kaznenog djela u skladu s *ultima ratio* prirodom kaznenog prava. Naposljetku se osvrnula na praksu ESLJP-a te je predstavila kriterije koje Sud razmatra pri ocjeni govora mržnje u svakom konkretnom slučaju: sadržaj i priroda izjava (javni interes), način na koji su izjave dane (poezija, leci, debata), utjecaj izjava s obzirom na narav publike i način prijenosa (internet, važni mediji, ponavljanje), kontekst izjave – ekonomska, društvena i politička klima, uključujući i postojeći obrazac diskriminacije, uloga i status govornika u društvu i publika kojoj je govor upućen (političari kao kreatori javnog mišljenja), ekscesivna sankcija.

Peto izlaganje održali su **prof. dr. sc. Ivo Josipović**, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, i **Karmen Novak Hrgović**, sutkinja Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, pod nazivom *Načelo ne bis in idem u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog postupka*. Ivo Josipović uvodno je napomenuo da će u svojem izlaganju pažnju usmjeriti na presudu Maresti protiv Republike Hrvatske. Upozorio je da će je, za razliku od općeprihvaćenih shvaćanja, u svojem izlaganju tumačiti kao pogrešnu odluku ESLJP-a. Naglasio je nesumnjivu važnost presude Maresti protiv Hrvatske ističući da je presuda potvrdila sustavno formirane kriterije prepoznavanja „idem“, istog kažnjivog djela. Potaknula je do tada nezabilježen interes teoretičara i praktičara za jednu presudu ESLJP-a i generirala aktivnosti državnih tijela na izbjegavanju mogućih povreda načela *ne bis in idem*. U okviru tih aktivnosti potaknuta je koordinirana aktivnost DORH-a, MUP-a, Carinske uprave i Državnog inspektorata i generalno je utjecala na sudsku praksu, uključujući i ustavnosudsku praksu. Napomenuo je da pogrešnost presude Maresti proizlazi

iz činjenice da nije prepoznat idealni stjecaj prekršaja i kaznenog djela te je pogrešno zaključeno kako je odluka u prekršajnom postupku *res judicata* u odnosu na kazneni postupak. Kada je riječ o problematici stjecaja prekršaja i kaznenih djela, naglasio je da u našem pravnom sustavu nije do kraja proveden koncept u kojem je prekršajno djelo *de facto* kazneno djelo. Iako su učinjene opsežne izmjene prekršajnog zakonodavstva da bismo ga judicijalizirali i da bi prekršaji prestali biti administrativno djelo, a napose harmonizirali materijalno i procesno pravo, istaknuo je da još uvijek ESLJP najprije posebno utvrđuje je li prekršajno djelo kazneno djelo, što ipak ne bi trebalo činiti, jer je očito da su prekršaji u biti jedan oblik kaznenog djela. U nastavku je usporedio čl. 6. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira (“tko se na javnom mjestu ponaša na naročito drzak i nepristojan način vrijeđajući građane ili narušavajući njihov mir“) i čl. 99. KZ-a („tko drugoga teško tjelesno ozlijedi ili mu teško naruši zdravlje“) i zauzeo stajalište da su se navedeni članci djelomično našli u odnosu idealnog stjecaja. Istaknuo je da se ta dva djela preklapaju samo u radnji udaranja, koja je zajednička teškoj tjelesnoj ozljedi (cijela radnja) i radnji prekršaja (dio složene radnje), dok se razlikuju po pitanju zaštićene vrijednosti i posljedici. Stoga je postavio pitanje je li Prekršajni sud pogriješio što je u izreci presude, opisujući prekršaj protiv javnog reda i mira, naveo udaranje i ozljedu. Istaknuo je da smatra kako sud nije pogriješio jer: a) radnja udaranja jest dio kršenja javnog reda i mira i ulazi u činjenični opis, b) iz presude je razvidno da izrečena sankcija obuhvaća samo posljedicu kršenja javnog reda i mira, a ne i nanesenu tjelesnu ozljedu, c) prekršaj i kazneno djelo imaju dijelom zajedničku radnju, ali ne i druga obilježja koja bi ih učinila jednim djelom. Dalje je razmatrao samu odluku ESLJP-a te mu je uputio kritiku jer: a) nije prepoznao idealni stjecaj kaznenog djela i prekršaja, b) slučaju je pristupio formalistički, bez analize suštine prekršaja i kaznenog djela i pregleda cjeline pravnog sustava, c) nije postupio kako inače zagovara u odnosu na državu: gledajući suštinu, a ne formu, d) nije dobro razumio sadržaj prekršajne presude u smislu obuhvaćenog i sankcioniranog neprava. S druge strane Hrvatska nije dobro postupila jer se na takvu odluku nije žalila, očito iz razloga što naši zastupnici nisu prepoznali idealni stjecaj prekršaja i kaznenog djela. Naposljetku je sumirao sve izvedene teze te predstavio prijedlog za buduće izbjegavanje kršenja načela *ne bis in idem* na sljedeći način: a) izbjegavati višestruko inkriminiranje, kao kaznenog djela, prekršaja i upravnog kaznenog djela, revidirati postojeće višestruke inkriminacije, b) revizija tekućih višestrukih postupaka i redukcija sukladno zaštićenoj vrijednosti i konkretnom djelu, c) učiniti promjene u procesnim propisima: predvidjeti mehanizme za odustanak i obustavu postupka te pravne lijekove za slučaj interferencije različitih postupaka, d) brisati u zakonodavstvu mogućnost vođenja paralelnih postupaka te norme o uračunavanju, e) ne odustajati od progona u više postupaka ako je

riječ o idealnom stjecaju raznovrsnih kažnjivih djela, f) izgraditi kriterije za prepoznavanje i razlikovanje istih djela (*idem*) i prividnog idealnog stjecaja u odnosu na idealni stjecaj. U nastavku je Karmen Novak Hrgović upozorila na pojedine situacije koje predstavljaju praktične probleme u svakodnevnim prekršajnim postupcima. Napomenula je da kazneni zakon često dolazi u koliziju s određenim materijalnim propisima koji sadrže prekršajne odredbe, pa se događaju slučajevi da iste radnje i ponašanja budu propisane kao kazneno djelo i prekršaj, odnosno da pojedina kaznena djela u svojem pravnom opisu sadrže elemente određenog prekršaja, pa je kao primjer navela Zakon o radu, Zakon o prostornom uređenju i gradnji, Zakon o suzbijanju zlouporabe opojnih droga, Zakon o otpadu, Zakon o zaštiti od buke te Zakon o trgovini. Jednako tako, naglasila je da je problem dvostrukog suđenja posebno istaknut u prekršajnom postupku zbog odredaba pojedinih zakona koji propisuju prekršaje, a kojima se propisuje mogućnost primjene u tijeku inspekcijskog nadzora upravnih mjera, koje prema određenim kriterijima mogu imati značaj i posljedice sankcija. Zatim je predstavila primjer povrede načela *ne bis in idem* u kojem je u postupku kontrole doneseno rješenje kojim Ministarstvo financija zabranjuje daljnje obavljanje ugostiteljske djelatnosti pružanja usluga smještaja u konkretnom ugostiteljskom objektu vrste „hotel“ do otklanjanja utvrđenog nedostataka. Nakon toga izdan je prekršajni nalog od strane Ministarstva financija, Carinske uprave, kojim je pravna osoba proglašena krivom za prekršaj iz članka 10. st. 3. Zakona o zabrani i sprječavanju obavljanja neregistrirane djelatnosti i izrečena je novčana kazna pravnoj i odgovornoj osobi te je primjenom odredbe članka 10. st. 9. oduzeta protupravno stečena imovinska korist u iznosu 71.000,00 kn. Zatim je podnesen prigovor protiv prekršajnog naloga te je donesena prvostupanjska presuda, kojom se okrivljenici proglašavaju krivima i kažnjavaju za prekršaj iz citiranog zakona.

Posljednje izlaganje održali su **izv. prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas**, izvanredna profesorica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, i **doc. dr. sc. Zoran Burić**, docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, pod nazivom *Prava obrane u različitim stadijima hrvatskog kaznenog postupka: rezultati istraživanja prakse*. Najprije je Elizabeta Ivičević Karas predstavila projekt „Jačanje procesnih prava osumnjičenika i okrivljenika u kaznenom postupku u Hrvatskoj”, koji je financiran iz Programa za pravosuđe Europske unije i Ureda za udruge Vlade Republike Hrvatske, a proveli su ga Hrvatski pravni centar u suradnji s Hrvatskim udruženjem za kaznene znanosti i praksu i Hrvatskim udruženjem za europsko kazneno pravo. Naglasila je da se hrvatsko kazneno procesno pravo posljednjih godina intenzivno razvija pod izravnim utjecajem kaznenog prava EU-a kroz postupak transponiranja i implementiranja niza direktiva EU-a, među kojima je spomenula direktivu o pravu na tumačenje i prevođenje u kaznenim postupcima, pravu na informaciju u

kaznenom postupku, a predstoji nam implementiranje direktive o pravu na pristup odvjetniku te direktiva o pravu na besplatnog branitelja, o pravima ranjivih osumnjičenika itd. Temeljni im je cilj harmonizacija temeljnih prava okrivljenika u kaznenom postupku kao preduvjet učinkovite primjene načela uzajamnog priznanja u kaznenim stvarima. Dalje je prikazala studiju Unapređenje procesnih prava osumnjičenika i okrivljenika u kaznenom postupku: pogled kroz prizmu europskih pravnih standarda, u kojoj su detektirane točke na kojima normativna rješenja hrvatskog kaznenog procesnog zakonodavstva pružaju otpor učinkovitoj implementaciji standarda EU-a i koja je poslužila kao osnova za analizu hrvatske normativne i praktične stvarnosti. Potom je govorila o problematici ostvarivanja prava obrane u najranijim fazama postupka razmatrajući pojam osumnjičenika u materijalnom smislu i potrebu osiguranja prava na branitelja u najranijoj fazi postupka pred policijom, koja je u praksi najosjetljivija. Stoga se osobito problematičnim s aspekta hrvatskog kaznenog procesnog prava pokazuje pitanje obavijesnih razgovora, jer je postojeće neformalno policijsko ispitivanje građanina, osumnjičenika, prisilno dovedenog osumnjičenika te uhićenika slabo regulirano. Budući da direktiva govori o pravu na pristup branitelju već od prvog ispitivanja, naglasila je da se problematičnim pokazuju obavijesni razgovori koje policija obavlja u ranim fazama postupka, u kojima se *de lege lata* građanina ne obavještava o pravu na branitelja, dok Direktiva upravo pretpostavlja pravo na branitelja već od prvog ispitivanja shvaćenog u materijalnom smislu riječi. Zbog toga je bilo potrebno provesti empirijsko istraživanje kako bi se analizirao normativni okvir i iskustva četiri skupine praktičara (policijskih službenika, državnih odvjetnika, branitelja i sudaca) i kako bi se detektirali i analizirali nedostaci postojećeg normativnog okvira i prakse. Istraživanje je provedeno u dvije faze. Prva je faza uključivala polustrukturirane intervjue kako bi se provjerile početne hipoteze, ali i kako bi se dobile neke informacije iz prakse svakodnevnog postupanja, a zatim je provedena druga faza kroz tzv. fokus-grupe kroz otvorena pitanja koja su proizašla iz provedenih intervjua. Naposljetku je provedena kvalitativna analiza dobivenih saznanja, koja je prikazana kroz različite faze kaznenog postupka. U nastavku je Zoran Burić prikazao rezultate istraživanja. Kada je riječ o istraživanju postupanja u policiji, osobito je razmotreno postupaju li se jednako ili različito u odnosu na građane i osumnjičeničke prilikom pozivanja na obavijesni razgovor i prilikom provođenja obavijesnog razgovora te je zaključeno da se to razlikovanje ne provodi na jasan i nedvojbjen način. Najčešće su policijski službenici koji su iskazivali da ne provode razlikovanje između građanina i osumnjičenika isticali da osoba stječe prava u postupku činom uhićenja ili poduzimanjem neke druge dokazne radnje protiv nje, a sve ono što se poduzima prije toga služi tome da bi se odredilo tko je osumnjičenički. Potom je razmotreno pitanje prava na obavijest i na koji način se ono

ostvaruje u odnosu na građanina, osumnjičenika, prisilno dovedenog osumnjičenika te uhićenika. U pravilu su policijski službenici izjavljivali da obveza obavještanja o pravima postoji tek od uhićenja ili poduzimanja neke druge dokazne radnje protiv osumnjičenika. Kada je riječ o pravu na obavijest što se osobi stavlja na teret, u policijskoj postaji načelno osobe dobivaju minimalnu obavijest o onome za što se ispituju. Dalje je razmatrano pitanje prava na branitelja u policijskoj postaji istraživanjem načina sudjelovanja branitelja u obavijesnim razgovorima, odricanje od prava na branitelja, povjerljive komunikacije s braniteljem, odgode ostvarivanja prava na branitelja te participatornih prava branitelja prilikom obavijesnih razgovora. U pogledu prava na tumačenje i prevođenje u policiji razmatrano je pitanje utvrđivanja potrebe za tumačenjem te načina provedbe toga prava u praksi. Dalje je razmatrano pitanje položaja okrivljenika pred državnim odvjetnikom, gdje je uočeno da je ta faza postupka jako detaljno regulirana i u fazi postupka pred državnim odvjetnikom nema nikakvih problema o obavještanju o pravu na obavijest o optužbi i pravima u postupku. Posebno je razmotreno ostvarivanje prava na uvid u spis te je ustanovljeno da se u praksi zakonom propisana ograničenja ne primjenjuju, pravo uvida u spis nije vremenski ograničeno, uvijek se omogućuje i branitelju i okrivljeniku (iako se okrivljenici tim pravom rijetko koriste), no branitelji nisu u potpunosti zadovoljni načinom na koji je to pravo uređeno u zakonu, a ni načinom na koji se primjenjuje u praksi. Kada je riječ o korištenju prava na branitelja, uočeno je da se korištenje pravom na branitelje često veže uz imovinsko stanje okrivljenika te je uz to razmotrena korelacija između korištenja prava na branitelja i korisnih izjava za kazneni progon. Što se tiče prava na tumačenje, izjava osumnjičenika je odlučujuća, ne radi se lingvistička procjena, koriste se stalni sudski tumači i branitelji su generalno zadovoljni radom tumača i prevoditelja. Kada je riječ o postupku pred sudom, napomenuo je da su u sudskoj fazi postupka okrivljenici već dovoljno upozoreni i svjesni svojih prava obrane. Vezano uz pravo na branitelja, razmotrena je mogućnost primjene čl. 383. st. 8. ZKP-a da se rasprava može održati i u slučaju neopravdanog nedolaska uredno pozvanog branitelja na raspravu ili uzimanja branitelja tek na raspravi. Suci u pravilu nisu skloni primijeni te odredbe te ako okrivljenik inzistira na tome da branitelj bude prisutan, najčešće se rasprava odgađa. Zaključno je istaknuo da su najveći problemi uočeni u policijskoj fazi postupka i oni se vezuju uz činjenicu da je riječ o najranijoj fazi postupka, pa postoji problem određivanja statusa osobe, a uz to je onda vezana i pravilnost obavještanja o optužbi i pravu na branitelja u kaznenom postupku. No kao ključni razlog valja istaknuti slabiju zakonsku uređenost te izostanak svih zaštitnih mehanizama koji postoje u kasnijim fazama postupka. Što se tiče postupka pred državnim odvjetnikom, zaključno je istaknuto da je riječ o dobro reguliranoj fazi postupka i da su manji prigovori upućeni na način ostvarivanja prava

na uvid u spis vezano uz tehničku provedbu toga prava kroz dogovaranje termina za uvid u spis, veličinu spisa te cijenu umnažanja spisa. Kada je riječ o pravu na branitelja, uočeni su problemi u policijskoj fazi postupka u pogledu ostvarivanja prava na branitelja, dok se pred državnim odvjetnikom i sudom pojavljuju pitanja povjerljivosti komunikacije između okrivljenika i branitelja primarno zbog nedostatka adekvatnog prostora za takvu komunikaciju. Na kraju je razmotreno i pitanje prava na tumačenje i prevođenje te je istaknuto da je potrebno urediti pravo na tumačenje kada je riječ o komunikaciji između okrivljenika i branitelja, jer prema direktivi okrivljenik ima pravo na besplatno tumačenje onih razgovora s braniteljem koji se tiču pripremanja obrane. Kada je riječ o pravu na prevođenje, istraživanje je obuhvatilo pitanje dokumenata koji se minimalno moraju prevesti, no pokazalo je da se prevode svi dodatni dokumenti koje okrivljenik i branitelj zatraže, a katkad i cijeli spis. Zatim su raspravljena otvorena pitanja jamči li sadašnje uređenje obavijesnih razgovora ostvarivanje temeljnih prava obrane, je li obavijesne razgovore potrebno detaljno urediti Zakonom o kaznenom postupku te treba li se iskaz osumnjičenika dobiven policijskim ispitivanjem, koje je detaljno uređeno Zakonom o kaznenom postupku, moći koristiti kao dokaz u kaznenom postupku.