

DECENNIIUM MOZTANICENSE

DECENNIUM MOZTANICENSE
Zbornik radova Collected papers

Deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

Nakladnik

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Biblioteka Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice

Za nakladnika

Miomir Matulović

Urednik

Berislav Pavišić

Oblikovanje naslovnice i ovitka

Irena Frantal

Lektorica za hrvatski jezik

Dušanka Starčević

Priprema za tisak i tisak

Digital point d.o.o. Rijeka

© Copyright by Zavod za kaznene znanosti Mošćenice

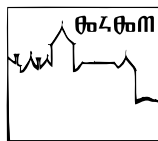
DECENNIUM *Možtanicense*

Zbornik radova

Collected papers

Deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

Urednik
Berislav Pavišić



Rijeka, 2008.

CIP – Katalogizacija u publikaciji
SVEUČILIŠNA KNJIŽNICA RIJEKA

UDK 343.2/.7(497.5-35 Rijeka)(091)
061.62(497.5-35 Rijeka):343>(067.5)

DECENNIUM Moztanicense : zbornik radova = collected papers
: deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog
fakulteta Sveučilišta u Rijeci / urednik Berislav Pavešić. – Rijeka : Pravni
fakultet Sveučilišta, 2008. – (Biblioteka Zavoda za kaznene znanosti
Mošćenice)

ISBN 978-953-6597-67-5

I. Pravni fakultet. Zavod za kaznene znanosti Mošćenice (Rijeka)

111113008

KAZALO

PREDGOVOR / PREFACE / PREMESA	9
DECENNIIUM MOZTANICENSE	17
Lujo Margetić: Njemački rukopis Mošćeničkog statuta iz 1616 (German manuscript of Moscenice Statute of 1616)	19
Vladimir-Đuro Degan: Dualitet međunarodne odgovornosti države i pojedinca za zločin genocida – pitanje tereta dokazivanja (Duality of International Responsibility of States and Individuals for the Crime of Genocide – the question of burden proof)	35
Gaetano Insolera: Il delitto di associazione con finalità di terrorismo nel codice penale italiano (Kazneno djelo “associazione con finalità di terrorismo” u Talijanskom kaznenom zakoniku; Crime of “delitto di associazione con finalità di terrorismo” in Italian penal code)	61
Gonzalo Quintero Olivares: Sobre una política criminal común europea (O zajedničkoj europskoj kaznenoj politici; About the Common European Criminal Policy)	77
Glauco Giostra: Processo penale e mass media (Kazneni postupak i javni mediji; Criminal procedure and mass media)	89
Robert Esser: Effektiver nationaler Rechtsschutz als Grundelement des europäischen Menschenrechtsschutzes – Überlegungen auf der Grundlage der EGMR-Urteile Horvat v. Kroatien und Sürmeli v. Deutschland (Učinkovita nacionalna pravna zaštita kao osnovni element europske zaštite ljudskih prava – razmatranja na temelju odluka ESLJP Horvat v. Hrvatska i Sürmeli v. Njemačka; Efficient National Legal Protection as Basic Element of European Human Rights Protection – Considerations Based on ECHR Decisions in Horvat v. Croatia and Sürmeli v. Germany) ...	101
Miodrag N. Simović: Primjena u Bosni i Hercegovini međunarodnih standarda koji se odnose na zabranu torture, mučenja i nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja (Application of international standards in Bosnia and Herzegovina which apply to the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment)	117

Davor Krapac:	
Presuda na zahtjev stranaka u stadiju istrage u hrvatskom kaznenom postupku (Judgement on the parties' request in the investigation stage in Croatian criminal procedure)	137
Lyudmila Zaitseva:	
Критерии уголовной юрисдикции в Республике Беларусь (Kriteriji kaznene jurisdikcije u Republici Bjelorusiji; The Criteria of Criminal Jurisdiction in the Republic of Belarus)	151
Velinka Grozdanić:	
Neka pitanja žena u kaznenim djelima srednjovjekovnih jadranskih statuta na područjima istočne jadranske obale (Some Issues Concerning Women in Criminal Offences of the Medieval Adriatic Statutes in the East Adriatic Coastal Area)	167
Vid Jakulin:	
European Union and Criminal Law (Europska unija i kazneno pravo)	185
Eduard Kunštek:	
Actio civilis u kaznenom postupku – prijedlog novele (Civil claim in criminal procedure – reform proposal)	201
Herke Csongor:	
New and old principles in the hungarian criminal procedure law (Nova i stara načela mađarskog kaznenog postupovnog prava)	217
Ivan Bele:	
O pomenu kazenske odgovornosti (O pojmu kaznene odgovornosti; About a notion of a crime responsibility).....	235
Hajrija Sijerčić-Čolić:	
Prvih pet godina Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (The first five years of Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina)	243
Tudorel Toader:	
The reform of penal legislation in Romania (Reforma kaznenog zakonodavstva u Rumunjskoj)	255
Isabella Rosoni:	
La storia imbavagliata (Ušutkana povijest; Suppressed History)	269
Zlatan Dežman:	
O metodologiji kazenskoga procesnoga prava (O metodologiji kaznenog postupovnog prava; Methodological Approach to Criminal Procedure)	275

Pietro Semeraro:	
Trading in influence and lobbying in the spanish criminal code (Trgovina utjecajem i lobiranje u španjolskom Kaznenom zakoniku)	297
Tadija Bubalović:	
Pojam i primjena gravamena u kaznenom postupku (Notion and Application of Gravamen in Criminal Procedure)	313
Rexhep Murati:	
Main characteristics of the judicial criminal system in Kosovo (Glavne značajke sustava kaznenog pravosuđa u Kosovu)	337
PRILOG / APPENDIX 1	353
Drugi hrvatsko-talijanski dani kaznenog prava i postupka/ Seconde giornate croato-italiane di diritto e procedura penale	355
Gaetano Insolera:	
Introduzione	357
Berislav Pavišić:	
Sanzioni per le violazioni non-criminali nel diritto croato	359
Francesco Tagliarini:	
L'articolazione delle sanzioni con particolare riferimento alla responsabilità degli enti collettivi	373
Pietro Semeraro:	
Illecito e sanzioni amministrative	385
Luciana Goisis:	
La pena pecuniaria in italia. Profili di effettività della sanzione	399
PRILOG / APPENDIX 2	421
Nikolay P. Kovalev:	
Criminal procedure system of the Republic of Kazakhstan	423
PRILOG / APPENDIX 3	445
Biblioteka Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice/Library of Institute of Criminal Sciences Mošćenice, 1997. – 2008.	447

PREDGOVOR
PREFACE
PREMESSA

PREDGOVOR

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice 1998. – 2008.*

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci započeo je radom 9. travnja 1998. Prostor u Mošćenicama je pronašao profesor Milovan Jovanović, a Općina Mošćenička Draga na čelu s načelnikom Antonom Rudanom ga iznajmila Fakultetu. Adaptaciju i uređenje prostora pomogla je Županija Primorsko-goranska posebno povjerenik Vlade Zlatko Pavelić.

Zavod je najprije uspostavio suradnju s Institutom za kazneno pravo i postupak Pravnog fakulteta Sveučilišta u Macerati, Italija. Od 2002. je Zavod istraživački institut Srednjeeuropske kaznenopravne suradnje (sjedište u Pečuhu). S Katedrom kaznenog prava Pravnog fakulteta Sveučilišta u Bergamu, od 2004. Zavod godišnje organizira Hrvatsko – talijanske dane kaznenog prava i postupka.

Istraživanja su bila usmjerena na područja poredbenog kaznenog prava i kriminalistike. Zavod je uglavnom bio oslonjen na vlastita sredstva pribavljena izdavačkom djelatnošću, skromnu potporu Fakulteta i prije svega kolegijalnu suradnju.

Biblioteka Zavoda utemeljena je odmah na početku njegova rada, a prva knjiga u je bio Hrvatsko – talijanski/Talijansko – hrvatski rječnik kaznenog prava i postupka koji je rezultat rada autora i suradnika iz Hrvatske i Italije. Zavod je pripremio prijevod Hrvatskog kaznenog zakona s uvodnim tekstom i prijevodom odredaba Hrvatskog ustava na talijanski jezik. Taj je prijevod objavljen pod naslovom *Il Codice penale croato* 1999. godine u nakladi CEDAM, Padova, u ediciji *Casi, fonti e studi per il diritto penale*. Hrvatski kazneni zakon također je preveden i na španjolski jezik i objavljen u Biblioteci Zavoda pod naslovom *Ley penal Croata* u dva izdanja (1999. i 2005.). Talijanski *Codice di procedura penale* preveden je 2002. u čemu je sudjelovao veći broj znanstvenika, suradnika i studenata iz Italije i Hrvatske.

Rezultati sustavnih višegodišnjih poredbenih istraživanja tranzicije kaznenog postupka objavljeni su u knjigama *Le altre procedure penali*, Giappichelli, Torino, 2002. i *Transition of Criminal Procedure Systems*, Rijeka, 2004. U obje knjige sustavno

* Knjiga koju u povodu deset godina rada Zavoda, predajemo javnosti, obuhvaća osim uvodnog teksta, dvadeset i jedan prigodni članak autora iz deset zemalja; uvodno izlaganje i tekst referata iznesenih tijekom Drugih hrvatsko-talijanskih dana kaznenog prava i postupka (Prilog 1), te nacionalni referat Republike Kazahstan, autora Nikolaja P. Kovaleva pripremljen za projekt *Transition of Criminal Procedure Systems* (Prilog 2). Na pomoći u pripremi teksta, prijevodima i pregledu teksta, redaktor zahvaljuje Eduardu Kunštek, Douwe Korfu, Sandri Winkler, Vlatki Butorac, Milani Trbojević-Palalić, Tanji Koren, te studenticama i studentima seminaristima iz predmeta Kazneno postupovno pravo šk. 2007/2008. godine.

i analitički prikazan je proces tranzicije kaznenog postupka u 25 europskih zemalja, od Njemačke do Gruzije. U tom istraživanju sudjelovalo je 38 znanstvenika iz 23 zemlje.

Zavod je objavio pet knjiga u elektroničkom obliku dostupnih na web stranicama Pravnog fakulteta u Rijeci i prvu cjelovitu i sustavnu *Hrvatsku kriminalističku bibliografiju*.

Prijevod *Codigo procesal penal modelo para Iberoamerica* na hrvatski i talijanski jezik, na kojem su radili suradnici iz Hrvatske, Argentine i Italije objavljen je kao trojezično izdanje u Biblioteci Zavoda 2005. Uz uvod i tekst Zakonika – modela je sustavni pregled uređenja kaznenog postupka u južnoameričkim državama.

Valja posebno spomenuti suradnju Zavoda s izdavačkim odjelom Ministarstva unutarnjih poslova i s izdavačkom kućom Adamić iz Rijeke u Projektu *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru*.

Tijekom 2006. u Zavodu je sastavljen program Poslijediplomskog specijalističkog studija Kriminalističko istraživanje koji se od 2007. izvodi na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci.

Zavod je ugostio mnoge znanstvenike i skupove. Nacrti zakonskih propisa (o suzbijanju zlopotrebe opojnih droga i o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta) pripremani su u Zavodu. Zavod je također surađivao s Katedrom čakavskog sabora Općine Mošćenička Draga, posebno s njenim predsjednikom Veseljkom Velčićem. Najznačajniji rezultat te suradnje je pokretanje *Mošćeničkog zbornika* 2004.

Svima hvala na suradnji!

Mošćenice, 9. travanj 2008.

Prof. dr. sc. Berislav Pavišić

PREFACE

Institute for Criminal Sciences Mošćenice 1998 – 2008

Institute for Criminal Sciences Mošćenice of Faculty of Law, University of Rijeka started on 9 April 1988. Premises in Mošćenice were scouted by Professor Milovan Jovanović while Mošćenička Draga municipality gave the lease to the Faculty. Reconstruction and remodelling was supported by the Primorsko-goranska parish and especially by the government commissioner Zlatko Pavelić.

Institute firstly established cooperation with the Institute for Criminal Law and Procedure of the Law Faculty of University of Macerata, Italy. As of 2002 Institute is Research Centre of Central European Criminal Law Cooperation with seat in Pecs, Hungary. As of 2004 Institute and Chair for Criminal Law of the Law Faculty of University of Bergamo organize Croatian-Italian days of Criminal Law and Procedure.

Up to date researches were focused on comparative criminal law and criminalistics. Institute is predominantly self-financed with publishing, and modest support of the Faculty.

Institute library was established at the very beginning, while the first item was Croatian-Italian/Italian-Croatian dictionary of criminal law and procedure which is result of work of authors and associates from Croatia and Italy. Institute prepared translation of Croatian Criminal Law with introduction and Italian translation of Croatian Constitution provisions. This translation is published 1999 as *Il Codice penale croato* by CEDAM Padova under the edition *Casi, fonti e studi per il diritto penale*. Croatian Criminal Law is translated into Spanish and twice (1999 and 2005) published by the Institute as *Ley penal Croata*. Italian *Codice di procedura penale* was translated into Croatian 2002 with participation of a number of scientists, associates and students from Italy and Croatia.

Results of overall comparative research on transition of criminal procedure during the number of years are published in books *Le altre procedure penali*, Giappichelli, Torino, 2002. and *Transition of Criminal Procedure Systems*, Rijeka, 2004. Both books contain overall and analytical report on transition of criminal procedure in 25 European countries as from Germany up to the Georgia. Research was conducted by 38 scientists from 23 countries.

Institute published five e-books available on web site of the Law Faculty of Rijeka and first overall *Croatian bibliography in criminalistics*.

Translation of *Codigo procesal penal modelo para Iberoamerica* into Croatian and Italian was executed with collaborators from Croatia, Argentina and Italy and published as trilingual edition by the Institute 2005. In addition to the Introduction and text of the Code model – included overall overview of criminal procedure systems in South American countries.

It is worthy to mention cooperation with publishing department of the Ministry of Interior and publishing company *Adamić* Rijeka on the project Medieval laws and statutes of Kvarner.

Institute also introduced program of Postgraduate specialization course on criminal investigation which is conducted on the Faculty of Law of the University of Rijeka as of 2007.

Institute welcomed number of scientists and organized symposiums. Drafts of number of legislative act were prepared in Institute (on the suppression of drugs abuse and on the Office for suppression of corruption and organized crime). Institute also cooperated with Katedra čakavskog sabora of the Mošćenička Draga municipality and with its president Veseljko Velčić. The most significant result of that cooperation is the institution of *Mošćenički zbornik*.

Thank you all for cooperation!

Mošćenice, April, 9th 2008.

Prof. dr. sc. Berislav Pavisic

PREMESSA

Istituto di scienze penali Mošćenice 1998 – 2008

L'Istituto di scienze penali Mošćenice della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Rijeka ha iniziato la sua attività il giorno 9 aprile 1998. I locali sono stati trovati dal prof. Milovan Jovanović, mentre il comune di Mošćenička Draga, con a capo Anton Rudan, li ha locati alla Facoltà. I lavori di ripristino dei locali sono stati coadiuvati dalla Contea Litoraneo-montana innanzi tutto grazie al rappresentante del Governo Zlatko Pavešić.

L'Istituto ha stretto una collaborazione continuata con l'Istituto di diritto e procedura penale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Macerata, Italia, è l'Istituto di ricerca, della Cooperazione dell'Europa centrale nel diritto penale (con sede a Pècs). Dal 2004 l'Istituto e la Cattedra di diritto penale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bergamo organizzano ogni anno le giornate croato-italiane del diritto e della procedura penale.

Gli studi erano volti alla ricerca nell'ambito del diritto penale comparato e della criminalistica. L'Istituto perlopiù si finanziava da fondi propri derivanti dai proventi editoriali e dal modesto patrocinio della Facoltà.

La Biblioteca dell'Istituto fu istituita subito dopo l'inizio delle attività; il primo libro della Biblioteca fu il dizionario croato – italiano/italiano – croato di diritto e procedura penale che costituisce il risultato del lavoro di autori e collaboratori croati ed italiani. L'Istituto ha curato la traduzione della legge penale croata con il testo introduttivo e la traduzione delle disposizioni della Costituzione croata in italiano. Tale traduzione, dal titolo *Il Codice penale croato*, è stata pubblicata nel 1999 dalla casa editrice CEDAM di Padova nella collana *Casi, fonti e studi per il diritto penale*. La legge penale croata è stata, altresì, tradotta in lingua spagnola ed è stata pubblicata in due edizioni nella Biblioteca dell'Istituto, recando il titolo *Ley penal croata* (1999 e 2005). Anche il *Codice di procedura penale* italiano è stato tradotto nel 2002; in particolare, vi hanno collaborato numerosi studiosi, collaboratori e studenti italiani e croati.

I risultati delle ricerche condotte sistematicamente nell'ambito della comparazione della procedura penale nell'arco di molti anni sono stati pubblicati nei volumi *Le altre procedure penali*, Giappichelli, Torino, 2002 e *Transition of Criminal Procedure Systems*, Rijeka, 2004. In entrambi i lavori è illustrato in maniera sistematica ed analitica il processo di transizione del processo penale in tutti i 25 stati europei, dal Germania alla Georgia. Hanno partecipato a detta ricerca 38 studiosi di 23 nazioni.

La traduzione del *Codigo procesal penal modelo para Iberoamerica* in lingua croata ed italiana, che costituisce il risultato del lavoro di collaboratori provenienti dalla Croazia, dall'Argentina e dall'Italia, è stata pubblicata in forma di edizione trilingue nella Biblioteca dell'Istituto nel 2005. Unitamente all'introduzione ed al testo del codice – modello, era offerta anche una panoramica dei sistemi processual-penali nei paesi dell'America latina.

E' degno di nota ricordare la collaborazione dell'Istituto tanto con il settore editoriale del Ministero degli interni, quanto con la casa editrice *Adamić* di Rijeka – nel progetto *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru*.

Nel corso del 2006 nell'Istituto ha visto la luce il programma del corso di studio post-laurea Investigazione criminale che dal 2007 ha iniziato con le lezioni presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università' di Rijeka.

L'Istituto ha ospitato numerosi studiosi ed incontri. Presso l'Istituto è stata, altresì, curata la redazione di disegni di legge (concernenti la lotta all'abuso delle droghe oppiacee e l'ufficio per la lotta alla corruzione ed alla criminalità organizzata). L'Istituto ha anche collaborato con la *Katedra čakavskog sabora* del comune di Mošćenička Draga, in primo luogo con il presidente della stessa, Veseljko Velčić. Il risultato più rilevante di suddetta collaborazione è rappresentato dalla nascita nel 2004 del *Mošćenički zbornik*.

Ringrazio tutti della collaborazione!

Mošćenice, 9 aprile 2008

Prof. Berislav Pavišić

DECENNIUM MOZTANICENSE

Margetić – Degan – Insolera – Quintero Olivares – Giostra – Esser – Simović
– Krapac – Zaitseva – Grozdanić – Jakulin – Kunštek – Csongor – Bele –
Sijerčić-Čolić – Toader – Rosoni – Dežman – Semeraro – Bubalović – Murati

Lujo Margetić

NJEMAČKI RUKOPIS MOŠĆENIČKOG STATUTA IZ 1616

(German manuscript of Moscenice Statute of 1616)

Sažetak

God. 1994. objavio je V. Simoniti u Acta Histriae III, Koper, dosad nepoznati rukopis Mošćeničkog statuta na njemačkom jeziku. Rad je vrlo koristan, ali je Simoniti pri tome nepotpuno ili pogrešno pročitao određeni broj riječi, npr. “nečitka beseda” umjesto ispravno Kster (škopac); sein umjesto ispravno sein Viech. Nadalje, neke je odredbe ispuštao, a neke pogrešno objasnio. S obzirom na veliku važnost teksta Mošćeničkog statuta na njemačkom iz 1616. god. za upoznavanje starijeg društva i prava u Mošćenicama, ponovno se objavljuje cjelokupni rad, nadalje pregled razlika u čitanju Simonitija i autora rada te dodatno ukratko analizira neka važnija pravno-povijesna pitanja, npr. odnos teksta na njemačkom jeziku i teksta na hrvatskome kao i datacija hrvatskoga teksta, koji je sastavljen 1627. god. (a ne 1637. god., kao što tvrdi Simoniti: Ispravan datum utvrdio je 1896. god. Kobler). Proučeno je i pitanje odnosa odredaba stare općinske knjige i njemačkog teksta, koji se objavljuje.

Ključne riječi: Mošćenice – pravna povijest – statuti

Summary

Up to date unknown German manuscript of Moscenice Statute was published 1994 in Acta Historiae, Koper by V. Simoniti. This article is quite useful, however Simoniti has wrongly or incompletely read certain words, e.g. “nečitka beseda” instead of correct word Kster (škopac); sein instead of correct expression sein Viech. Moreover, some provisions are deleted, and some wrongly interpreted. Regarding the utmost importance of German version of 1616 Moscenice Statute for knowledge of society and law of Moscenice in that period, whole article is reprinted with overview of differences between his and authors interpretations. Author additionally briefly analyses certain questions of importance for legal history, e.g. relationship of German and Croatian versions and date of Croatian version which was made 1627 (not 1637 as states Simoniti; Kobler determined correct date in 1896). Author also gives considerations on the relation between provisions of old municipal book and German text which is attached to this publication.

Key words: Mošćenice – Legal history – Statutes

* Redoviti član Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, profesor emeritus, počasni doktor Sveučilišta u Rijeci/Full Member of Croatian Academy of Science and Arts, Emeritus Professor, Doctor Honoris Causa, University of Rijeka.

Prvi dio

U Acta Histriae III, Koper 1994., 97.-112. objavio je V. Simoniti dosad nepoznat rukopis Mošćeničkog statuta na njemačkom jeziku (Statut Mošćenic iz leta 1616) i popratio ga uvodnom studijom (dalje: Simoniti).

Budući da je riječ o jednom od fundamentalnih tekstova za razumijevanje pravne povijesti istočne istarske obale, odlučili smo tekst ponovo izdati. Pri tome smo svaku riječ pisali odvojeno bez obzira na to da li su pojedine riječi u izvorniku pisane zajedno, pisanje velikih i malih slova prilagodili smo pravilima moderne ortografije njemačkog jezika i upotrijebili smo modernu interpunkciju. Tekst je tako postao mnogo "čitkiji".

(Vanjska strana)

Statut dern von Moschtscheniz vom 1483

1 (1r)

(1) *Erstlichen sein die von Moschtscheniz Irer für. durcht. Camer jharlich im paren Gelt zweihundert vier und zwanzig schwarz^a Libernikh zu bezallen schuldig.*

(2) *Die obuermelte Suma sein umb St. Martini Tag Irer Obrigkeit ausszuzellen schuldung.*

(3) *Item, als paldt der Herr Amtman das Gelt empfangen hat, ist er schuldig den Zehendtwein auf die Tafern zu sten^b vnd in dem Werth als die Vnterthanen iren Wein damals v(er)khauffen.*

(4) *Item, so mag ain jeder^c Vnterthan^d ain Vass Wein am bemelten Tag aussrueffen^e vnnnd neben den Zehendtwein ausstaffieren^f lassen.*

(5) *Welcher Vnterthan aber wurde sein Wein nit aussrueffen^e vnd denselben ainschreiben lassen vnd denselben verkhauffen, mag der Zehendt-*

2 (lv)

herr den am Tafern gesezten Vass Zehendtwein demselben vberantwortten vnd sich von ime bezahlt machen.

(1) *Item, so mag der Zehendtherr ain Soldin^g heher den Zehendtwein aussleitgeben lassen.*

(2) *Item, so sein die Vnterthanen im ganzen Refir den^h Zehendtwein inss Cosstelⁱ zu bringen vnnnd zu erlegen schuldig. Der Suppan ist aller Zehend frey.^j*

(3) *Welcher Vnterthan seinem^k Kheller alda in der Stat hat vnd seine Wein aingebracht, ist er sich bei dem Herrn anzumelden^l schuldig so dan der Zehendherr oder seine Ambtleuth sein den Zehendtwein selbst zu hollen schuldig.*

(4) *Item so sein die Vnterthanen in ir. für. durht. ^m Camer den Zehend vom Khüz vnd Lempem zu geben schuldig vnd geibert von 7 biss auf 13 nur ain, wie auch von 4, 5, 6 nur ain halber.*

3 (2r)

(1) Welcher betretten wurde am vnrehten^o Zehendt, mag der Zehendtherr demselben Vnterthan den Zehendt lassen, d(a)ss vbrig alles für die Camer ainziehen.^p

(2) Gleichfalls von allerlaj Sorten Wein vnnd Traidt.

(3) Im 1530isten Jahr Herr Hanss Retschan Verwalter hat statuert^r vnd confermirt dass alle die haimischen Briesster migen im Capitel bleiben.

(4) Im 1533isten ist den 3. Augusti die venedigische Armada vnter Moschtscheniz ankhumen, dieselbige belegert, aber mit Hilff dess Hochsten die Moschtschenizer sich ritterlich erwert, den Obrissen vber die Galleen erschlagen vnnd ain Antzall Venediger auf den Stat bliben. Darum an den selbigen Tagen^s Gott dein^A Allmechtigen vnd vnser lieben Frauen zu ehrn zu einer ebigen Gedachtnuss in disem ganzen Gricht ist ain Fejërtag^t am bemelten Tag statuirt worden.

4 (2v)

(1) Im 1538isten Jahr der edl vnd vesst Herr Hieronimo Seraffin Verwalter hat statuirt^u d(a)ss ain yeder^r negster Befreindt mag aine v(er)khauffte^v Güetter, so er nit anwesig, im Jahr vnd Tag abledige.^z

(2) Im 1505 der edl vnnd^{al} vesst Herr Caspar Andergeth Verwalter nach gnnegsamen^{bl} Beriht^{cl} wie es von den alten gehalten worden wegen des khlein Vieh, Kster,^{dl} Schaff vnd Gaiss zu uerstehen^{el}, wan yedweder in die Arbadj sein Viech^{fl} treibt vnd sich befindet d(a)ss sein Anzall Vieh^{gl} falschlich anzeigt, der ist v(er)fallen 5 Markh vnd d(a)ss ganz Ainkhumen^{hl} desselben Jhar von Khass vnd Schotten, halben Theil ir durht.^m Camer, ½ Theil auf Gmeine, Stat oder Comunitet.

(3) Item des 1507 Jhar in Zeit dess Herrn Verwalters^{il} Thomallo (!)^{lb} ist dises statuirt worden nach Ainziehung von den Eltesten^{ki} gnnegsamen Beriht,^{cl} wie es hieuer gehalten worden bei welchem Vnterthan es sein in oder ausserhalb dess Khosstel durh^{ll} sein Vnflaiss

5 (3r)

ain Feüer^{ml} ausskhumen soll darüber manichsmall^{nl} Glockhenstreich geschehen, der ist v(er)fallen 8 Libernikh vnd so yemandt andere^{ol} ainihen^{pl} Schaden geschiht^{tl} durh^{ll} solche Prunst denselben zu bezallen schuldig.

(1) Im bemelten Jhar wie oben ist durch gemelten Herrn V(er)walter durh^{ll} Grchtlihe^{sl} Erkhandtnuss statuirt worden, welcher im Zorn wider den andern ainihe^{tl} Wehr aussziehen solte, ist verfallen 4 Liber.

(2) Item im 1510 Jhar obbesagter Herr Verwalter Thomallo^{il} neben dem Supan Anthon Rubinitsch haben^{nl} durch Grchtlihe^{vl} Erkhandtnuss statuirt wan^{zl} ainer in den anderen ain Steinwurff thuet vnd falt, ist v(er)fallen 50 Liber, wan er im aber trifft, ist strafmassig^{a2} nur 7 Liber, aber den geschedigten sein erlitnen Schaden sambt auferloffen^{b2} Vncossten zu bezallen schuldig, halben Theil gebiert dem Herrn Hauptman von derselben Peen, ½ Theil dem Supan.^{c2}

(3) Welcher ain Gewalt an freyer⁴² Strassen erweisen wurde, ist v(er)fallen 50 Libernikh.

6 (3v)

(1) Im 1525 Jhar 27 May² ist durh^{ll} dem Supan Iuan Schepitsch vnd die ganze Gmein statuirt worden d(a)ss die Millner vnd Welger sollen denen anhaimbischen vor andern frembden mallen vnd welgen bei Pen 6 Libernikh.

(2) Im Jhar wie oben den 25 Augustj Herr Bernardin Nicolitsch, nach gnnüegsamer² Berichtsainziehung von ruehigen Posses der Guetter, ist statuirt, wan ainer 30 Jhar im ruehigen Posses ist, so ist die ordenlihe⁸² Prescription denen von ir fur. durht. ^{ll} Comissarien aber zu gdigiesten^{h2} wollgefallen.

(3) Im Jhar 1520isten ist statuirt worden in Zeit dess Herrn Caspern Wekharitsch, Verwalters, welcher ainihen¹² Gewalt in der Canzlein¹² oder dem Canzler brauchen wurde, ist v(er)fallen 50 Libernikh.

7 (4r)

(1) Im Jhar 1529 obbesagter Herr Verwalter haben dem Supan vnd Eltesten auferlegt die ordenlihe⁸² Wacht bei Tag vnd Nacht wollzuhalten bei Straff vnd Irer Khay. ^{k2} Mht. hochster Vngnadt.

(2) Item im 1561 ist statuirt worden, welcher ainem Supan oder auss dem Rath yemand, wan sie zu Recht sizen, ainihen¹² Gewalt erweisen wurde, der ist v(er)fallen 50 Libernikh.

(3) Item¹² ist ain alte statuirte Gewonhait von 1500 Jar, wan ainer schuldig ist, mag er ein Pfandt was im gefelt vnd was solcher Pfand ordenlih incantirt, die Frist verstrichen, hernach befinden, d(a)ss nit so viel werth, mag sich der Glaubiger an den Schuldners Guet zalhafft machen wo er will. ¹²

(4) Item, welcher auf die Comunitet ohne Erlaubnuss^{m2} greifen vnd etwass darauf pauen wurde, ist verfallen 8 Liber vnd solch Erdrihⁿ² felt wider auf die Comunitet.

8 (4v)

(1) Im 1490 ist statuirt worden, wan ain Rathsbefreindt den andern iniurirt vnd khan dieselbige Iniurj auf ime^{o2} nit darbringen, derselbige ist verfallen 100 Liber vnd soll in mediate seiner Stell entsezt werden.

(2) Im 1500 Jhar Herr Hans Schibenntschan Verwalter neben dem^{p2} Rath haben statuirth, ^{r2} welcher ainenn Briesster ainenn ehrlihen^{s2} Man oder Weibs⁴² Person iniuriren wurde, vnd khan solche Iniurj nit darbringen, ist verfallen fünf Markh, ^{1/2} Theil der Camer, halben Theil den Supleithen.

(3) Item 1546 in Zeit dess Herrn Verwalters^{u2} Caspern Retschan ist statuirt worden wegen der Vntreü^{v2} zu verstehen, wan ainer etwass in seiner Verahrung^{z2} hat oder ainem Halter Kster^{a3} dass^{b3} Vieh^{gl} zu halten anuertraut, er selbst solches veruntreüt^{s3}, ist v(er)fallen 5 Markh und dess Guets 6 mall so viel.

9 (5r)

(1) Ist ain verpottne^{d3} Gmein von Gottesleihnamsstag^{e3} biss auf St. Andreen Tag, wer darinn betretten mit Viech halt, ist verfallen 16 soldin.

(2) Die Wissmatter vnter Vutschkhaperg werden^{f3} verpotten von vnser Frauen Liehtnestag^{g3} biss^{h3} die Abmatt geschih^{t3}, vnd wer darinen halten wurde beim Tag, ist die Peen bej Tag 3 Liber vnd bej der Nacht 6 Liber.

(3) Wan ainer dem andern in sein Aigenthumb ihtes^{i3c} Schaden thuet, khan v(er)khlagt werden P. 6 Liber.

(4) Item ist noch^{k3} ein andere^{d3} Clag, so er der Obrighkheit allein hombsezt^{m3} (haist wider Willen), die Straff ist 8 Libernikh. ⁿ³

(5) Von den Fleischchahern vnd andern die etwan^{o3} ain vngssundts^{o3} Fleisch verkauffen^{r3} sollen, ist die Straff^{f3} 6 Libernikh.

(6) Wer^{t3} ain vnrechte Wag oder Mass^{s3} gibt, es sein^{v3} vom Traidt, Wein, Fleisch oder was es^{s3} wölle, ist die Peen 8 Liber.

10 (5v)

(1) Wan ainer auf ainen Rathsfreindt sein Handt^{a4} anlegen wurde, ist die Straff 5 Markh, aber auf ain gemeine Person 8 Libernikh. ⁿ³

(2) Wan sich ain Viech in dess andern Arbadi verlauffen oder vngnarlih v(er)mischen solte vnd derselbige v(er)schwaigen vnd veruntreüen^{b4} wurde, ist die(!) 8 Libernikh vnd vmb yedess Hautb 6 mall so viel.

(3) Ist auch ain alte Gewonhait vnd ain Vrtel noch im 1477 Jhar wegen aines Kster^{e4} diebstall ergangen zwischen Pettern Khouatsch vnd dess Maneg Skhalameritsch Shon, ^{d4} welcher ist durh^{kl} d(a)ss^{b3} Griht^{e4} condemnirt worden P. 5 Markh vnd die Wahren 6 fah^{t4} zu restituiren, auch trata di Corda, doh^{g4} auf^{fl} des Griht^{e4} wolgafallen zu straffen oder zu begnaden.

11 (6r)

(1) Item, im obbemelten Jhar ist statuir^t worden ain yedes^{h4} Diebstall so in oder ausser dessⁱ⁴ Castell geschih^t, ^{j4} es sei in Heüsern, Stall oder am Confin wo es wolle, ist die Peen fünf Markh vnd die Wahren 6 fah zu bezallen. Damalss ist Supan gebest Juriza, aber Rihter^{k4} Gerschkho Suschtakhouitsch.

Jurkh^{l4} Notarius scripsi

(2) Item ist im 1552isten statuir^t worden, wan ain Vnterthan von seinen negsten Nachpern^{m4} oder yemand andern bedrangt wierdt vnd d(a)ss er d(a)ss Griht^{e4} auf den Augenschein begen^{n4d} thuet, hat er nit Pargelt, ist er schuldig dass^{t4} Griht^{e4} vmb die Bemuehung mit einem Pfand zu assicuriren.

(3) Ist auch statuir^t worden, wan ainer den Vncossten so auf den Augenschein auferloffen bezalt hat, ist d(a)ss Vrtel nit für ime, mag er hernach woll appellirn.

12 (6v)

(1) Item, welcher^{o4} wurde sich vor^{p4} dem^{r4} Herrn V(er)walter ohne Abschidt so vor denen Supleiten ergangen beschwaren, der ist penfallig^{s4} ohne Gnad aht^{t4} Libernikh.

(2) Im 1466 in Zeit dessⁱ⁴ Supan Wenkho ist nach^{u4} dem alten gesez statuirrt worden, wan ainer dem andern ainess falschen Schwur bezeihen thet vnd khan ime solches nit wormahen, ist verfallen 50 Libernikh, ½ Theil dem Herrn Verwalter, den andern ½ Theil denen Supleiten vnd Comunitet.

(3) Im 1547 ist statuirrt worden durch die Merere Obrigkheit, welcher nachtlicherweil alda zu Moschtscheniz solte v(er)pottne Wahren tragen oder mit Stein^{v4} werffen, ist die Peen 25 Libernikh, ½ Theil nemblih^{z4} 10 der^{a5} Obrigkheit, 10 dem^{b5} Supan, vnd fünf^{f5} dem Anzeiger.

13 (7r)

(1) Im 1552isten Jhar ist mit gemeinen Rath statuirrt worden, d(a)ss alle verkauffte^v Guetter sollen durh^{el} den ordenlihen Cantaberueff geschehen, widerigenfallss sollen khein Crafft^{d5} haben, allein^{e5} sollen die Canta 3 Suntag nachainander geschehen.

(2) Eodem Anno vr supra wegen der Meerporten ist statuirrt worden, welcher frembde Wahren daselbst angreifen oder verkhauffen wurde, ist die Peen 50 Libernikh, ½ Theill ir drht. Camer, 2/2 Theil aber auß^{f5} die Comunitet.

(3) Im 1501 in^{s5} Zeit Herrn Grauen Hansen von Thurn, Hauptman zu St. Veith am Pflaumb, ist statuirrt, wan ainer auss dem Rath ainihe^{t2} Haimblichkhait offenbaren wurde, derselbige sambt seinen Erben solle derselben Steel in Ewighheit entsetzt werden.

(4) Im gemelten Jahr sein die obuermelte Peenfall ordenlich publicirt vnd eingeschriben worden.

14 (7v)

(1) Item, so ist statuirrt worden wegen der Fleischakher dass obgleichwoll^{h5} an Vnordnung gehalten worden, d(a)ss manchmall der Herr Hauptman oder sein Verwalter, Herr Pfarer, die wirdige Briesterschafft, Supleith vnd Eltesten vmb ir Pargelt vor andern yeder seinen V(er)migen nach nict^{t5} gehaben mügen, ^{j5} d(a)ss von nun hinfüro^{k5} dieselbigen sollen vor andern respectirt worden vnd nach dem Vermügen betheilt vnd wan etwas leihfertigt^{l5} Personen solten destwegen^{m5} ain Vorgrif haben, ist yeder verfallen 2 Libernikh.

(2) Mer ist statuirthⁿ⁵ worden, wan ainer ainen ehrlihen^{o5} Man beim Part angreifen solln auss^{p5} Zorn oder Frauelkht, ^{r5} ist die Peen 5 Markh.

15 (8r)

(1) Item ist von Alters hero vermüg der khayserlihen^{s5} Rechten^{t5} gesezt vnd statuirrt wan ainer auss Frauentkhweissⁿ⁵ den andern umbss Leben bringt, solle mit gleichen^{r5} Recht von Leben zum Todt verurtheilt worden.

(2) Was aber andere furfallende hochwichtige Mallefiz – vnd Criminall – Sachen anbelangt, die nit in disem Statut begriffen, dieselbige sollen alle nach Irer Khajj.^{z5} Mht. peiniher Halsgerichtsordnung^{a6} nach condemnirt vnd bestrafft werden.

16 (8v)

(1) Im 1601 Jahr den lesten Tag Nouembriss am St. Andreass ist die venedigische Armada mit ein Anzall Galleen vnd armirten Schiffen nachtlicherweill vnter Moschtscheniz ankumen vnd haimblicherweiss vberfallen, aber mit Hilf dess Allmehtigen^{b6} die Moschtschenizer^{c6} zusammen sich geretet, mit dem Feindt von Miternacht^{d6} an biss auf den halben Tag gscharmizelt, derselben vill^{e6} vmbgebraht^{d6} an biss auf den halben Tag gscharmizelt, derselben vill^{e6} vmbgebraht,^{f6} dem Feind auss der^{g6} Vesstung geschlagen, 6 Lattern bekhumen vnd den Sig ritterlih^{h6} erhalten.

(2) Im 1612 Monats Augustj am Tag der Enthauptung Johaniss Babtiste ist abermall die venedigische Armada vberfallen die Vesstung Moschtscheniz, aber die Moschtschenizer ir Ankhunft zeitlihenⁱ⁶ v(er)merkht vnnd sich mit werhrhafter Hand in der Bereitschaft gehalten, dem Feind tapffer ritterlih^{h6} vberwunden, weggenschlagen vnd vil vmbbraht.^{j6} Gott der^{j6} Allmehteg^{k6} wolle disem armen Flekken sein gottliche Gnad v(er)leihen^{l6} d(a)ss sie sich jeder^c Zeit Treü, erlih^{m6} vnd ritterlih^{h6} verhalten vnndⁿ⁶ vnter dem Schuz dess hochloblichen Haus von Osstereih^{o6} bleiben, Damalss sein 8 Latern erobert, ain Hamer^{p6} so 12 Personen darmit aufs Thor anlauffen bei 220 tt schwae.

(Zaključna strana)

10. Martj^{r6} Ano 1616. Fryheiten N. des Comaun zu Moscheniz bey Fiume Die N. O. Regh. solle diese^{s6} Statuta mit Vleiss erwegen vnd darüber^{t6} Iernⁿ⁶ fur. dur. Ieren^{v6} Beriht^{e1} vnd rättlihes^{z6} Guettachten herauf geben. Decr. per ser.-m Archid. den 4 Martj^{r6} 1610. Wilhalbmtj ... rich (?)^{a7}

Dem Herrn Landtsverwalter vnnd Landtsvicedomb. in Crain vmb Ihren frderlihen^{b7} Beriht^{e1} vnndⁿ⁶ rathlihes^{z6} Guetahten einzuschliessen. 11. Martj^{r6} 1616.

Carl Khuglman dpp.^c

Drugi dio: čitanje Simonitija

a	schwanz	t1	ainiche
b	steen	u1	halben
c	yeder	v1	G(e)rechtiche
d	Vnterthanen	z1	von
e	ausrueffen	a2	Strafen ussing
f	anstafferien	b2	auferlauffnen
g	So die	c2	Sunpan
h	dem	d2	freyer
i	Casstel	e2	May
j	frey	f2	genueg samer
k	seinen	g2	ordenliche
l	zumelden	h2	gdigisten
m	durcht	i2	ainichen
n	khuz	j2	Cancelei
o	Vnrechten	k2	Khay:
p	ainzichen	l2	om.
r	Statuiret	m2	Erlaubniss
s	tag	n2	Erdrich (?)
t	feyertag	o2	ins
u	Statuirt	p2	denn
v	Verkhauffe	r2	Statuirt
z	abledig	s2	Ehrlichen
a1	vnd	t2	weib(liche)n
b1	gennegsamen	u2	Verwalter
c1	bericht	v2	Vntreu
d1	<i>(nečitljiva beseda)</i>	z2	Verwaltung
e1	zuversehen	a3	<i>(beseda nečitljiva)</i>
f1	om.	b3	das
g1	Viech	c3	ver entreut
h1	ainkhums	d3	Verpottns
i1	Verwalter	e3	Gottes leichnamstag
j1	Thomasso	f3	worden
k1	Edlesten	g3	liechtnestag
l1	durch	h3	bis
m1	feuer	i3	geschnicht
n1	manchsmall	j3	ichtes
o1	andre	k3	nach
p1	ainicher	l3	andre
r1	gesch(ich)t	m3	heimsezt
s1	Ger(i)chtliche	n3	libernikh

o3	etwa	m5	destwgwn
p3	vng(e)spendts	n5	Statuirt
r3	verkaufen	o5	Ehrlichen
s3	Straf	p5	aus
t3	Der (?)	r5	frauelkhait
u3	a(n)dermass	s5	Khayserlichen
v3	sei	t5	Rechten
z3	om.	u5	frauentkh(ait)wo(?)
a4	hant	v5	gleichen
b4	verentrenen	z5	Khay
c4	Rauber (?)	a6	halss gerichts Ordnung
d4	Schon	b6	Almechtigen
e4	Gericht	c6	Motschtschenizer
f4	fach	d6	Miternacht
g4	om.	e6	vil
h4	yedes	f6	umgebracht
i4	des	g6	auss
j4	geschichte	h6	ritterlich
k4	RichterOrdnung	i6	Zeitlichen
l4	<i>(nečitljiva beseda)</i>	j6	die
m4	Nachp(ar)n	k6	Allmechtig
n4	begern	l6	verleichen
o4	welicher	m6	erlich
p4	von	n6	vnd
r4	om.	o6	Osstereich
s4	penfallig	p6	Hamer
t4	acht	r6	Marty
u4	om.	s6	dies
v4	Stein	t6	darüber
z4	Nemblich	u6	Irer
a5	de	v6	Iern
b5	den	z6	rattlicher
c5	funf	a7	mt. mpp.
d5	Craft.	b7	fürderlichen
e5	alls	c7	mpp
f5	om.		
g5	In der		
h5	obgleichwol		
i5	nit		
j5	mugen		
k5	hinfiro		
l5	leichtfertige		

Ispravke pisarevih pogrješaka

A	den
B	Thomasso
C	echtes (?)
D	begern

Treći dio

Nekoliko primjedbi na izdanje teksta po Simonitiju:¹

1. Simoniti čita drugu odredbu na drugoj stranici (=2-2):

Item so mag der Zehentherr ein So die heher den Zehendwein aussleitgeben lassen.

Ovako pročitana rečenica ne daje neki prihvatljivi smisao. Uvidom u izvorni tekst utvrdili smo da umjesto "So die" treba čitati "Soldin". Time rečenica gramatički i po smislu postaje jasnom. Odredbu treba povezati s prethodnom. Naime, ako obvezanik na nuđenje na prodaju jednoga vedra vlastitog vina to ne učini, ovlaštenik na desetinu (der Zehentherr) može mu propustiti desetinsko vino koje nudi na prodaju s time da ga (tj. desetinsko vino) može dati naplatiti za jedan soldin skuplje od najskupljeg vina koje drugi obveznici nude na prodaju.

2. Simoniti u odredbi 4-2² donosi odredbu iz 1505. god. o starom pravnom običaju "wegen des khlein Vieh (nečitka beseda), Schaff vnd Gaiss zuversehen, wan yedweder in die Arbdaj sein treibt vdn sich befindt d(a)ss sein Anzall Viech falschlich anzeigt itd."

Treba ispraviti

- (nečitka beseda) u "Kster", tj. škopac,
- "sein" u "sein Viech",
- "Viech" u "Vieh".

Riječ je o davanju neistinitog podatka o broju sitne stoke (tj. o premalom broju) koja se dovodi u zabran.

3. U odredbi 5-2³ iz 1510. god., po kojoj se optuženoga za bacanje kamena na nekog kažnjava s 50 libara ako promaši, a ako pogodi, samo sa 7 libara i naknadom svih troškova.

Simoniti čita: "ist Strafen ussing". Ispravno je "ist strafmassig". Odredba je neobična i zaslužuje detaljniju analizu, i to usporedbom s odgovarajućim tekstom riječkoga rukopisa Moščeničkog zakona. Naime, prema riječkom tekstu kazna za onoga koji se kamenom nabaci i pogodi (!), kažnjava se s 50 libara. Naprotiv, po ljubljanskom tekstu kazna od 50 libara stiže onoga koji ne pogodi (!) dok je ona mnogo blaža za slučaj da počinitelj pogodi žrtvu. Nije jasno kako je došlo do tako bitne razlike i do stanovite nelogičnosti. Po našem mišljenju riječki tekst daje vjeran prijepis iz općinske knjige (barem po svom sadržaju), a ljubljanski tekst uzima u

¹ Usp. L. Margetić, O novopronađenom rukopisu Moščeničkog statuta, *Annales*, 6, 1995., Koper, 215-218.

² Simoniti, 107.

³ N. dj., 107-108.

obzir i dodatnu odredbu kojom se ublažava kazna za onoga koji pogodi žrtvu. Ta je dodatna odredba, smatramo, bila upisana izvan “redovite” općinske knjige u tzv. ekstravagantima, tj. odredbama koje se nisu nalazile u općinskoj knjizi, već na slobodnim listovima. Riječki tekst nije uzeo u obzir ekstravagante.

4. Simoniti čita odredbu 9-6 ovako:

Der (?) ain vnrechte Wag a(n)dermass gibt, es sein vom Traidt, Wien oder was wollte, ist die Peen 8 liber.⁴ Ispravno je “oder Mass”, a ne “a(n)dermass, a nakon “was” treba dodati još i “es”. Umjesto “Der (?)” mi čitamo Wer”. “Sei” je doduše po smislu i gramatički točnije, ali u rukopisu stoji “sein”.

Odredba je jasna, osobito ako se uzme u obzir prvonavedeni ispravak. Naime, odredba zabranjuje uporabu nepoštene vage ili druge mjere.

5. U odredbi 10-3⁵ Simoniti čita “Rauber(?) diebstall”. Ispravno čitanje je “Kster diebstall”, tj. nije riječ o razbojničkoj krađi, već o krađi sitne stoke. Ostala pogrješna čitanja nisu odlučujuća za ispravno razumijevanje teksta.

“Schon”(?) umjesto “Shon” (tj. sin),

“d(a)s” umjesto “d(a)ss”,

“Gericht” na dva mjesta umjesto “Griht”,

“fach” umjesto “fah”,

“doch” umjesto “doh”,

“durch” umjesto “auf”.

6. Simoniti ispušta odredbu 3 na str. 7. Zbog toga je dajemo ovdje u cijelosti:

Item ist ain alte statuirte Gewonhait von 1500 Jar, wan ainer schuldig ist, mag er ein Pfandt was im gefelt vnd wan solcher Pfand ordenlih incantirt, die Frist verstrichen, hernach befinden, d(a)ss nit so viel werth, mag sich der Glaubiger an den Schuldners Guet zalhafft machen wo er will.

Odredba je jasna: ako se vjerovnik ne može namiriti iz zaloga zbog nesrazmjera njegove vrijednosti u odnosu na potraživanje, on se može naknadno namiriti iz bilo kojega dijela dužnikove imovine. Pravno-povijesna odredba je od vrlo velikog interesa jer se iz nje nazire ranije shvaćanje po kojem su dugovanje i zalog bili neraskidivo povezani. U to pitanje ovdje ne možemo ulaziti.

⁴ Na i. mj.

⁵ N. dj., 108.

Zaključak

1. Smatramo da nije točna Simonitijeva tvrdnja da je Statut općine Mošćenice koji je redigiran 1627. godine potvrđen 1637.⁶ Naime, sam Simoniti navodi da je Statut odobrio kapetan Francesco Knežić (“potpisal, pritverdil i konfirmal”) i to 1637. god.⁷ Istina je doduše da u naslovu teksta stoji “Leto gospodinovo 1637.”, ali to je samo naslov dijela teksta, prepisanog te godine. Taj prijepis nije sačuvan. Sačuvan je samo prijepis iz 18. stoljeća.⁸ Istina je, da je nakon zaključne klauzule Stanislava Negovetića doidan datum “Dan 7. Augusta 1637”;⁹ ali taj se datum nedvojbeno odnosi na iduću odredbu, a ne na prethodni tekst. To je ispravno uočio još Kobler,¹⁰ a kasnije Kadlec,¹¹ a od novijih Šepić.¹² Ukratko, 1637. god. došlo je samo do prijepisa statuta, redigiranog 1627., a ne i do njegove potvrde.

2. Simoniti¹³ navodi da su 1661. god. općine Kastavske gosposštije plaćale ova skupa općinska podavanja: Kastav 200 maraka, a Veprinac i Mošćenice po 125. Međutim, nije riječ o obvezi u markama, obveza tih općina bila je mnogo niža. U marku je ulazilo 8 libara, a u rajnski floren 4,5 libre.

3. Već smo spomenuli da je Simoniti razmatrao dvije mogućnosti odnosa njemačkog prijevoda iz 1616. god. i redakcije iz 1627. Mislimo da odnos treba ponešto drukčije postaviti. Naime, i jedan i drugi statut preuzeli su svoje odredbe iz zapisa u općinskoj knjizi, dakle, podloga je ista. Ali, oba su sastavljачa pri tome postupala samostalno, tj. nisu se smatrali obvezanim da doslovce prepisu pojedinu odredbu, već samo njezin osnovni sadržaj. Evo samo dva primjera.

U odredbi 9-1 njemačkog teksta piše:

Ist ain verpottne (Simoniti Verpottns) Gmein von Gottesleihnnamstag (Simoniti: Gottesleihnnamstag) biss auf St. Andreeb Tag wer darinn betretten mit Viech halt, ist verfallen 16 soldin.¹⁴

Odgovarajući tekst u riječkom tekstu glasi:

⁶ N. dj., 104.

⁷ N. dj., 126.

⁸ Đ. Milović, Mošćenički statut iz 1637. god., Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 23, 1975., 116.

⁹ N. dj., 126.

¹⁰ G. Kobler, *Memorie per la storia della liburnica città di Fiume*, Fiume, 1896., I, 128.

¹¹ K. Kadlec, Mošćenický statut. Příspěvek seznámé právních rádu chrovarske obce v Istrii ve stol. XV. XVIII., *Rozpravy České akademie císaře Framtoška Josefa pro vědy, slovesnost a umění*, Tržda O. Číslo 53, Prag, 1914., 14-16.

¹² A. Šepić, *Zakon Mošćenic*, Rad JAZU, 1957., 242.

¹³ Simoniti, 106, bilj. 40.

¹⁴ N. dj., 109.

(...) ako bi ki va prepovede od pasišč, ke su prepovedane, pasal, za svaku voltu plaća soldini 16 (...).¹⁵

Odredba je nesumnjivo ista, samo što se u njemačkom tekstu težište polaže na vrijeme, u koje je zabranjeno ulaziti na pašnjake, a u hrvatskom tekstu toga nema, već je dodano “za svaku voltu”.

U odredbi 5-1 njemačkog teksta stoji:

Im bemelten Jhar wie oben durch gemelten Herrn V(er)walter durh grichtliche (Simoniti: durch Ger(i)chtliche) Erkhandtnuss statuiert worden, welcher im Zorn wider den andern ainie (Simoniti: ainiche) Wehr ausziehen solte, ist verfallen 4 Liber.¹⁶

Hrvatski tekst:

Isto tako su našli, ako bi ki stegnul ale dal ruku na kakovo oružje, na koga si budi drago, pada penu L. 4.¹⁷

I ovdje možemo utvrditi priličnu slobodu odabiranja podataka iz općinske knjige. Njemački tekst daje obavijest da je odredba donesena nakon sudske rasprave, i to u nazočnosti upravitelja. S druge strane, uvjereni smo da je tek sastavljač njemačkog teksta dodao “im Zorn” i time naglasio da se kažnjava samo ono potezanje oružja, koje je učinjeno “u ljutnji”, dakle s jasno izraženim subjektivnim elementom. Sastavljač njemačkog teksta bio je, čini se, dobro upoznat s pravnom problematikom – ali to ne znači da je on time uveo u odredbu nešto novo, nešto “modernije” u odnosu na “primitivnije” shvaćanje po kojem se kažnjava samo objektivni element kažnjivog djela. Naime, i hrvatski tekst pretpostavlja postojanje subjektivnog elementa već time što inzistira na agresivnosti ponašanja utvrđujući da se kažnjava samo ono potezanje oružja koje je upereno “na kega si budi drago”.

Kadlec¹⁸ pogrešno misli da se ovdje kažnjava “pokušaj”. Riječ je ne o pokušaju napada, koji nije uspio, već o stvaranju opasne situacije. Kažnjava se opasna situacija stvorena agresivnim ponašanjem.

Ukratko, smatramo da su oba teksta – i njemački i hrvatski – imala kao podlogu istu općinsku knjigu, koju se oba prenijela u statut, ali sa stanovitim slobodnim odabirom pri iznošenju pojedinih elemenata. U nekim drugim slučajevima ta je sloboda još jače došla do izražaja.

4. Zadržali bismo se na još jednome važnom momentu. Naime, po mišljenju Simonitija¹⁹ ljubljanski tekst su dali sastaviti sami Moščeničani u želji da sačuvaju svoje stare pravne običaje. Čini nam se da podrobnija analiza usporedbe sadržaja ljubljanskog i riječkog teksta upućuje na drukčije tumačenje.

¹⁵ Milović, 120.

¹⁶ Simoniti, 108.

¹⁷ Milović, 212.

¹⁸ Kadlec, 29.

¹⁹ Simoniti, 102.

Naime, zapaža se da u ljubljanskom tekstu nema nekih odredaba, koje su pribilježene u riječkome i obratno, ljubljanski tekst donosi neke odredbe kojih nema u riječkome. Osobito je poučno razmotriti koje su odredbe ispuštene iz ljubljanskog teksta:

- sađenje stabala na vlastitom posjedu,²⁰
- postavljanje međašnih znakova (“čavli”),²¹
- sječa oko staja,²²
- otuđivanje imovine po djetetu u vlasti,²³
- svetkovanje općinskog blagdana sv. Petra,²⁴
- upis oporuke u općinsku knjigu,²⁵
- postupak s tuđim životinjama koje su ušle u vinograd.²⁶

Nije potrebno nastaviti s nabranjem odredaba koje nisu ušle u njemački tekst jer je već i iz iznesenog vidljivo da je sastavljač ljubljanskog teksta svjesno i namjerno ispustio one odredbe koje se tiču unutrašnjih odnosa u općini. Zašto je to on učinio? Očito zato što ga ti odnosi nisu zanimali. Iz toga slijedi da je sastavljač njemačkog teksta dobio zadatak od založnog vlasnika Kastavske gospoštije, Baltazara Thonhausena, koji ju je 1610. kupio i koji je bio uvelike zainteresiran u tome da utvrdi svoja prava prema općinama te gospoštije kao i obveze općinara prema nadređenoj vlasti i prema založnom vlasniku. Dakako da se ne radi o posve novom tekstu i da se nedvojbeno sastavljač teksta dobrim dijelom koristio nekim prethodnim tekstom za uvodni dio, tj. za urbarijalne obveze općinara tekstem iz 1483. god., sastavljanim uskoro nakon što je 1466. god. Kastavština prešla u vlasništvo Habsburga.²⁷ Oni su je već 1478. god. dali u zakup Nikoli Raubaru, a 1482. njegovom bratu Gašparu.²⁸ Njemački tekst govori u odredbi 1-1²⁹ i 2-4³⁰ o državnoj Komori, dok u odredbama 1-5, 2-1, 2-3 i 3-1 spominje Zehendtherra. Uopće, iz uvodnih odredba njemačkog teksta nedvojbeno proizlazi da je on sastavljen sa stajališta nadređene vlasti, npr. 1.1:

Erstlichen sein da von Moschtscheniz (...) schuldig.

²⁰ Milović, 121.

²¹ Na i. mj.

²² Na i. mj.

²³ N. dj., 123.

²⁴ Na i. mj.

²⁵ N. dj., 123.

²⁶ Na i. mj.

²⁷ D. Munić, *Kastav u srednjem vijeku*, Rijeka, 1986., 61-63.

²⁸ J. Žontar, *Kastavščina in njeni statuti do konca 16. stoletja*, Zbornik znanstvenih razprav, XX letnik 1945-1946, Ljubljana, 1946., 167.

²⁹ Simoniti, 106.

³⁰ N. dj., 107.

Taj se način izražavanja duboko razlikuje od način uporabljenog u uvodnom dijelu hrvatskoga teksta, npr.:

“Najpervo smo dužni cesarovoj svetlosti itd.³¹

i još

Najpervo smo slobodni mi kmeti” itd.³²

Mislimo da nema ni najmanje dvojbe u to da je hrvatski tekst sastavljen 1627. god. zapisan sa stajališta općine i općinara. Za uvodni dio to je jasno po stilizaciji (“mi”), a za nastavak smo upravo utvrdili da sadrži veći broj odredaba koje su važne za međusobne odnose unutar općine.

Naprotiv, i uvodni dio njemačkog teksta (“dužni su”) i nepreuzimanje onih odredaba u nastavku teksta koje se ne odnose na odnose nadređene vlasti i općinara dokazuju da je on sastavljen zbog interesa te nadređene vlasti.³³

Ovih nekoliko primjedba na inače vrlo koristan rad Simonitija napisano je u želji da se o pitanjima koja otvara njegova objava Mošćeničkog statuta otvori plodna diskusija. Od Simonitija očekujemo daljnje korisne radove, koji će obogatiti istarsku historiografiju.³⁴ Sa svoje strane pripremamo opsežniji rad koji će uzeti u obzir analizu međusobnih odnosa svih triju tekstova Mošćeničkog statuta.

³¹ Milović, 116.

³² Milović, 117.

³³ Narod je nazivao taj statut “zakonom”. Usp. L. Margetić, “Zakon grada Kastva iz 1400.,” Radovi Zavoda za povjesne znanosti HAZU u Zadru, 16, Zadar, 1994., 284-286.

³⁴ Autor i ovom prigodom izražava svoju zahvalnost Arhivu Republike Slovenije na pruženoj pomoći.

Vladimir-Đuro Degan*

DUALITET MEĐUNARODNE ODGOVORNOSTI DRŽAVE I POJEDINCA ZA ZLOČIN GENOCIDA – PITANJE TERETA DOKAZIVANJA

(Duality of International Responsibility of States and Individuals
for the Crime of Genocide – the question of burden proof)

Sažetak

Raspravlja se o korelaciji između pravila međunarodnoga prava koja se odnose na odgovornost država za međunarodno protupravna djela i pravila o kaznenoj odgovornosti pojedinaca izvršitelja istih međunarodnih zločina. U središtu se pozornosti ove rasprave problemi toga dualiteta glede zločina genocida s kojima se napose suočio Međunarodni sud u Haagu u presudi iz 2007. godine, a u povodu tužbe Bosne i Hercegovine protiv Srbije i Crne Gore.

Ključne riječi: odgovornost države – kaznena odgovornost – zločini međunarodni – genocid – *dolus specialis* – agresija – etničko čišćenje

Summary

Article represents debate on the correlation between rules on state liability for breaches of international law and rules on criminal responsibility of individuals for same acts. Focus of the debate considers problems of this duality regarding the crime of genocide with which International Court of Justice was faced while rendering the 2007 judgment in proceedings on the claim of Bosnia and Herzegovina against Serbia and Montenegro.

Key words: responsibility of States – criminal responsibility – international crime – genocide – *dolus specialis* – aggression – ethnic cleansing

1. Postavljanje problema

Dualitet međunarodne odgovornosti države i pojedinca u odnosu na međunarodne zločine općenito ispoljio se već u presudi Međunarodnoga vojnog tribunala u Nürnbergu izrečenoj u 1946. godini. Naime jedan od argumenata obrane optuženika

* Član Instituta za međunarodno pravo, profesor emeritus Sveučilišta u Rijeci/Full Member of the Institute of International Law, Emeritus Professor, University of Rijeka.

bio je da se “međunarodno pravo odnosi na akcije suverenih država i da ono ne predviđa kažnjavanje pojedinaca; te... kada je u pitanju neki akt države, oni koji ga provode nisu osobno odgovorni jer su zaštićeni doktrinom suverenosti države”.¹

Iako taj argument nije bio bez osnove u tadašnjem pozitivnom međunarodnom pravu, Tribunal ga je odbacio kasnije često citiranim navodom: “Zločine protiv međunarodnoga prava vrše ljudi a ne apstraktne jedinice, i samo kažnjavanjem pojedinaca koji vrše takve zločine mogu se provesti odredbe međunarodnoga prava”.²

Taj tvrdi zaključak mogao bi se protumačiti na način da bi kaznena odgovornost pojedinaca počinitelja mogla u najvećoj mjeri supstituirati odgovornost njihove države, makar kada su u pitanju općenito priznati međunarodni zločini.³

I zaista, strogo razdvajanje međunarodne kaznene odgovornosti pojedinca od odgovornosti države počiniteljice (koja nije kaznene naravi), našlo je odraza u međunarodnim kodifikacijskim instrumentima iz najnovijega vremena.

Tako Rimski statut stalnoga Međunarodnog kaznenog suda iz 1998., u stavku 4. članka 25., izričito predviđa: “Niti jedna odredba ovoga Statuta koja se odnosi na osobnu kaznenu odgovornost ne utječe na odgovornost država prema međunarodnom pravu”.

U naporima za kodifikacijom pravila o odgovornosti država za međunarodno protupravna djela Komisija za međunarodno pravo prošla je kroz zanimljiv razvoj. Na prijedlog njezina negdašnjeg izvjestitelja, poznatoga međunarodnog pravika iz Italije Roberta Agoa, Komisija je još u 1976. godini usvojila podjelu svih međunarodno protupravnih djela država na međunarodne zločine i na (obične) međunarodne delikte. Stavak 2. članka 19. toga nacрта predviđao je opću definiciju međunarodnih zločina, inspirirajući se pri tome iskazom Međunarodnoga suda iz presude Barcelona Traction iz 1970. godine. Taj je propis glasio: “Međunarodni zločin čini međunarodno protupravno djelo koje proizlazi iz povrede od strane neke države međunarodne obveze koja je toliko bitna za zaštitu temeljnih interesa međunarodne zajednice da je njezina povreda priznata zločinom od te zajednice u njezinoj cjelini”.

Mora se, dakle, raditi o povredi takve obveze koja je s jedne strane bitna za interese međunarodne zajednice u cjelini i da je, također, čitava ta zajednica priznala

¹ Vidi tekst presude objavljen u *American Journal of International Law* 1947, str. 220.

² “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”. *Ibid.*, str. 221.

³ Vidi pobliže o pojmu međunarodnih zločina (*crimina juris gentium*) u odnosu na ostala međunarodna kaznena djela (*delicta juris gentium*), V.Đ. Degan – B. Pavišić: *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka, 2005., str. 181-190.

takvu povredu međunarodnim zločinom. Prema stavku 4. članka 19. sva druga međunarodno protupravna djela čine (obične) "međunarodne delikte".⁴

Sve do 2001. godine smatralo se gornju podjelu dijelom općega običajnog međunarodnog prava koju gotovo nitko nije dovodio u pitanje. Obrat je nastupio usvajanjem u Komisiji za međunarodno pravo konačnoga teksta Pravilâ o odgovornosti država. Pod izgovorom da odgovornost država nije kaznene naravi, ali pod utjecajem nekih velesila koje teže unilateralizmu, u konačnom tekstu tih Pravilâ briše se gornja distinkcija iz članka 19., kao i bilo kakav spomen na međunarodne zločine. Pravila o pravima "povrijeđenih država" i o obvezama svih drugih država u slučaju počinjenja međunarodnoga zločina zamijenjena su s novim manje jasnim odredbama o "teškim kršenjima obveza koje proizlaze iz imperativnih normi općega međunarodnog prava" (članci 40.-41.).

Tako je i članak 58. u konačnom tekstu tih Pravila druga strana medalje gore citiranoga članka 25. Rimskoga statuta: "Ovi članci ne diraju u bilo koje pitanje osobne odgovornosti svake osobe koja djeluje za račun neke države prema međunarodnom pravu."⁵

Gornje dalekosežne izmjene usvojene su u Komisiji 9. kolovoza 2001. godine, dakle nešto više od mjesec dana uoči tragičnih događaja od 11. rujna iste godine u New Yorku, Washingtonu D.C. i u Pensilvaniji. Bezočni teroristički napadi Al Qaide doveli su do afirmacije nekih aspekata kaznene odgovornosti države koja pomaže transnacionalne terorističke skupine u poduzimanju terorističkih čina u nekoj stranoj zemlji.⁶ Sjedinjene Države i Britanija potom su poduzele oružanu akciju u kojoj su srušile režim Talibana u Afganistanu koji je pružao gostoprimstvo Al Qaidi, pozivajući se na prirodno pravo individualne ili kolektivne samoobrane iz Povelje UN.

⁴ Navod Međunarodnoga suda iz spomenute presude Barcelona Traction, koji izrijeком ne spominje "međunarodne zločine", glasi: "...Treba povući bitnu razliku između obveza država prema međunarodnoj zajednici u njezinoj cjelini i onih koje nastaju prema nekoj drugoj državi u okviru diplomatske zaštite. One prve odnose se po njihovoj naravi na sve države. S obzirom na važnost prava o kojima se radi, to su obveze erga omnes." Cf., I.C.J. Reports 1970, str. 33, paras 33, 34. Dakle, međunarodni zločini, osim obveze države počiniteljice na ispravljanje, stvaraju obvezu erga omnes i za sve treće države glede njihova sprječavanja i suzbijanja.

⁵ Opća je skupština UN-a rezolucijom od 12. prosinca iste godine primila na znanje ta konačna Pravila Komisije i preporučila ih je pozornosti vlada, ali uz ogradu da je to bez utjecaja na pitanje njihova budućeg usvajanja ili druge prikladne akcije. Ali ćemo dalje vidjeti da se Međunarodni sud u presudi o genocidu iz 2007. općenito pozivao na ta Pravila kao na iskaze općega običajnog prava na snazi. Naime, uz pravo ugovora, odgovornost država je najvažniji dio međunarodnoga prava koji ga čini pravnom disciplinom. Stoga, u nedostatku konvencije o kodifikaciji te oblasti, taj instrument ima mnogo veću važnost od doktrinarnoga iskaza pravilâ u pitanju.

⁶ Vijeće sigurnosti UN usvojilo je već 28. rujna iste godine dalekosežnu pravno obvezujuću rezoluciju 1373 (2001) o mjerama protiv međunarodnoga terorizma, a napose protiv financiranja terorističkih čina.

Ali čak da nije bilo toga razvoja glede zločina terorizma, kada su u pitanju isti međunarodni zločini pogrešno je kineskim zidom u svim aspektima odjeljivati odgovornost države i osobnu kaznenu odgovornost pojedinaca. Neki od njih, poput genocida i zločina protiv humanitarnoga prava, zabranjeni su općim konvencijama koje, uz njihovu definiciju, predviđaju oba oblika odgovornosti.

Pisac ovih redaka zastupao je i prije 2001. godine gledište da se te dvije vrste odgovornost ne mogu mehanički razdvajati.⁷ Potrebno je savjesno razmotriti njihove zajedničke osnove, ali i bitne razlike. Međunarodni sud u presudi od 26. veljače 2007. godine u parnici Bosne i Hercegovine protiv Srbije nije mogao izbjeći kompleksnost toga odnosa. Ali se Sud suočio s nekim drugim problemima koje ni ovaj pisac nije mogao unaprijed sagledati.

2. Određenje genocida u odnosu na druge međunarodne zločine

Predmet ove rasprave jest najodvratniji od svih, zločin genocida. Upravo zbog njegovih stravičnih posljedica po sve njegove nedužne žrtve, ali time i po čitavo čovječanstvo, ogroman broj država svijeta postao je strankama Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, usvojene u Općoj skupštini UN-a 9. prosinca 1948. godine.

U preambuli i u članku 1., ta Konvencija izrijeком naglašava da je genocid zločin prema međunarodnom pravu bez obzira da li je izvršen u vrijeme mira ili u vrijeme rata. U člancima 1. do 3. podrazumijeva se međunarodna odgovornost države za počinjenje toga zločina, a članci 4. do 7. imaju u vidu kaznenu odgovornost osoba koje su ga počinile.

Najbitnije su odredbe koje definiraju sam taj međunarodni zločin. Članak 2. predviđa: "U ovoj Konvenciji genocid znači bilo koje od sljedećih djela počinjeno s namjerom da se u cijelosti ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina (kurziv naš): (a) ubojstvo pripadnika skupine; (b) nanošenje teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima skupine; (c) namjerno nametanje skupini takvih životnih uvjeta kojima je cilj njezino potpuno ili djelomično uništenje; (d) nametanje mjera s namjerom sprječavanja porođaja u okviru skupine; (e) prisilno premještanje djece iz skupine u neku drugu skupinu"⁸

⁷ Radi se o raspravi – "Responsibility of States and Individuals for International Crimes", International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li Haopei, Edited by Sienho Yee and Wang Tieya, London, 2001., str. 202-223. U raspravi – "On International Crimes and on International Criminal Justice", Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz, Napoli, 2004., II, str. 703-728, on se kritički osvrnuo na rješenja usvojena u Komisiji u 2001. godini.

⁸ U biti na isti način genocid je definiran i u članku 156. hrvatskoga Kaznenog zakona usvojenog u 1997. godini. Vidi iscrpan komentar toga propisa Degan – Pavišić, str. 230-233.

Članak 3. nadalje predviđa: “Kažnjiva su ova djela: (a) genocid; (b) urota kojoj je cilj genocid; (c) izravno i javno poticanje na genocid; (d) pokušaj počinjenja genocida; (e) sudioništvo u genocidu.”

U istomu tekstu, kao i u gornjim člancima 2. i 3. te Konvencije, genocid je kasnije definiran u članku 4. Statuta Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju usvojenoga 1993. godine, te u članku 2. Statuta Tribunala za Ruandu iz 1994. godine. I napokon, članak 6. Rimskoga statuta stalnoga Međunarodnog kaznenog suda u Haagu iz 1998. godine sadrži definiciju genocida također istovjetnu s člankom 2. Konvencije iz 1948. godine.⁹

A kada su 2001. godine u nacrtu Pravila o odgovornosti država izbrisane sve odredbe o međunarodnom zločinima, bile su pred Međunarodnim sudom u Haagu u tijeku parnice pokrenute tužbama Bosne i Hercegovine i Hrvatske protiv Savezne Republike Jugoslavije, obje temeljene na članku 9. Konvencije o genocidu.¹⁰ A i SRJ pokrenula je tužbe protiv devet država članica NATO-a zbog akcije bombardiranja 1999. godine, koje je također, između ostaloga, zasnivala na članku 9.¹¹ Trebalo je dakle pričekati kako će Međunarodni sud pristupiti tome dualitetu odgovornosti.

Naime članak 9. predviđa mogućnost jednostrane tužbe Međunarodnom sudu u Haagu neke države stranke te Konvencije protiv druge države stranke za koju smatra da je počinila neko od gore zabranjenih djela, i to u sljedećoj odredbi: “Sporovi među strankama ugovornicama o tumačenju, primjeni i provedbi ove Konvencije, uključujući sporove što se odnose na odgovornost neke države za genocid ili bilo koje drugo djelo navedeno u članku 3., iznijet će se pred Međunarodni sud na zahtjev jedne od stranaka u sporu”.

Takva mogućnost jednostranih tužbi država Međunarodnom sudu ne postoji glede počinjenja bilo kojega drugog međunarodnog zločina, a napose ne agresije ili zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina. Iz političkih razloga nikada nije

⁹ U njegovu članku 25. definirana je osobna kaznena odgovornost počinitelja svih kaznenih djela u nadležnosti Međunarodnoga kaznenog suda, dakle i zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina. Ali je u točki 3(e) članka 25. izravno i javno poticanje drugih da počine genocid predviđeno kao posebno kazneno djelo, čak ako genocid nije ostvaren ili pokušan.

¹⁰ Presuda iz 2007. godine vodi računa o promjenama tužene države tijekom toga dugotrajnog postupka, koje su se zbivale u tijeku produljenoga procesa raspada bivše SFRJ. Bosna i Hercegovina podnijela je 20. ožujka 1993. tužbu protiv “Savezne Republike Jugoslavije”. Ta se država 4. veljače 2003. preoblikovala u “Srbiju i Crnu Goru”. A nakon što je 3. lipnja 2006. Crna Gora proglasila neovisnost, Srbija je preuzela odgovornost za sva prava i obveze bivše države prema Povelji UN. Unatoč prigovoru Bosne i Hercegovine, Sud je to očitovanje prihvatio, a Crnu Goru je tretirao kao novu državu koja je time izgubila status tužene strane u tome postupku. Tako je ta presuda u stvari izrečena protiv Srbije, iako se u njezinu naslovu i dalje spominje “Srbija i Crna Gora”. Cf., I.C.J. Reports 2007, paras. 67-79.

¹¹ Tužbe su bile podnesene redom protiv Kanade, Francuske, Njemačke, Italije, Nizozemske, Portugala, Španjolske, Britanije i Sjedinjenih Država.

bilo moguće sklopiti neku konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina agresije s klauzulom istovjetnom gornjemu članku 9. Iako četiri Ženevske konvencije o humanitarnom pravu iz 1949. godine definiraju njihova "teška kršenja", koja također predstavljaju međunarodne zločine, ni te Konvencije ne predviđaju obveznu nadležnost Međunarodnoga suda u slučaju sporova njihovih stranaka o njihovu tumačenju i primjeni.

Svi oni koji se bave ovim pitanjem i o njemu donose odluke moraju dobro znati da je za nadležnost Međunarodnoga suda glede svih drugih zločina osim genocida potreban pristanak svih država u sporu, dakle i počinitelja zločina i njegove žrtve. To je u praksi nemoguće ostvariti.

Oni koji miješaju narav različitih međunarodnih sudišta ne mogu izbjeći krive zaključke. Naime, Međunarodni kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju nadležan je za kažnjavanje individualnih počinitelja zločina u njegovoj nadležnosti u osobnom svojstvu. Osim za genocid (članak 4.), Tribunalu u Haagu stavljeno je njegovim Statutom u nadležnost kažnjavanje počinitelja još triju drugih skupina međunarodnih zločina, i to: teških kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. godine (članak 2.); kršenja zakonâ i običajâ rata (članak 3.); te za zločine protiv čovječnosti (članak 5.). Ali ni taj Tribunal nije nadležan za kažnjavanje zločina agresije.

Stalni Međunarodni kazneni sud ima u nadležnosti kažnjavanje, uz genocid iz članka 6. njegova Statuta, još i zločina protiv čovječnosti (članak 7.), te široke skupine ratnih zločina (članak 8.).

Dakle, ta međunarodna kaznena sudišta ovlaštena su da kažnjavaju pojedince počinitelje zločina u njihovoj nadležnosti, ali nisu nadležna da se upuštaju u procjenu odgovornosti država. Naprotiv, Međunarodni sud u Haagu, jedan od šest glavnih organa UN i glavni sudbeni organ te svjetske organizacije, temeljem gore citiranoga članka 9. nadležan je procjenjivati odgovornost država stranaka Konvencije iz 1948. godine, ali ne i odgovornost pojedinaca izvršitelja. Ipak se ni te dvije funkcije ne daju sasvim razdvojiti.

I dok kaznena sudišta nisu ovlaštena da dosuđuju odštetu žrtvama zločina, ukoliko bi Međunarodni sud utvrdio svojom presudom kršenje obveza iz te Konvencije od tužene stranke, on bi nakon toga u posebnom postupku mogao dosuditi odštetu povrijeđenoj državi.

Dualitet odgovornosti države i pojedinaca za zločin genocida nosi mnoge probleme. Uz to valja istaknuti da je genocid uvijek međunarodni zločin bilo kada je u pitanju odgovornost države počiniteljice ili kaznena odgovornost pojedinaca. Vidjeli smo da su materijalna pravna pravila koja ga definiraju sasvim ista u toj Konvenciji i u statutima međunarodnih kaznenih sudišta. Ali postoje i neke načelne razlike, koje kada je u pitanju genocid ipak nisu od presudne važnosti.

3. Osnova odgovornosti pojedinca i države počiniteljice

Pođimo od osobne kaznene odgovornosti pojedinca. Postoji maksima u općem kaznenom pravu koja ima svoje korijene u rimskom i srednjovjekovnom kanonskom pravu, a koja glasi: “actus non facit reum, nisi mens sit rea” (počinjeno djelo ne čini krivca ako svijest nije skrivljena). Stoga uz materijalni element zločina u pitanju (actus reus), zabranjeno djelo mora biti počinjeno uz određenu svijest (mens rea).

Jedna od značajnih praznina u statutima međunarodnih kaznenih tribunala za bivšu Jugoslaviju i za Ruandu jeste što nisu unaprijed predvidjeli cjeloviti skup općih načela kaznenoga prava, koje, naprotiv, sadrži opći dio kaznenih zakona u zemljama s kodificiranim pravom. Niti se Tribunal za bivšu Jugoslaviju nije potrudio da sva ta načela naknadno kodificira u svome Pravilniku o postupku i dokazima. O pitanjima krivnje optuženika odlučivalo se od slučaja do slučaja, a to je proizvodilo neujednačenu praksu ponekad sumnjive naravi.

Ta su pravila na uspješan način i cjelovito po prvi put kodificirana Rimskim statutom iz 1998. godine. Za svrhe ove rasprave najznačajniji je njegov članak 30. koji sadrži odredbu o psihološkom (mentalnom) elementu krivnje (mens rea). Taj propis glasi:

“Članak 30: Krivnja

1. Osim ako nije drukčije propisano, počinitelj je kazнено odgovoran i podliježe kažnjavanju za djelo iz nadležnosti Suda samo ako su ostvorena njegova posebna obilježja uz namjeru i saznanje.
2. Za potrebe ovoga članka, namjera počinitelja obuhvaća:
 - (i) u odnosu na ponašanje, htijenje počinitelja da se u njemu angažira;
 - (ii) u odnosu na posljedicu, htijenje počinitelja da ju prouzroči svojim ponašanjem ili je svjestan da će ona nastupiti prema redovitom tijeku događaja.
3. Za potrebe ovoga članka, saznanje obuhvaća spoznaju osobe da postoji neka okolnost ili da će njezina posljedica nastupiti u redovitom tijeku događaja. Izrazi “znati” i “saznanje” tumačit će se na isti način.”

Namjera i saznanje (intent and knowledge; intention et connaissance) su glavni sastojci “umišljaja” u njegovu voljnom i spoznajnom (kognitivnom) smislu. Namjera osumnjičenog počinitelja postoji: (i) u odnosu na njegovo ponašanje, njegovo htijenje da se u zločinu angažira; (ii) a u odnosu na posljedicu, njegovo htijenje da ju prouzrokuje, ili njegovo saznanje da će ona nastupiti “u redovitom tijeku događaja”.

Ali ukupnost tih zahtjeva iz članka 30. posredno isključuje “objektivnu kaznenu odgovornost” (strict liability) počinitelja za posljedice počinjenoga djela u odsutnosti njegove krivnje. Stoga valja zaključiti da Rimski statut isključuje odgovornost te naravi, koja uostalom nije svojstvena općemu kaznenom pravu.¹²

¹² Vidi opširnije o krivnji optuženika – V.Đ. Degan – B. Pavišić, op. cit. str. 443-470, napose na str. 444-450. Vidi još opširnije – Albin Eser: “Mental elements – mistake of fact and mistake of law”,

Nehaj osumnjičenika, pa čak i njegovo propuštanje (nečinjenje), nisu predviđeni u samome članku 30., ali oni mogu biti napose propisani.¹³ Drukčije od članka 30. propisano je u članku 28. Rimskoga statuta. Vojni zapovjednik ili nadređena (politička) osoba bit će kazneno odgovorna za zločine koje su počinile snage pod njezinom vlašću ili zapovjedništvom, i to između ostaloga kao rezultat njezina propusta da poduzme sve nužne i razumne mjere u njezinoj moći da ih spriječi ili suzbije.¹⁴

Propisi o namjeri i saznanju nastali su napose u američkom kaznenom pravu. Oni se sasvim ne poklapaju s “umišljajem i nehajem” iz europskoga kontinentalnog kaznenog prava. Te suptilne razlike moraju dobro poznavati svi oni koji zastupaju optuženike pred međunarodnim kaznenim sudištima ukoliko žele biti uspješni.

Sada o elementima međunarodno protupravnoga djela države. Naglasili smo da, unatoč nekim tendencijama kada su u pitanju zločini međunarodnoga terorizma, odgovornost države nije kaznene naravi. Krivnja počinitelja nije osnova odgovornosti države. Kao takva, ta je odgovornost da tako kažemo “objektivne naravi”, ali to ne podrazumijeva objektivnu odgovornost (strict liability) za sve posljedice počinjenoga djela, osim ukoliko je predviđena specifičnim pravilima međunarodnoga prava na snazi ili ju države posebno ugovore.

Članak 2. Pravila o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo, s njegovim naslovom glasi:

“Elementi međunarodno protupravnoga djela države:

“Međunarodno protupravno djelo neke države postoji kada je ponašanje koje se sastoji u činjenju ili nečinjenju:

(a) pripisivo toj državi temeljem međunarodnoga prava; i

(b) predstavlja povredu neke međunarodne obveze te države.”

Dakle, međunarodno protupravno djelo (uključivši tu i sve priznate međunarodne zločine) može se sastojati kako u činjenju tako i u nečinjenju (propuštanju). Slučajevi u kojima je međunarodna odgovornost neke države bila prizivana na temelju propuštanja njezinih organa u najmanju su ruku jednako brojni onima uslijed djela činjenja.

u A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, Volume I, Oxford, 2002., str. 889-934.

¹³ Podrazumijeva se da je samome Sudu prepušteno da o svjesnom nehaju, kao blažemu obliku krivnje, odlučuje od slučaja do slučaja čak i izvan propisa Statuta. Ali se isto ne može zaključiti kada je u pitanju nesvesni nehaj počinitelja. Vidi – Degan – Pavišić: op. cit., str. 444-447. Međutim namjerno nevrštenje u Rimski statut opće odredbe da se samo kazneno djelo može počinuti uz činjenje i propuštanje (osim kada Statut to propiše), ima po našem mišljenju dalekosežnije posljedice. Vidi o tome u sljedećoj bilješci.

¹⁴ Ali nevrštavanje općega propisa o kaznenoj odgovornosti uslijed propuštanja zapravo isključuje takvu odgovornost vojnih zapovjednika mirovnih misija i njihovih politički nadređenih uslijed nesprječavanja čak i najstrašnijih i najmasovnijih zločina koje počinji neka strana u sukobu, poput onih u Bosni i Hercegovini i u Ruandi. Vidi – ibid., str. 471-472.

Ovdje se materijalni element sastoji od povrede neke međunarodne obveze ponašanjem bilo kojega organa države u pitanju, “bilo da taj organ vrši zakonodavnu, izvršnu, sudbenu ili druge funkcije, bez obzira na njegovu prirodu organa središnje vlasti ili teritorijalne cjeline u državi” (članak 4(1)). Povreda međunarodne obveze države postoji “kada djelo te države nije u skladu s onim što ta obveza od nje zahtijeva, bez obzir na njezino porijeklo ili prirodu” (članak 12.). Stoga je osnova tih obveza koje se mogu prekršiti postavljena veoma široko. Kada je u pitanju odgovornost država, u općemu međunarodnom pravu ne postoji ništa slično načelu *nullum crimen sine lege* iz kaznenoga prava.

Članci 4. do 11. predviđaju precizne i iscrpne odredbe o pripisivosti nekoga ponašanja državi,¹⁵ a članci 16. do 18. uređuju odgovornost države za djelo druge države.¹⁶ Ta mnogobrojna pravila glede pripisivosti u neku ruku nadomještaju ono što čini mentalni element počinitelja međunarodnoga kaznenoga djela u osobnom svojstvu. Kada je u pitanju međunarodno protupravno djelo neke države, ne postoji “zapovjedna odgovornost”. Država je odgovorna za čine i propuste pripisive svim njezinim organima u hijerarhiji, od glavarara države do najniže rangiranog vojnika, policajca ili drugog djelatnika.¹⁷

Ipak prema članku 55. tih Pravila, navedeni se propisi ne primjenjuju “u slučajevima i u mjeri u kojoj su uvjeti postojanja nekoga međunarodno protupravnog djela, ili sadržaj, ili izvršenje međunarodne odgovornosti neke države uređeni posebnim pravilima međunarodnoga prava” (*lex specialis*). Vidjeli smo da je sličan izuzetak izričito predviđen i na početku članka 30. Statuta Međunarodnoga kaznenog suda u Haagu. I odredbe o krivnji iz toga članka primjenjuju se “osim ako nije drukčije propisano”.

A drukčije je propisano u naprijed navedenom članku 2. Konvencije o genocidu koji izričito predviđa da sva tamo zabranjena djela moraju biti počinjena “s namjerom da se u cijelosti ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina”.

Ako država tužiteljica ne dokaže u postupku tu posebnu ili specifičnu namjeru, koju je Međunarodni sud nazvao “*dolus specialis*”, nije u pitanju genocid nego se može raditi o nekom drugom međunarodnom zločinu, najčešće o zločinu protiv čovječnosti ili o ratnom zločinu.

¹⁵ Vidi prikaz tih odredbi – V.Đ. Degan: *Međunarodno pravo*, drugo osuvremenjeno izdanje, Rijeka, 2006., str. 373-379

¹⁶ *Ibid.*, str. 380-381.

¹⁷ Vidi više pojedinosti o odgovornosti države – Degan: *op.cit.*, str.366-408, napose str. 369-371, 373-381. Također – James Crawford: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002., str. 81-85; 91-144.

Članak 4. Statuta Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju sadrži istu odredbu, uključujući onu o “*dolus specialis*”. Ali dok je taj Tribunal nadležan za kažnjavanje triju drugih međunarodnih zločina, Međunarodni sud nije jer oni nisu predviđeni u Konvenciji o genocidu iz 1948. godine i stoga nisu pokriveni njezinim člankom 9.

I kažnjavanje djela iz članka 3. Konvencije iz 1948. godine (uz sam genocid, urotu, poticanje, pokušaj i sudioništvo u genocidu), predviđeno je u istom tekstu u članku 4. Statuta Tribunala za bivšu Jugoslaviju, kao i u članku 2. Statuta Tribunala za Ruandu. Vidjeli smo da je slično uređeno i u Rimskom statutu Međunarodnoga kaznenog suda.

Zbog toga bitnog obilježja “*dolus specialis*” genocid je teže dokazati negoli počinjenje bilo kojega drugog međunarodnog zločina. Tribunal za Ruandu bio je prvi koji je izrekao nekolicinu presuda za taj zločin. A Tribunal za bivšu Jugoslaviju do sada je izrekao samo jednu konačnu presudu za pomaganje i podupiranje genocida (slučaj Krstić). Neki optuženici iz Bosne i Hercegovine sa srpske strane bili su osuđeni za druge zločine, ali je Tribunal smatrao da Tužiteljstvo nije uspjelo dokazati njihovu krivnju za genocid.¹⁸

Sve su to bili problemi pri izricanju presude Međunarodnoga suda protiv Srbije i Crne Gore za kršenje Konvencije o genocidu. Ali je sama ta presuda ukazala na to da se o dualitetu odgovornosti država i kaznene odgovornosti pojedinaca počinitelja genocida mora razmatrati u njihovoj korelaciji. Stoga se naprijed citirane odredbe članka 25(4). Rimskoga statuta i članka 58. Pravila o odgovornosti država iz 2001. godine ne mogu u praksi doslovno primijeniti.

4. Tzv. “Test cjelovite kontrole”

U svjetlosti toga dualiteta valja nam pobliže razmotriti odnos Međunarodnoga suda u Haagu (glavnoga sudbenog organa UN), i različitih kaznenih tribunala i njihove prakse glede gornjih pitanja. Tu ponajprije imamo u vidu praksu Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju koja nas s razlogom najviše zanima.

Mnogi aspekti prakse toga Tribunala, i napose njegova Tužiteljstva, zaslužuju ozbiljne kritičke primjedbe koje se, međutim, ne poklapaju s napadima na njega u Hrvatskoj i u nekim drugim državama slijednicama bivše Jugoslavije. Na drugom smo mjestu izložili koncizan kritički osvrt na njegov rad.¹⁹

¹⁸ Vidi spisak predmeta u kojima je i Tužiteljstvo odustajalo od prvotnih optužbi za genocid, I.C.J. Reports 2007, para. 374.

¹⁹ Cf., Degan – Pavišić: op. cit. str. 413-419.

U okviru svojih normalnih djelatnosti taj Tribunal ne može izbjeći pitanje primjenljivosti članka 2. njegova Statuta, tj. teških kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. godine. S obzirom da je taj članak neprimjenljiv u nemeđunarodnim tj. unutarnjim sukobim, potrebno je utvrditi da li je na području odgovornosti nekoga optuženika, napose vojnoga zapovjednika, postojao ili nije istinski međunarodni sukob. Ali bi se razmatranje Tribunala na tome trebalo zaustaviti. U samome Statutu, propustom njegovih sastavljača, manjkavo su sročena pravila primjenljiva na unutarnje sukobe.

Tu je prazninu u svome Statutu iskoristio Tribunal da se izjašnjava o brojnim pitanjima općega međunarodnog prava, uključujući i o odgovornosti država, za što nije ni nadležan ni po svojoj naravi pogodan. To napose stoga što se njegova nadležnost ne proteže na kazneni progon počinitelja zločina agresije u osobnom svojstvu.

Tako je Tribunal “uletio” u pitanja odgovornosti susjednih država za djelatnosti različitih paravojnih formacija pod njihovom navodnom kontrolom, i to napose na području Bosne i Hercegovine. Članak 8. Pravilâ o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo predviđa odredbu glede “ponašanja pod nadzorom ili kontrolom države” u sljedećem sadržaju: “Ponašanje neke osobe ili skupine osoba smatra se prema međunarodnom pravu djelom države ako ta osoba ili ta skupina osoba, usvajajući to ponašanje, stvarno djeluje po nalogima ili pod nadzorom ili kontrolom te države.” Tu se može napose raditi o osobama regrutiranim u pomoćne oružane snage ili o “dragovoljcima” koji djeluju u drugoj državi.

U prije izrečenoj presudi Nikaragva iz 1986. godine Međunarodni je sud utvrdio odgovornost Sjedinjenih Država zbog toga što je njihova tajna služba C.I.A. sudjelovala u “pripremanju, upravljanju i u podršci” kontrasima u Nikaragvi. Ali je Sud odbio proglasiti Sjedinjene Države odgovornima i za pojedinačne protupravne djelatnosti tih kontrasa u nedostatku dokaza o “efektivnoj kontroli” nad njihovim vojnim i paravojnim operacijama.²⁰

Tribunal za bivšu Jugoslaviju nije se zadovoljio tim kriterijem “efektivne kontrole”, tvrdeći da je on u neskladu s međunarodnom sudskom praksom i praksom država (sic!). U presudi Žalbenoga vijeća Tadić iz 1999. godine, i u prvostupanjskoj presudi Blaškić iz 2000. godine, on je snizio taj prag glede dokazivanja odgovornosti država, uvodeći tzv. “test cjelovite kontrole” (test of overall control). Prema tome testu snabdjevanje, obuka i financiranje Vojske Republike Srpske i Hrvatskoga vijeća obrane u Bosni i Hercegovini podrazumijevaju ulogu SRJ, odnosno Hrvatske, u organiziranju, koordiniranju i planiranju vojnih akcija tih skupina čak i u nedostatku specifičnih instrukcija tih država glede poduzetih vojnih operacija. Stoga je Tribunal

²⁰ Cf., I.C.J. Reports 1986, str. 51, para. 86; str. 62 i 65-65, paras. 109. i 115.

te skupine i njihove članove olako proglasio de facto organima tih država koji navodno angažiraju odgovornost SRJ, odnosno Hrvatske i čine te sukobe “međunarodnima”.

Ali je na tu “zakonodavnu djelatnost” odlučno reagirao Međunarodni sud u presudi o genocidu iz 2007. godine, naglašujući:

“Sud nalazi da on nije u mogućnosti podržati (to) gledište Vijeća (Tribunala). Najprije, Sud primjećuje da Međunarodni kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju nije u slučaju Tadić bio pozvan, niti je općenito pozvan, da odlučuje o pitanjima odgovornosti države, s obzirom da je njegova nadležnost kaznena i proteže se samo na (fizičke) osobe. Dakle u toj svojoj presudi Tribunal je odlučivao o pitanju koje nije nužno za vršenje njegovih nadležnosti... Sud pridaje najveći značaj činjeničnim i pravnim nalazima Tribunala za bivšu Jugoslaviju i odlučivanju o kaznenoj odgovornosti optuženika pred njime... Ali situacija nije ista glede stavova koje je usvojio taj Tribunal o pitanjima općega međunarodnog prava koja ne potpadaju pod njegovu specifičnu nadležnost, a povrh toga njihovo rješavanje nije uvijek nužno za odlučivanje o kaznenim predmetima pred njim”.²¹

Sud je uz to ustanovio veliki nedostatak testa cjelovite kontrole jer on proširuje domašaj odgovornosti države preko temeljnih načela koja uređuju taj dio međunarodnoga prava. Država je odgovorna samo za svoje vlastito ponašanje, tj. za ponašanje osoba koje po nekoj osnovi djeluju u njezino ime. Ukoliko je država odgovorna i za čine osoba ili skupina osoba koje nisu njezini organi, to može biti slučaj ako im je izdavala naredbe da izvrše protupravna djela, ili je glede tih djela imala efektivnu kontrolu.²²

Ipak je korisnije sagledati implikacije toga testa u njegovoj praktičnoj primjeni. Njegovom primjenom bila je izrečena jedna od najčudovišnijih presuda u međunarodnom kaznenom pravosuđu. Radilo se o presudi Prvostupanjskoga vijeća Tribunala protiv generala Tihomira Blaškića od 3. ožujka 2000. godine, kojom je on prvotno bio osuđen na drastičnu kaznu od 45 godina zatvora.

Ne obazirući se na ograničenja svoje kaznene nadležnosti propisana Statutom, to je Vijeće ustanovilo Blaškićevu kaznenu odgovornost prema dvjema osnovama. Osim za djela i propuste u zoni njegove zapovjedne odgovornosti u Lašvanskoj dolini, Blaškić je bio proglašen agentom hrvatske države koji je djelovao kao njezin de facto organ. Tako su sva Blaškićeva djela bila pripisana hrvatskoj državi, i obrnuto, Blaškić je bio smatran odgovornim za sva djela Hrvatske u Bosni i Hercegovini čak i izvan područja njegove odgovornosti.

Slijedeći tu logiku Lašvanska je dolina, uključujući područje Kiseljaka, bila proglašena područjem okupiranim od Republike Hrvatske, iako Hrvatska vojska

²¹ I.C.J. Reports 2007, para. 403.

²² Ibid., para. 406.

tamo nije nikada mogla prodrijeti jer je ono bilo potpuno opkoljeno od Armije Bosne i Hercegovine. U dijelovima Bosne i Hercegovine u kojima je bila utvrđena prisutnost Hrvatske vojske, njezine su jedinice intervenirale u borbama s Armijom Bosne i Hercegovine da bi spriječile poraze Hrvatskoga vijeća obrane. Dakle ni tamo Hrvatska vojska nije mogla vršiti dužnosti ratnoga okupanta čak da joj je to bila namjera, jer su borbe tada još bile u tijeku.

Iz toga proizlazi da se Prvostupanjsko vijeće nije obaziralo ni na kakva pravila međunarodnoga prava na snazi o ratnoj okupaciji.²³ Tribunal je općenito smatrao da kao navodni organ međunarodne zajednice on ima vlast stvarati sasvim nova pravna pravila.

I tako je Blaškić kao navodni de facto organ hrvatske države bio tretiran odgovornim čak za prisutnost Hrvatske vojske u Bosni i Hercegovini i izvan Lašvanske doline. Kao lokalni komandant u opkoljenom Vitezu on nije mogao izdavati zapovijedi ni za dolazak Hrvatske vojske u ta druga područja, niti za njihovo povlačenje. Stoga on nije mogao biti osobno odgovoran za ukupnu politiku Hrvatske iz toga doba prema Bosni i Hercegovini.²⁴

Ipak je u međuvremenu novi sastav Tribunala šutke odustao od testa cjelovite kontrole u njegovu nakaradnom tumačenju. Prizivno vijeće Tribunala u svojoj presudi od 29. srpnja 2004. godine s pravom je snizilo kaznu Blaškiću s 45 na 9 godina zatvora, a predsjednik Tribunala ga je odmah potom pomilovao glede izdržavanja preostalih 8 mjeseci te kazne. Ono je u toj značajnoj presudi ustanovilo da Prvostupanjsko vijeće nije dokazalo njegovu krivnju izvan razborite sumnje za gotovo sve zločine koje nije osobno naredio, uključivši i onaj najstrašniji u Ahmićima.²⁵

Iz svega izloženoga valja zaključiti da, kada je u pitanju odgovornost države, test cjelovite kontrole ne predstavlja dio pozitivnoga međunarodnog prava. Kao takav on je a fortiori neprimjenljiv u kaznenim predmetima. U gore opisanom slučaju on je poslužio Tužiteljstvu i Tribunalu da olako pronalaze krivce za promašaje susjedne države izvan

²³ Ta su prava i dužnosti okupanta propisana člancima 42-56 Haškoga pravilnika o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. Nadopunjena su člancima 47-58 Četvrte ženevske konvencije iz 1949. o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata, te potom u člancima 72-79 Dopunskog protokola I. iz 1977. Vidi objašnjenje toga instituta – Degan: op. cit. str. 916-922.

²⁴ Na drugom smo mjestu opširno raspravljali napose o pitanju je li Hrvatska izvršila agresiju na Bosnu i Hercegovinu. Vidi – V.Đ. Degan “Republika Hrvatska i sukob u Bosni i Hercegovini u 1993. godini, pravna analiza”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2002, br. 2, str. 433-462.

²⁵ Tom konačnom presudom Blaškić je ipak bio proglašen odgovornim zbog toga što je znao da su osobe koje nisu sudjelovale u neprijateljstvima bile po naređenju njegovih podčinjenih zatočene, prisiljavane da kopaju rovove i jer su bile upotrijebljene kao živi štit. Kažnjen je s devet godina zatvora zbog propuštanja da te nezakonite naredbe svojih podčinjenih spriječi, dakle zbog nečinjenja u vezi s njegovom zapovjednom odgovornošću prema točki 1. članka 7. Statuta. Bila je, međutim, njegova sreća što pri tome niti jedan od tih civila nije poginuo ili bio ozlijeđen.

svih pravila o njihovoj osobnoj kaznenoj odgovornosti. Time su Tužiteljstvo i neki suci nastojali sebi olakšati posao i opravdati visoke troškove svojih djelatnosti.

A kada bi neko međunarodno kazneno sudište zaista bilo ovlašteno svojim statutom da se izjašnjava i o odgovornosti neke države, ta bi država imala pravo da sa svojim agentom i odvjetnicima intervenira u tome postupku. Imala bi i pravo da u sudbeno vijeće imenuje svoga suca ad hoc. Ništa od toga statuti tih kaznenih sudišta ne predviđaju, niti se to u praksi sprovodi.

5. Teret dokazivanja “*dolus specialis*” za zločin genocida

Presuda Međunarodnoga suda iz 2007. godine otkrila je odlučujuću važnost dokazivanja postojanja “*dolus specialis*”, toga psihološkog tj. mentalnog sastojka genocida. Da se podsjetimo, svako od zabranjenih djela iz članka 2. Konvencije iz 1948. godine mora biti počinjeno “s namjerom da se u cijelosti ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina”. Ako država tužiteljica ne uspije tijekom postupka dokazati tu posebnu namjeru počinitelja ne radi se o genocidu. Time je Međunarodni sud nenadležan da odlučuje, a podnesena tužba postaje uzaludna.²⁶

Glede fizičkih mogućnosti prikupljanja dokaza o postojanju toga mentalnog elementa postoji bitan raskorak između nadležnosti tužiteljstva nekoga kaznenog tribunala s jedne strane i države tužiteljice pred Međunarodnim sudom s druge.

U okviru svakoga kaznenog tribunala djeluje tužiteljstvo kao neovisno i zasebno tijelo. Ono je snabdjeveno ovlastima i sredstvima radi provođenja istrage i kaznenoga progona, uključujući prikupljanje dokaza.

Glede prikupljanja dokaza, Tribunal za bivšu Jugoslaviju napravio je korak dalje od propisâ svoga Statuta. Prema presudi njegova Žalbenog vijeća u slučaju Blaškić (subpoena), Tužitelj Tribunala ovlašten je neposredno provoditi te djelatnosti na području neke države u dva slučaja: (i) ako je država bila jedna od zaraćenih strana ili entitet bivše Jugoslavije; i (ii) (glede drugih država) kada za tu istražnu djelatnost postoji ovlaštenje u domaćem implementacijskom zakonodavstvu (para. 55).

Uz to, prema Žalbenom vijeću, Tribunal je ovlašten neposredno općiti s privatnim osobama nastanjenima na području neke države, kada je nužno da one svjedoče u postupku ili da predaju neki dokument, a odnosna je država odbila da izvrši neki nalog Tribunala. U tim situacijama Tribunal može neposredno izdati subpoena nalog svjedoku, ili može izdati takav nalog nekoj osobi da preda dokaze ili se pojavi pred Tribunalom (paras. 55-56).²⁷

²⁶ I u kaznenom postupku tužiteljstvo mora dokazati taj *dolus specialis* osumnjičenoga počinitelja zločina genocida. Ali, kako smo prije naveli, ukoliko ono u tome ne uspije, kazneni tribunal ga može osuditi za neki drugi zločin u njegovoj nadležnosti.

²⁷ Više pojedinosti o tome izlaže A. Cassese: *International Criminal Law*, Oxford, 2003., str. 410-412.

Rimski statut ne predviđa takva dalekosežna ograničenja u vršenju teritorijalne suverenosti svojih država stranaka. Stalni Međunarodni kazneni sud ne može ni jednoj osobi izdati subpoena nalog. Ukoliko, suprotno svojim obvezama iz toga Statuta, neka država stranka ne postupi u skladu sa zahtjevom Suda za suradnjom, “Sud može utvrditi tu činjenicu i o tome izvijestiti Skupštinu država stranaka ili Vijeće sigurnosti ako je ono predmet uputilo Sudu na postupanje” (članak 87(7)).

U postupku pred Međunarodnim sudom sve je to još različitiije. Taj Sud ne poznaje tužiteljstvo kao zasebnu instituciju. Uz to, ne postoje razlike u položaju države tužiteljice i tužene države tijekom postupka. Ne može se ni zamisliti da bi država tužiteljica mogla na svoju ruku i nasilno prikupljati dokaze na području tužene države, ili neke treće zemlje. Također se ne daje zamisliti da bi se države slijednice bivše Jugoslavije tretirale različito od bilo koje druge države koja se pojavi pred Sudom.

S obzirom da je postupak pred Međunarodnim sudom strogo akuzatorni, taj se Sud može osloniti samo na dokaze u posjedu države tužiteljice koje mu ona predoči. Ipak, članak 62. Poslovnika Suda tumači članak 49. njegova Statuta na sljedeći način:

“1. Sud može u svakom trenutku pozvati strane da podnesu dokaze ili daju objašnjenja, ako smatra da je to potrebno radi razjašnjenja bilo kojega aspekta spornih pitanja, ili može samostalno pribaviti druge podatke u tu svrhu.

2. Sud može, ako je potrebno, urediti da određeni svjedoci ili vještaci svjedoče u postupku”.

Uz gornje, tijekom usmenoga postupka Sud i njegovi članovi mogu postavljati pitanja agentima, savjetnicima i odvjetnicima stranaka i mogu od njih tražiti objašnjenja (članak 61. Poslovnika). Ali ako neka stranka odbije da Sudu predoči neku ispravu ili daje objašnjenje, Sud to uzima na znanje,²⁸ ali o tome može povesti računa pri svome diskrecijskom odlučivanju.

Postoje i dvije odredbe u Poslovniku Suda o pribavljanju dokaza na licu mjesta. Prema članku 66: “Sud može u svakom trenutku odlučiti, proprio motu ili na zahtjev stranke, da svoje dužnosti u vezi s pribavljanjem dokaza obavlja na mjestu na koje se sporni predmet odnosi, u skladu s uvjetima koje Sud određuje nakon što utvrdi stajališta stranaka...”.

U članku 67(1). se dodaje: “Ako Sud smatra da je potrebno provesti istragu ili vještačenje, nakon saslušanja stranaka izdaje u tu svrhu nalog u kojemu točno naznačava predmet istrage ili vještačenja te propisuje postupak koji će se pritom slijediti...”.

Ali, kako je gore propisano, Sud je dužan prethodno utvrditi stajališta stranaka. Ako se teritorijalna država mjesta spornoga predmeta tome protivi, teško da će do

²⁸ Članak 49. Statuta glasi: “Sud može, čak i prije početka rasprave, tražiti od agenata da predlože svaku ispravu i da dadu svako objašnjenje. Svako odbijanje ustanovljuje se zapisnički”.

takvoga pribavljanja dokaza uopće doći i da će ono biti uspješno. O takvoj praksi Suda uopće nemamo podataka.

Pitanje je kako se Bosna i Hercegovina suočila s tim preteškim teretom dokazivanja “*dolus specialis*” za počinjene zločine u parnici protiv SRJ, odnosno Srbije i Crne Gore.

Već su u prethodnom postupku zastupnici Bosne i Hercegovine prizvali različite “dopunske osnove nadležnosti” koje bi Sudu omogućile “da se izjasni o nekim sredstvima kojima je Jugoslavija (SRJ) pribjegla pri izvršenju genocida za koji je optužena, napose njezino pribjegavanje agresivnom ratu u tijeku kojega je počinila teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. godine i Dopunskih protokola I. i II. iz 1977. godine”. Ali je već u svojoj presudi o prethodnim prigovorima iz 1996. godine Sud odlučno odbacio to proširenje svoje nadležnosti na mala vrata.²⁹

Isti je stav potvrđen i u presudi iz 2007. godine sljedećim izričajem: “Nadležnost Suda u ovoj parnici zasnovana je jedino na članku 9. Konvencije. Sve druge osnove nadležnosti na koje se tužitelj pozvao odbačene su u presudi iz 1996. godine o nadležnosti (I.C.J. Reports 1996 (II), str. 617-621, paras 35-41)... On nema ovlasti da odlučuje o navodnim kršenjima drugih obveza prema međunarodnom pravu koje se ne sastoje u genocidu, napose ne o onima glede zaštite ljudskih prava u oružanom sukobu. To je tako čak kada se radi o navodnim kršenjima obveza iz imperativnih normi, ili obveza koje štite temeljne humanitarne vrijednosti s domašajem *erga omnes*”³⁰

I zaista, već nakon presude izrečene u 1996. godini, nije bilo nikakvoga uporišta da će se, osim za genocid, Sud htjeti izjašnjavati o odgovornosti tužene države za agresiju i za počinjenje drugih međunarodnih zločina, uključujući tu i čine etničkoga čišćenja koji nemaju obilježja genocida. Svakomu tko prati praksu toga Suda i njegova prethodnika Stalnoga suda međunarodne pravde još o 1924. godine, savršeno je jasno da on nikada neće pristati na proširenje svoje nadležnosti onako kako su zastupnici tužbe to predlagali. Protiv toga stava Suda ne mogu se iznaći uvjerljivi pravni razlozi kojima bi se on mogao osporiti.

U tijeku postupka pred Sudom zastupnici Bosne i Hercegovine nisu se posebno upuštali u dokazivanje genocidne namjere (*dolus specialis*) počinitelja svakoga od zločina čije su izvršenje (*actus reus*) inače uspjeli dokazati. Umjesto toga, oni su pokušali dokazati izvjestan model ponašanja srpskih vlasti u Bosni i Hercegovini, ali i na području Savezne Republike Jugoslavije, kao navodnu genocidnu politiku usmjerenu također protiv pripadnika manjina u toj zemlji. Očekivali su da će iz

²⁹ I.C.J. Reports 1996, str. 617-618, para. 35.

³⁰ Cf., I.C.J. Reports 2007, para. 147. Na drugom je mjestu te svoje presude Sud odbio s genocidom izjednačiti politiku etničkoga čišćenja, osim ukoliko počinjena djela odgovaraju nekoj od zabranjenih kategorija u članku 2. Konvencije iz 1948. godine, uključujući *dolus specialis*. Vidi *ibid.*, para. 190.

te zajedničke politike sam Sud izvesti genocidnu namjeru počinitelja. Ali Sud nije prihvatio ni taj skupni način dokazivanja *dolus specialis*.

“*Dolus specialis*, specifična namjera da se u cijelosti ili djelomično uništi skupina u pitanju, mora se uvjerljivo dokazati upućivanjem na posebne okolnosti, osim ukoliko se može uvjerljivo dokazati postojanje općega plana u tu svrhu; a da bi se neki model ponašanja prihvatio kao dokaz postojanja toga plana on mora biti takav da ukazuje na tu namjeru.”³¹

U toj presudi Sud je najprije ustanovio da zločin genocida uopće nije bio počinjen na području SRJ,³² ali ni nigdje drugdje u Bosni i Hercegovini osim u Srebrenici u srpnju 1995. godine.

Zastupnici tužbe imali su u tome postupku bez sumnje mnogo težu zadaću dokazivanja genocidne namjere od tužene strane kojoj je bilo dovoljno da ju osporava. Može se različito ocjenjivati koliko je njihov način zastupanja Bosne i Hercegovine pred Sudom imao izgleda na uspjeh. Ali im treba zamjeriti što su u javnosti u toj zemlji lansirali svoje tvrdnje kao od Suda već prihvaćene činjenice, a napose da će Sud prihvatiti svoju nadležnost za agresiju i za sve zločine počinjene u agresivnom ratu i u etničkom čišćenju, te da će svim žrtvama agresije u toj zemlji dosuditi visoku odštetu na teret vlasti u Beogradu. To svjesno obmanjivanje javnosti nije imalo nikakvoga uporišta u pravu, i to je svima trebalo biti jasno već nakon presude iz 1996. godine. Ista se priča ponovila u Hrvatskoj od 1999. godine kada je i ona podnijela tužbu tome Sudu o istom predmetu protiv SRJ.

Značajan dio te presude iz 2007. godine posvećen je utvrđivanju zločina počinjenih sa srpske strane na glavnim područjima Bosne i Hercegovine i u različitim zatočeničkim logorima, i to sve prema navodima tužbe. Nalazi samoga Suda o počinjenim zločinima zasnivali su se na konačnim presudama Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju, na izvješćima Komisije Mazowiecki, izvješćima Glavnoga tajnika UN, i na drugim nepristranim izvorima. Činjenice koje je sam Sud utvrdio u toj presudi zaista su užasne.

Ali zaključci Suda bili su mnogo skromniji od očekivanih. Glede zabranjenih djela iz članka 2. Konvencije o genocidu, – i to: (a) ubojstva pripadnika skupine, (b) nanošenja teških tjelesnih i duševnih povreda pripadnicima skupine, i (c) namjernoga nametanja skupini životnih uvjeta kojima je cilj njezino potpuno ili djelomično uništenje, – Sud je ustanovio da je materijalni element tih djela bio dokazan. Ali prema mišljenju Suda tužitelj nije dokazao *dolus specialis* počinitelja u izvršenju svih tih mnogobrojnih zločina.³³

³¹ Ibid., para. 373.

³² Ibid., para. 368.

³³ Cf., I.C.J. Reports 2007, paras. 276-277, 319, 354.

Glede preostalih djela iz članka 2. Konvencije, Sud je ustanovio da mu dokazi koji su mu predočeni ne omogućuju da zaključi da su snage bosanskih Srba počinile: (d) “nametanje mjera s namjerom sprječavanja porođaja u okviru skupine”; te (e) “prisilno premještanje djece iz skupine u neku drugu skupinu”.³⁴

Različito od gornjega utvrđeno je samo u pogledu masakra u Srebrenici koji se zbio oko 13. srpnja 1995. godine i kasnije. Prema konstataciji Suda u izvršenju toga zločina više od 7000 Muslimana sposobnih za vojsku bilo je smaknuto. Ali se i nalaz Međunarodnoga suda glede toga zločina, koji ispunjava sve uvjete genocida iz članka 2. Konvencije iz 1948. godine, nije zasnivao na dokazima koje mu je podastrla Bosna i Hercegovina. Dakle argumenti zastupnika tužbe nisu mogli zadovoljiti visoke standarde za dokazivanje genocida na kojima je insistirao Sud.

Sud se u toj svojoj presudi u cijelosti oslonio na dokaze o postojanju dolus specialis iz presuda Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju protiv oficira Vojske Republike Srpske Krstića i Blagojevića. Krstić je bio pravomoćno osuđen za pomaganje i podupiranje genocida u Srebrenici s genocidnom namjerom.³⁵

U tim je presudama konstatirano da je genocidna namjera da se pobiju svi muslimanski muškarci sposobni za vojsku bila donesena tek po padu te enklave 12. ili 13. srpnja 1995. godine, a da ta namjera nije ustanovljena za vrijeme do toga datuma. Ali se dalje navodi da gornja odluka nije bila priopćena vlastima u Beogradu. S obzirom da je glavni optuženik za taj strašni zločin general Ratko Mladić još uvijek u bijegu, da te presude nisu bile prije izrečene, Međunarodni sud ne bi bio u stanju da ustanovi genocid čak ni u Srebrenici.

I iz toga aspekta proizlazi da se odgovornost države i kaznena odgovornost pojedinaca izvršitelja ne može mehanički razdvajati, i to napose ne kada je u pitanju genocid.

³⁴ Ibid., paras. 355-367.

³⁵ S Blagojevićem je bio ponešto drukčiji slučaj. Žalbeno vijeće Tribunala izreklo je u njegovu slučaju konačnu presudu 9. svibnja 2007. godine, dakle nakon izricanja presude Međunarodnoga suda. U doba srebreničkoga masakra on je bio na nižem položaju komandanta Bratunačke brigade i navodno nije znao za masovna ubojstva izvan područja svoje odgovornosti. Stoga je Žalbeno vijeće ukinulo dio presude Prvostupanjškoga vijeća o njegovu sudioništvu (complicity, supočiniteljstvu) u genocidu, jer njegova genocidna namjera nije bila izvan razborite sumnje utvrđena. Ali ga Žalbeno vijeće nije oslobodilo krivnje glede pomaganja i podupiranja (aiding and abetting) samoga toga zločina jer su Drugi bataljon i Treća artiljerijska grupa pod njegovim zapovjedništvom imali udjela u napadima na civile na putu u Potočare, u patroliranju područja u i oko Potočara 12. i 13. srpnja 1995. godine, i u pomaganju transfera civila. Dakle actus reus se u ovom slučaju sastojao u genocidu i Žalbeno vijeće nije moglo prekvalificirati pomaganje i podupiranje njegova izvršenja u neki drugi, blaži međunarodni zločin. Da je to i moglo učiniti čitav ovaj slučaj izgubio bi autoritet presedana za Međunarodni sud koji je svoju presudu već bio izrekao. U toj situaciji tako je došlo do neobičnoga rješenja prema kojemu za pomaganje i podupiranje genocida nije neophodan dolus specialis. Po toj osnovi Blagojeviću je više simbolički umanjena kazna zatvora s 18 na 15 godina. Ipak sam opis i kvalifikacija događaja važnih za Međunarodni sud nisu s tom najnovijom presudom Žalbenoga vijeća uopće dovedeni u pitanje.

6. Pitanje pripisivosti genocida u Srebrenici i kritika nekih navoda iz dispozitiva presude iz 2007. godine

Dakle iz presude Haškoga suda proizlazi da za počinjeni zločin genocida u Srebrenici odgovornost snosi Vojska Republike Srpske s njezinim zapovjedništvom.

Na jednom se mjestu u toj presudi konstatira da Republika srpskoga naroda u Bosni i Hercegovini (u 1992. godini) i potom Republika Srpska, nije ni tada ni kasnije bila međunarodno priznata kao država, ali je uživala izvjesnu de facto neovisnost. Na drugom se mjestu još navodi da je ona imala de facto kontrolu nad značajnim područjem, i da je uživala lojalnost velikoga broja bosanskih Srba.³⁶

Bosna i Hercegovina je u ovoj parnici za kršenje Konvencije o genocidu iz 1948. godine tužila Saveznu Republiku Jugoslaviju (Srbiju i Crnu Goru). Ona nije mogla Sudu tužiti tu međunarodno nepriznatu tvorevinu koja uz to danas čini jedan od dvaju entiteta same Bosne i Hercegovine.

U približno isto to vrijeme vodio se postupak pred Međunarodnim kaznenim tribunalom za bivšu Jugoslaviju u Haagu protiv Slobodana Miloševića. On je u doba pada Srebrenice bio predsjednik Srbije. Prije njegove smrti koja je spriječila izricanje kaznene presude, Tužiteljstvo nije bilo u stanju predočiti Tribunalu nikakav dokument, ni iskaz nekoga vjerodostojnog svjedoka, koji bi Miloševića povezivao s masakrom u Srebrenici. To su još manje bili u stanju učiniti zastupnici Bosne i Hercegovine pred Međunarodnim sudom. Milošević je znalački prikrivao i uništavao dokumente koji bi ga povezivali sa zločinima u toj susjednoj državi. U ranoj fazi toga sukoba naređenja je izdavao pojedincima usmenim putem, i to nikada u prisutnosti drugih svjedoka.

A da je Milošević bio dočekao kraj svoga suđenja i da ga je Tribunal proglasio kazneno odgovornim i za srebrenički genocid, Međunarodni sud ne bi imao drugoga izbora nego bi taj zločin morao pripisati Saveznoj Republici Jugoslaviji. On je u njoj nesporno bio najjača politička osoba koja je donosila najvažnije odluke.³⁷

Ali je u ovoj parnici bilo drukčije. Samom je Sudu tako pripalo da u toj svojoj presudi odlučuje o pripisivosti genocida u Srebrenici tada Saveznoj Republici Jugoslaviji (SRJ). To pitanje pravnički je veoma intrigantno, ali ćemo se dalje morati ograničiti na glavne nalaze iz izrečene presude. Radilo se o pitanju je li SRJ prekršila neku od svojih obveza iz članka 3. Konvencije o genocidu. Sud je to pitanje procjenjivao u svjetlosti Pravilâ Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država koja je

³⁶ Cf., I.C.J. Reports 2007, paras. 233, 235.

³⁷ Ali čak da mu osobna krivnja za sam genocid u Srebrenici i nije bila dokazana, malo je vjerovatno da bi Milošević izbjegao najtežu kaznu zbog urote, poticanja, pomaganja i nesprečavanja zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina počinjenih u Hrvatskoj, Bosni i Hercegovini i na Kosovu. Za kaznenu odgovornost glede tih drugih zločina ne treba dolus specialis. Dovoljno je dokazati namjeru i saznanje okrivljenika, što je Tužiteljstvo pred Tribunalom već praktično bilo učinilo.

uzimao kao iskaze običajnog međunarodnog prava. Pri tome se koncentrirao samo na srebrenički masakr i vrijeme u kojemu je bio počinjen.

Na jednom je mjestu Sud u toj presudi istaknuo da on može formirati svoje mišljenje na temelju njemu dostavljenih informacija u vrijeme donošenja njegove odluke i koje proizlaze iz spisa i dokumenata strana, te njihovih argumenata u usmenom postupku.³⁸ Ako taj načelni stav Suda uzmemo ispravnim, on nam on daje osnove za kritiku nekih izričaja u dispozitivu te presude.

U presudi je bilo zaključeno da nije dokazano da je Vojska Jugoslavije sudjelovala u tome zločinu, ili da je političko vodstvo SRJ imalo udjela u njegovu pripremanju, planiranju ili izvršenju na drugi način. Navodi se da ima mnogo dokaza o neposrednom ili posrednom sudjelovanju oficira Vojske Jugoslavije, zajedno s Vojskom Republike Srpske, u vojnim operacijama u Bosni i Hercegovini, ali prije srebreničkih događaja. Ali ni Republika Srpska, ni njezina Vojska nisu bile organi SRJ.³⁹

Iako su general Ratko Mladić i neki drugi oficiri ostali pod vojnom administracijom SRJ, i otamo su primali plaće, oni nisu bili de jure organi te države. Bili su podčinjeni političkom vodstvu Republike Srpske koje ih je i imenovalo.⁴⁰ O tim činjenicama i o pravnom odnosu SRJ i Republike Srpske mogli bi se izvoditi i drukčiji zaključci, ali je to bio nalaz Suda.

U toj svjetlosti ne čini nam se primjerenim kategoričan zaključak u točki (2). dispozitiva presude, prema kojemu Sud nalazi "da Srbija nije počinila genocid putem svojih organa ili osoba, akti kojih angažiraju njezinu odgovornost prema običajnom međunarodnom pravu, u kršenju svojih obveza iz Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida". Precizniji bi bio nalaz da se to može zaključiti jedino temeljem dokumenata podnesenih Sudu.

Ista se naša primjedba odnosi na točku (3). dispozitiva presude, prema kojemu se Srbija nije urotila u počinjenju genocida, niti poticala na njega; te na točku (4). da nije bila njegovim sudionikom u kršenju svojih obveza iz Konvencije.

Možda je s tim isključivim zaključcima Sud nastojao otkloniti mogućnost da Bosna i Hercegovina u roku od sljedećih deset godina podnese zahtjev za reviziju te presude temeljem novih činjenica koje joj u 2007. godini nisu bile poznate. Ali ta namjera Suda, ukoliko je postojala, ne čini se primjerenom. U slučaju da Kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju naknadno pravomoćno osudi nekoga visokog oficira Vojske Jugoslavije, ili odgovornog zapovjednika Policije Srbije za genocid u Srebrenici, to će omogućiti Bosni i Hercegovini da Sudu podnese zahtjev za reviziju presude iz 2007. godine, u skladu s restriktivnim pravilima iz članka 61. njegova Statuta.

³⁸ Op.cit., para. 395.

³⁹ Ibid., para. 387.

⁴⁰ Ibid., paras. 387-388.

S druge strane nalazimo opravdanim nalaz Suda iz točke (5). dispozitiva presude da je Srbija prekršila svoju obvezu iz Konvencije iz 1948. godine da spriječi zločin u Srebrenici. Zaključci iz paragrafa 428. do 438. presude pravno su utemeljeni.⁴¹

Valja se složiti s time da se obveza na prevenciju (sprječavanje) sastoji u obvezi ponašanja, a ne rezultata. Država SRJ bila je svjesna, ili je morala biti svjesna, o ozbiljnoj opasnosti da se genocid može počinuti.⁴² Ali tužena strana nije pokazala da je preuzela bilo kakvu inicijativu da prevenira ono što se dogodilo, ili bilo kakvu akciju da počinitelje odvrati od okrutnosti. Pri tome je Sud istaknuo: “da bi država bila odgovorna za kršenje svoje obveze na prevenciju, ne mora se dokazati da je ona zaista imala moć da spriječi genocid; dovoljno je da je imala sredstva za to i da se očito suzdržala da ih upotrijebi”.⁴³

Ali najslabija strana čitave ove presude leži po našem mišljenju u zaključku u točki (9) njezina dispozitiva, da u pogledu kršenja obveze Srbije na prevenciju zločina, nalazi samoga Suda u točkama (5) i (7) predstavljaju primjerenu zadovoljštinu, “i da u ovom slučaju nalog za plaćanjem financijske kompenzacije ne bi bio primjeren”.⁴⁴

Sud je utvrdio neposrednu uzročnu vezu (causal nexus) između genocida u Srebrenici i odgovornosti Srbije samo u vrijeme kada se taj masakr dogodio. Glede davanja zadovoljštine tužitelju u samoj presudi, Sud je prizvao svoj vlastiti presedan iz presude o Krfskom tjesnacu iz 1949. godine. Ali su okolnosti tih dvaju događaja duboko različite.

Nakon što je utvrdio odgovornost Albanije zbog toga što su dva britanska razarača u listopadu 1946. godine naletjela na mine pri neškodljivom prolasku njezinim teritorijalnim morem,⁴⁵ Međunarodni je sud u presudi iz 1949. godine osudio i Britaniju zbog toga što je u tim vodama samovoljno poduzela akciju deminiranja i prikupljanja dokaza. U toj je presudi bilo istaknuto da Sud mora, “da bi osigurao integritet međunarodnoga prava čiji je on organ, konstatirati da je akcija britanske ratne mornarice predstavljala kršenje albanske suverenosti. Ova je konstatacija u skladu sa zahtjevom Albanije putem njezina odvjetnika, i predstavlja sama po sebi prikladnu zadovoljštinu”.⁴⁶

Tu se, dakle, radilo o kršenju suverenosti države koja je sama bila proglašena odgovornom za pogibiju i ranjavanje ljudi, dok se u srebreničkom slučaju radilo o

⁴¹ To se ipak ne odnosi na paragraf 437, gdje se kategorički tvrdi da Milošević nije znao za taj masakr u vrijeme njegova počinjenja. Novi bi dokazi mogli utvrditi drukčije.

⁴² Ibid., para. 432.

⁴³ Ibid., para. 438.

⁴⁴ U točki (7). dispozitiva još je ustanovljeno da je Srbija prekršila svoju obvezu da postupi po privremenim mjerama koje joj je Sud naložio 8. travnja i 13. rujna 1993. godine. Naravno, ni ta konstatacija ne predstavlja nikakvu zadovoljštinu žrtvama genocida u Srebrenici.

⁴⁵ Tom je prilikom 44 britanska časnika i mornara izgubilo život, a 42 ih je bilo ozlijeđeno.

⁴⁶ I.C.J. Reports 1949, str. 35, 36.

kršenju obveze na prevenciju strašnoga zločina nad oko osam tisuća ljudi. Analogije između ta dva slučaja zaista ne bi smjelo biti.

Još je mnogo važnija činjenica što je pri raspadu SFRJ režim u Beogradu bespravno prisvojio lavovski dio oružja i opreme bivše JNA. To oružje i oprema trebali su biti predmetom sukcesije svih država slijednica bivše SFRJ, uključujući i zakonitu vlast u Bosni i Hercegovini. Da je međunarodna zajednica bila odlučna u tome da se raspodjela te imovine obavi, žrtve agresije u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini imale bi mnogo više sredstava za vlastitu obranu. Tada bi bilo mnogo manje počinjenih zločina, a možda ne bi ni došlo do napada na te zemlje.

Miloševićev je režim velikim dijelom te bespravno prisvojene vojne opreme snabdio Vojsku Republike Srpske u Bosni i Hercegovini i Miliciju tzv. Republike Srpske Krajine u Hrvatskoj. Time su srebreničke žrtve bile ubijane oružjem koje je trebalo biti njihovo.⁴⁷

U tim okolnostima isplata financijske kompenzacije žrtvama zločina i njihovim zakonitim nasljednicima od Srbije zbog toga što ga nije spriječila, i to možda ne u punom iznosu nego u primjerenom dijelu, nije smjela imati alternative. A zadovoljština tim žrtvama izražena u samoj toj presudi predstavlja svojevrсно izrugivanje pravdi od samoga Suda.

Napokon, unatoč željama nekih krugova u Beogradu, gotovo da nema izgleda da sadašnja Vlada u Srbiji postupi po nalazima, tj. naredbama Suda u paragrafima (6). i (8). dispozitiva te presude, i da bez odlaganja Haškom tribunalu izruči generala Ratka Mladića, te da s tim Tribunalom u potpunosti surađuje.

Današnja politika Srbije podsjeća nas na ponašanje rasističkoga režima u Južnoj Africi. I taj se režim oglašivao na savjetodavna mišljenja toga Suda još od 1950. godine, i na brojne rezolucije Opće skupštine i Vijeća sigurnosti UN od 1966. godine glede mandata te zemlje u Jugozapadnoj Africi (danas Namibiji). Ti autistički režimi dugoročno nanose veliku štetu svojim vlastitim građanima. Ali ničija svijeca nije do zore dogorjela.

Uzimajući sve izloženo u obzir, Međunarodni je Sud protiv Srbije izrekao u cjelini samo deklaratornu presudu, što ju je ona od njega u svojim konačnim zaključcima u usmenom postupku sama zatražila.

Još nam valja dodati da iz te presude proizlazi odgovornost *de facto* vlasti Republike Srpske i njezine vojske i to, kako za srebrenički genocid, tako i za sve druge

⁴⁷ Pitanje materijalne pokretne imovine bivše SFRJ koja je činila dio njezine vojne imovine nije konačno riješeno bečkim Sporazumom o pitanjima sukcesije od 29. lipnja 2001. godine. Vidi njegov tekst, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.2. od 17. ožujka 2004, str. 48-85. Prema članku 4. njegova Aneksa A, to pitanje podliježe posebnim aranžmanima o kojima se države slijednice (još) nisu dogovorile. Ali se ni ta obveza na pregovaranje ne odnosi na odgovornost za prijašnje zloupotrebe te vojne imovine.

međunarodne zločine utvrđene u njoj. Po našem mišljenju međunarodno protu-pravna djela tih de facto vlasti povlače de facto odgovornost toga današnjega entiteta u Bosni i Hercegovini. O tome Sud nije bio nadležan da se izrijekom izjasni.

7. Zaključna razmatranja

U svjetlosti svega izloženog najprije o izgledima Hrvatske u njezinoj tužbi Međunarodnom sudu protiv današnje Srbije zbog kršenja Konvencije o genocidu iz 1948. godine.

Ukoliko se taj postupak pred Sudom nastavi, možda ne bi bilo sasvim nemoguće dokazati pripisivost Srbiji i Crnoj Gori zločina počinjenih u Hrvatskoj, ponajprije onih u 1991. godini. Naime pri neuspjelom izboru Stjepana Mesića za rotirajućega predsjednika Predsjedništva SFRJ 17. svibnja 1991. godine, bio je izvršen tihi državni udar. Otada se JNA stavila pod stvarnu kontrolu tih dviju tadašnjih socijalističkih republika i njihovih političkih vodstava nad kojima je dominirao Slobodan Milošević.

Situacija se promijenila nakon što su 27. travnja 1992. godine Srbija i Crna Gora proglasile "Saveznu Republiku Jugoslaviju", a bivša se JNA preobrazila u "Vojsku Jugoslavije". Još prije toga JNA se formalno bila povukla iz Hrvatske i Bosne i Hercegovine. Stoga bi dokazivanje pripisivosti Srbiji i Crnoj Gori zločina počinjenih na području tzv. "Republike Srpske Krajine" nosilo iste teškoće kao i onih u "Republici Srpskoj" u Bosni i Hercegovini.

Ali uzimajući u obzir navode iz presude Međunarodnoga suda iz 2007. godine, čini se nemogućim dokazati da je genocid u Hrvatskoj, sa svim njegovim značajkama iz članka 2. Konvencije iz 1948. godine, uopće bio počinjen s bilo koje strane. U svakom slučaju trojicu odgovornih oficira bivše JNA pri padu Vukovara – Mrkšića, Šljivančanina i Radića – ni Tužiteljstvo Kaznenoga tribunala u Haagu nije optužilo za genocid, nego za zločine protiv čovječnosti i ratne zločine.⁴⁸ A bez neke pravo-

⁴⁸ Unatoč tomu što je Tužiteljstvo Tribunala za sve optuženike za strašni zločin na Ovčari zatražilo doživotne kazne zatvora, presudom njegova Prvostupanjskog vijeća od 27. rujna 2007. godine izrečene su neočekivano blage kazne. Mrkšić je osuđen na maksimalnu kaznu od 20 godina zatvora, Šljivančanin na samo 5 godina zatvora, a Radić je oslobođen od optužbe. Mrkšić je osuđen za ubojstva, mučenje i okrutno postupanje zarobljenika na Ovčari, tj. za kršenja zakonâ i običajâ rata iz članka 3. Statuta, ali samo za pomaganje i poticanje zločina koje su izvršili pripadnici Teritorijalne obrane i paravojskih snaga. Šljivančanin, koji je izvršavao zapovijedi Mrkšića, bio je osuđen samo za pomaganje i poticanje mučenja. Vijeće je, čini se s pravom, odbacilo optužbu za zajednički zločinački pothvat. Ali s obzirom da u toj presudi ima dosta dvojbi o činjenicama i pravnim kvalifikacijama, i u ovom slučaju treba pričekati konačnu presudu Žalbenoga vijeća Tribunala. Optužnica se nije odnosila na razaranje grada Vukovara pri njegovoj opsadi i na ubojstva i prisilno premještanje civila nakon njegova pada.

moćne presude toga Tribunala za počinjeni genocid na području Hrvatske, dolus specialis pred Međunarodnim sudom praktično se ne bi mogao dokazati.

Čini se da političarima koji su u 1999. godini donosili odluku o podnošenju te tužbe nisu bile sasvim jasne razlike u funkcijama i nadležnostima između Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnog suda u Haagu.⁴⁹ Oni su imenovali agente Hrvatske, od kojih je prvi bio američki odvjetnik, koji također nisu bili dovoljno obrazovani o svim pitanjima međunarodnoga prava, uključivši tu i upućenost u judikaturu Međunarodnoga suda.

A da su ti agenti savjesno proučili tekst i sve pravne posljedice presude toga Suda o prethodnim pitanjima iz 1996. godine, do te tužbe uopće nije trebalo doći. Ako su uopće pročitali tu presudu oni su valjda mislili da će taj Sud primjenjivati različita pravna pravila u parnicama pokrenutima tužbama Bosne i Hercegovine s jedne strane i Hrvatske s druge.

Gore izloženo pruža nam osnove i za šire zaključke. Naime pokazalo se nemogućim striktno odjeljivanje propisâ o kaznenoj odgovornosti pojedinca od onih o odgovornosti države u dvije zasebne cjeline. Kada se radi o međunarodnim zločinima, a napose o genocidu, ta dva aspekta odgovornosti valja uvijek razmatrati u njihovoj uzajamnoj korelaciji. Najčešće se radi o istim pravnim pravilima koja definiraju te zločine, a posljedice njihova počinjenja su za njihove žrtve iste.

Dolus specialis kao bitan sastojak genocida obuhvaća i “djelo” i “namjeru”.⁵⁰ Taj se zahtjev, dakle, procjenjuje prema kriterijima kaznenoga prava, ali za pripisivost genocida važe pravila svojstvena za odgovornost države. Međunarodna zajednica s razlogom insistira na tome veoma restriktivnom elementu genocida. Bez njega bi se taj najstrašniji međunarodni zločin banalizirao i razvodnio u njegovu poimanju.

Teret dokazivanja svih međunarodnih zločina u ispunjenju njihovih bitnih sastojaka uvijek je težak i iznimno zahtjevan.

Na početku djelatnosti Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju njegovi su suci htjeli olakšati taj posao svom Tužiteljstvu i djelovali su u stvari u neoprostivom dosluhu. Uvođenjem “testa cjelovite kontrole” oni su sami sebe ovlastili da se izjašnjavaju i o odgovornosti država. A glede odgovornosti osumnjičenih počinitelja kao a priori “agenata” treće države, nisu se obazirali ni na kriterije glede njihove osobne odgovornosti za djela koja su stvarno počinili, niti na ograničenja toga Tribunala u nadležnostima propisana njegovim Statutom. Prema tome kriteriju presudan je bio položaj neke osobe u hijerarhiji. Tu se osobu moglo kazniti umjesto stvarnoga krivca za počinjeni zločin koji je nedostupan Tužiteljstvu ili

⁴⁹ Ta se konfuzija ni u budućnosti neće sasvim izbjeći sve dok se u nas ta dva sudišta, te uz njih i stalni Međunarodni kazneni sud u Haagu, budu nazivali zbirnim imenom “Haški sud”.

⁵⁰ To je potvrdio i sam Međunarodni sud u svojoj presudi. Cf. I.C.J. Reports 2007, para. 186.

ono protiv njega nije pokrenulo istragu pod političkim pritiscima izvan Tribunala. Ipak je Žalbeno vijeće Tribunala kasnije odustalo od toga testa jer je on mogao kompromitirati čitavo međunarodno kazneno pravosuđe.

U biti se o istome radi uvođenjem pojma "zajedničkoga zločinačkog pothvata" (joint criminal enterprise), koji također nije predviđen Statutom Tribunala. Tu se ne radi o namjeri kriminalizacije Domovinskoga rata u Hrvatskoj nego o nečemu mnogo prizemnijem. Naime, Tužiteljstvo može po toj osnovi optužiti svakoga vojnog zapovjednika na terenu kao supočinitelja stvarno počinjenih zločina kao navodnoga sudionika toga "zločinačkog pothvata".⁵¹ Ipak treba pričekati prve presude Prvostupanjskoga vijeća Tribunala. Ukoliko se ne postave visoki standardi u dokazivanju supočiniteljstva svakoga člana takve navodne skupine (actus reus, mens rea), tu će praksu Tribunala valjati kritizirati jednako kao i "test cjelovite kontrole".⁵²

Međunarodni je sud u presudi o genocidu iz 2007. godine iskazao tendencije sasvim suprotne navedenima. Nitko tome Sudu ne bi mogao prigovoriti što se strogo pridržavao svoje nadležnosti iz članka 9. Konvencije o genocidu iz 1948. godine, i što nije dopuštao da se taj zločin protegne na neka druga nedopuštena djela koja nisu obuhvaćena njezinim člankom 2. Tko je mislio da od toga Suda može ishoditi nešto više, sam je sebe zavaravao i zavaravao je druge.

Ali tu valja primijetiti da, u okviru svojih mogućnosti prikupljanja dokaza, država tužiteljica ne može zadovoljiti visoke kriterije za dokazivanje dolus specialis koje je utvrdio sam Sud. U tome se slučaju Sud morao osloniti na presude Kaznenoga tribunala za bivšu Jugoslaviju. Da one nisu bile izrečene, on sam ne bi bio u stanju obaviti svoje funkcije iz Konvencije o genocidu. To potiče na razmišljanje.

Napokon, u pitanjima pripisivosti genocida u Srebrenici Saveznoj Republici Jugoslaviji temeljem članka 3. te Konvencije, i u skladu s odgovarajućim odredbama Pravilâ Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država, Sud je u svom diskrecijskom odlučivanju ispoljio naklonost prema tuženoj državi, danas Srbiji. Prema našem mišljenju on je morao otvoriti mogućnost da se Srbija osudi na isplatu dijela odštete žrtvama iz Srebrenice zbog toga što je prekršila svoju pravnu obvezu prevencije toga zločina. Sumnjamo da će se ta naklonost Suda isplatiti.

Na kraju, ova će opširna rasprava ispuniti svoju svrhu ako ukaže na to da su zastupanje neke države pred Međunarodnim sudom i obrana optuženika pred

⁵¹ Tu se ne radi o obliku pomaganja kaznenoga djela u odnosu na njegova stvarnoga počinitelja, kako to predviđa članak 25(3)(d) Rimskoga statuta. Tu se radi o supočiniteljstvu svih navodnih članova skupine u zločinu.

⁵² To, međutim, pretpostavlja da hrvatsko pravosuđe procesuirá stvarne izvršitelje tih zločina, kao i njihove neposredne zapovjednike. S druge strane, ukoliko Tužiteljstvo i Tribunal pretjerano restriktivno tumače svoje ovlasti, to može izazvati opravdane proteste javnoga mnijenja, jer neki strašni zločini mogu ostati nekažnjeni ili krivci mogu dobiti simbolične kazne.

međunarodnim kaznenim sudištima iznimno zahtjevni zadaci. Da bi se ti poslovi uspješno obavljali, nije dovoljan završen studij prava i moguće položen pravosudni ispit uz praksu u domaćem pravosuđu. Potrebno je steći naobrazbu u složenim pitanjima koja su predmet ove rasprave i upoznati se s praksom međunarodnih sudišta. Naime, međunarodni odnosi postaju sve bogatiji i sve složeniji. To u pravnim studijima zahtijeva nov pristup, kako međunarodnom kaznenom pravu tako i međunarodnom javnom pravu, koje treba studirati kao sustavne cjeline.

Gaetano Insolera*

IL DELITTO DI ASSOCIAZIONE CON FINALITÀ DI TERRORISMO NEL CODICE PENALE ITALIANO¹

(Kazneno djelo “associazione con finalità di terrorismo” u Talijanskom kaznenom zakoniku; Crime of “delitto di associazione con finalità di terrorismo” in Italian penal code)

Sažetak

Talijanski je Vrhovni sud u od luci iz listopada 2006 utvrdio interpretativne kriterije u odnosu na kriminalnu zavjeru u cilju međunarodnog terorizma. Za ta kaznena djela (članci 270bis i 270sexies TKZ) dvjema recentnim zakonodavnim intervencijama je cilj bio određenje rastuće pojave međunarodnog terorizma posljednja dva desetljeća prošlog stoljeća. Na kriterije definiranja utjecala su dva međunarodna izvora: Konvencija UN o sprječavanju financiranja terorizma iz 1999. i Okvirna odluka EU iz 2004. Iako su interpretativne smjernice Vrhovnog suda prihvatljive valja pripaziti na suviše široko tumačenje. To s obzirom na raznovrsnost sadržaja koje uključuje kriminalna zavjera u odnosu na zaštitu temeljnih političkih prava.

Ključne riječi: “delitto di associazione” – teorizam – talijansko zakonodavstvo

Summary

The Italian Supreme court in one decision dated October 2006 defines the interpretative criteria regarding the crime of criminal conspiracy with the purpose of international terrorism. Two recent legislative interventions had determined these criminal acts (art 270 bis and 270 sexes c.p.i.) in their growing phenomenon of international terrorism in the last two decades of the past century. The definition of such crime is influenced by two international sources: the UN Convention on terrorism financing dated 1999 and the UE's landmark decision dated 2004. Even though the interpretation guidelines elaborated by the Supreme court are acceptable a special attention should be given when it comes to extended interpretation of case law. Thus, taking into consideration the variety of the matter involved by the conspiracy crimes in their relation with the protection of fundamental political rights.

Key words: “delitto di associazione” – terrorism – Italian legislation

* Professore ordinario, Facoltà di Giurisprudenza, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna/Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Bologni/Full professor, Faculty of Law, University of Bologna.

¹ Izvorni naslov rada je: Il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale nel Codice penale italiano. Zbog teškoća s prijevodom na hrvatski i engleski naslov je skraćen – op. ur.

1. Le prime interpretazioni del nuovo reato

In tempi recenti abbiamo visto cristallizzarsi, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, le prime linee interpretative del delitto di associazione finalizzata al terrorismo internazionale (artt. 270 bis – 270 sexies c.p.i.). Mi riferisco soprattutto ad una importante decisione dell'Ottobre 2006.²

Vedremo tra poco come sia entrata nell'ordinamento italiano questa nuova figura di delitto associativo. L'interesse suscitato dalla sentenza richiamata è prodotto dalla ricchezza e completezza delle sue argomentazioni.

In presenza di una nuova disciplina, imposta dal manifestarsi di fenomeni criminali inediti e di estrema gravità, è prevedibile che si inneschi un complesso percorso interpretativo. Basti pensare alle vicende del delitto di associazione di tipo mafioso, introdotta nel c.p.i. nel 1982 in una fase della criminalità mafiosa caratterizzata da elementi di novità e culminata con l'assassinio del Gen. Dalla Chiesa. Ebbene, sono occorsi anni perché si consolidassero le linee interpretative dell'art. 416 bis. Fino alla recente sentenza delle Sezioni Unite (Mannino)³, con le sue precise affermazioni in tema di partecipazione e concorso eventuale in associazione mafiosa. Ma dietro questa decisione del 2005, ci sono più di vent'anni di conflitti giurisprudenziali, e varie decisioni delle stesse Sezioni Unite.⁴ E' quindi facilmente profetizzabile che anche a proposito della Associazione finalizzata al terrorismo internazionale quelli citati siano i primi importanti passi verso un progressivo consolidarsi delle linee interpretative.

2. Le diverse fasi della questione del terrorismo internazionale

La vicenda che porta all'introduzione, nell'ordinamento penale italiano, del reato di associazione con finalità di terrorismo internazionale non inizia con l'11 Settembre 2001.

Da un punto di vista storico il termine terrorismo compare nella legislazione penale italiana nel 1980, con l'introduzione, nel c.p., dell'art. 270 bis da parte della legge n° 15 del 1980, intitolato "Associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico".⁵ La nuova incriminazione era stata sollecitata da notori,

² C. Cass.I Sez. pen., 11 ottobre 2006 -17 gennaio 2007 n. 1072, Bouyahia Maher in Guida al Diritto n. 17/2007. Sulla sentenza i rilievi di F. Viganò 'Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270bis c.p.recente esperienza giurisprudenziale in Cass. Pen. 2007, 3953 ss.

³ Cass. Pen. S.U. 20-9-2005 n. 33748, Mannino in Foro it. 2006, 2,2, c. 80, con nota di Fiandaca e Visconti.

⁴ Tra le altre, v. Cass. Pen. S.U. 5-10-1994, Demitry in Foro it.. 1995, II, 422, con nota di Insolera; Cass. Pen. S.U. 30-10-2002 n. 22327 Carnevale in Guida al diritto 2003, 30, 60.

⁵ Più precisamente la comparsa della fattispecie ex art. 270 bis c.p. fu di poco preceduta dall'introduzione dell'art. 289 bis c.p. "Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di

gravissimi fatti di terrorismo interno, qualificato da condotte violente volte a seminare panico nella collettività condizionando i pubblici poteri.⁶ L'art. 270 bis tuttavia introduceva un'ulteriore finalità: quella di eversione dell'ordine democratico.⁷ Ciò non mancò di suscitare perplessità per la perdurante, contemporanea vigenza della associazione sovversiva (art. 270), retaggio questo della codificazione autoritaria del 1930. Problematico era infatti distinguere le nozioni di eversione e di sovversione, anche in conseguenza della interpretazione consolidatasi a proposito dell'ultimo concetto – in termini di azione programmaticamente violenta – così da renderlo compatibile con il disposto dell' art. 18 Cost. in tema di libertà di associazione.⁸ La recentissima riforma del delitto di associazione sovversiva ha infine reso veramente impossibile la distinzione tra le aree di applicazione delle due norme.⁹

eversione” ad opera del d.l. n. 59 del 1978 convertito con modificazioni nella l. n. 191 del 1978, adottato sotto la spinta emotiva provocata dalla tragedia di Via Fani a Roma, avvenuta il 18 marzo 1978, nell'ambito della quale fu rapito Aldo Moro e trucidata la sua scorta.

- ⁶ Il d.l. 15 dicembre 1979 n° 625 contenente “Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica “ e convertito in l. n° 15 del 1980, infatti, fu adottato quale misura normativa di reazione all'irruzione di un commando armato nei locali della Scuola di Amministrazione aziendale in Via Ventimiglia a Torino avvenuta 5 giorni prima della presa di posizione da parte del legislativo. Sul punto v. G. Conso, *Introduzione a La finalità di terrorismo ed eversione* a cura di P.L. Vigna, Giuffrè 1981.
- ⁷ Oltre a ricordare che la discrasia sussistente tra la rubrica, recante la disgiuntiva “e”, ed il corpo della norma, riferito solo alla finalità eversiva, aveva indotto la dottrina a ritenere le due finalità un'endiadi, anche alla luce della rubrica dell'art. 289 bis in cui compariva la disgiuntiva “o”, preme qui dar conto dell'interpretazione autentica intervenuta ex art. 11 della L. n. 304 del 1982 che identifica la finalità eversiva con l'eversione dell'ordine costituzionale (italiano).
- ⁸ Sul rapporto tra art. 270 e 270 bis c.p. v. P.L. Vigna, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Giuffrè 1981. L'A. afferma che le due fattispecie configurano associazioni aventi il medesimo oggetto costituito dal compimento di reati diversi contro la personalità dello Stato, caratterizzati dalla violenza e/o dalla minaccia; tuttavia esse si differenziano con riferimento al loro scopo, cioè allo specifico interesse che, mediante il divieto di tali associazioni, l'ordinamento vuole proteggere: detto interesse è rappresentato, solo nell'art.270 bis, dall'ordine democratico; l'Autore rinviene poi un ulteriore carattere distintivo tra i due reati consistente nel fatto che nella struttura della fattispecie descritta dall'art. 270 è inserita una condizione territoriale di punibilità, in quanto la condotta illecita deve realizzarsi nel territorio dello Stato, mentre l'art. 270 bis sanzionerebbe fatti che possono avvenire anche al di fuori dello Stato; contra v. C. Cost n° 578/1996. Secondo un'ulteriore opinione, ciò che distinguerebbe l'art. 270 bis dall'art.270, oltre che un più severo trattamento sanzionatorio, sarebbe costituito da un più immediato riferimento al compimento di atti di violenza dell'art 270 bis rispetto alla più ampia dizione dell'altra norma: in tal modo l'art. 270 bis costituirebbe una norma speciale rispetto alla generica di cui all'art. 270 . Sul punto v. anche De Francesco, *Commento all'art 3 della l. n°15/1980 in La Legislazione Penale*, 1981, p. 49 ss.
- ⁹ Vedi A. Gamberini-G. Insolera *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro*. A proposito della riforma dei reati di opinione, in *La legislazione penale compulsiva* (a cura di G. Insolera), Cedam, 2006, 139 ss.

In Italia il contesto storico degli anni '70 e '80, è quello del terrorismo interno, magari con contatti internazionali determinati da affinità ideologiche. Si trattava comunque di un fenomeno che, anche se si manifestava in forme estremamente violente, era però basato su un progetto politico antagonistico rispetto alle istituzioni politiche del paese attaccato.

Il tema del terrorismo internazionale si presenta in Italia nel corso degli anni '90. Si parla di una prima fase del terrorismo internazionale come fenomeno emergente e come risposta ordinamentale.¹⁰ Il problema fu posto principalmente dall'operare in Italia di cellule riconducibili al FIS e al GIA algerini. In Algeria, nel corso degli anni '90, si verificò una vera e propria mattanza. Intere comunità vennero massacrate da formazioni riconducibili a quelle sigle. Si pose quindi il problema relativo a cellule che in Italia operavano come retrovia logistica di queste associazioni operanti in Algeria. Più specificamente quello della configurabilità, accanto ai reati eventualmente commessi ai danni di compatrioti o per favorire gli adepti, del delitto di associazione con finalità terroristica. La Corte di Cassazione – e la ritengo posizione condivisibile appieno – per escludere quell'ipotesi utilizzò il riferimento al bene giuridico protetto in funzione interpretativa.¹¹ In assenza, nell' art. 270 bis, di qualsiasi riferimento al terrorismo internazionale si affermò che il delitto associativo puniva aggressioni alla sola personalità dello Stato Italiano. Ferma restando, ovviamente, la punibilità per gli eventuali delitti scopo commessi nell' ambito della nostra giurisdizione. E' quasi un paradosso che il bene giuridico "personalità dello Stato", tanto criticato per la sua dimensione eticizzante, coerente con l'ideologia autoritaria del fascismo, questa volta abbia giocato un ruolo restrittivo della penalità!¹²

A questa fase ne succede una seconda, avviatasi dopo l' attentato dell'11 Settembre 2001. Il potere legislativo interviene molto rapidamente sospinto dal clamore immane della vicenda. Accanto a interventi di carattere processuale (in particolare identificando la Procura competente in base agli stessi criteri dell' antimafia)¹³ si vuole superare lo

¹⁰ G. Salvini, L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica in Cass. Pen. n. 10/2006, p. 3366 ss

¹¹ Così, ad esempio, Sez. VI, 30 gennaio 1996, n.561, Bendebka in Cass. Pen. 1997, p. 1332 ss.

¹² Dubbi sulla stessa configurabilità della "personalità dello Stato" quale bene tutelabile penalmente sono espressi da T. Padovani, Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II c.p. in Riv. It. di Dir. e Proc. Pen., 1982, p.3 ss.; nello stesso senso v. G. Grasso, Nota introduttiva al Titolo I del Libro II: "Dei delitti contro la personalità dello Stato" in Commentario breve al codice penale a cura di Crespi-Stella-Zuccala', Cedam, 1999, p. 667 ss.

¹³ Sulle novità di carattere processuale introdotte dal d.l. n° 374/2001 conv. nella l. n. 438 del 2001 v. L. Pistorelli, Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale in Guida al diritto n. 42/2001, p. 67 ss.; Id., La competenza passa a p.m. e g.i.p. distrettuale: così il coordinamento avanza prudente in Guida diritto n. 50/2005, p.26 ss.

sbarramento costituito dalla giurisprudenza della Cassazione a proposito di cellule terroristiche operanti in Italia. Nell' art. 270 bis è inserito il terzo comma: "Ai fini della legge penale la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno stato estero, una istituzione e un organismo internazionale".¹⁴

E' importante notare come la nuova norma non parlasse anche della finalità di eversione dell'ordinamento costituzionale. Era quindi escluso che la fattispecie comprendesse la tutela di un ordinamento costituzionale estero. Questa scelta del legislatore del 2001 fu una scelta condivisibile. Se infatti si estende la prospettiva internazionale anche alla finalità eversiva si finisce con l'affidare al potere giudiziario nazionale una sorta di valutazione del tasso di democrazia, e, quindi, di meritevolezza di tutela dello Stato estero interessato. Per fare questo il giudice dovrà basarsi sui lineamenti dell' ordinamento giuridico interessato, o potrà considerare, ad esempio, anche il diritto penale sotterraneo? (15). E di quali mezzi di prova dovrà servirsi? Il discorso ci conduce al tema delle c.d. black list , redatte da organismi sovranazionali o, addirittura, dai servizi segreti delle varie nazioni, in tema di organizzazioni terroristiche. Ma, se il discorso si sposta sulle associazioni eversive dell'art. 270 bis, la questione assume toni quasi paradossali. In base a quali conoscenze, a quali massime di esperienza, il giudice deciderà sulla natura eversiva di gruppi o movimenti che, magari, combattono, anche con mezzi violenti, feroci dittature ?

La finalità di eversione interpretata come finalità di "destabilizzazione", ancorché violenta anche di uno Stato estero, rischia di definire un inumano "ordine repressivo mondiale", capace di annichire qualsiasi diritto di resistenza all' oppressione e la dimensione più genuinamente liberale del delitto politico.¹⁶Si fornisce il nostro braccio armato a qualsiasi aberrante sistema politico.

Il legislatore nel 2001 sembra aver meditato su questo rischio molto attentamente. Abbiamo così la sentenza Nerozzi del 1° Luglio 2003, che interpreta l'art 270 bis appena riformato.¹⁷Si trattava di una cellula, composta da italiani e operante in

¹⁴ Va ribadito che nel testo originario del d.l. n° 374/2001 la finalità di terrorismo internazionale costituiva un'autonoma fattispecie di reato, da inserire in un nuovo art. 270 ter, mentre era stata lasciata inalterata la fattispecie utilizzata per la repressione del terrorismo c.d. interno, ex art 270 bis. In sede di conversione, la legge n°438/2001 ha invece sostituito in toto la disposizione dell'art. 270 bis accorpandovi l'ipotesi della finalità di terrorismo anche internazionale. Sul punto v. E. Rosi, Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale in *Diritto penale e processo* n. 2/2002, p. 150 ss.; C. Piemontese, *Commento all'art 1 del d.l. 18 ottobre n. 374 in Legislaz. Pen.* 2002, p. 777 ss.

¹⁵ Quell' insieme di pratiche di "terrorismo di stato" descritte da R. Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, 2002, 25.

¹⁶ L. Ferrajoli, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto in Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Sapere, 1984, 49 ss.

¹⁷ C. Cass. 1 luglio 2003, Nerozzi e altri., in *Foro it.* 2004, II, c. 217 con nota di G. Leineri, che riconosce la volontà legislativa di estendere la punibilità per i soli fatti commessi con finalità

Italia, che programmava un golpe contro il governo islamico delle isole Comore. La Cassazione, annullando una misura cautelare, metteva in risalto come il legislatore avesse inteso estendere la punibilità solo alla finalità terroristica. Escluso invece che una giurisdizione straniera possa sindacare la democraticità di uno Stato.

La terza fase si sviluppa dal Luglio 2005, dopo gli attentati alla metropolitana di Londra. Il D.L. n. 144 del 2005 prende atto dell'assoluta unicità, specialità del terrorismo internazionale rispetto alla difesa approntata, in passato, contro il terrorismo interno. Anche in questo caso a strategie extrapenali, preventive di tipo politico-amministrativo – in particolare la previsione, in capo al ministro dell'interno, del potere di emanare decreti di espulsione senza preventivo controllo dell'autorità giudiziaria – troviamo la definizione di terrorismo, inserita nel c.p.i., con la previsione dell' art. 270 sexies.¹⁸ La nuova norma recepisce la Decisione quadro del 13 Giugno 2002¹⁹ e, su questa materia, terrorismo internazionale, è evidente che giocano e giocheranno sempre, in base alla clausola finale della stessa definizione, fonti sovranazionali. Nel 2005, a proposito della definizione di terrorismo la fonte internazionale più rilevante era sicuramente la Convenzione ONU del 1999, contro il finanziamento del terrorismo.²⁰

di terrorismo e non per quelli commessi con finalità eversiva, così ribadendo l'autonomia delle due finalità che non costituiscono, dunque, un'endiadi. Sul punto vedi anche, in dottrina, E. Rosi, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione* in *Dir. Pen. e Proc.* 2002, p. 150 ss.; G. Salvini, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale*, op. cit. p.3368.

¹⁸ Il nuovo art. 270 sexies c.p.i. recita: “Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o da altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia”

¹⁹ Si tratta della Decisione quadro 13 Giugno 2002 n. 2002/475/GAI il cui testo è reperibile sul sito: www.eu.it. Risulta utile ribadire che il legislatore italiano, con il d.l. n. 144 del 2005 convertito nella l. n. 155 del 2005, ha inteso colmare la lacuna presente nell'ordinamento interno fino a quel momento sfornito di una definizione di “terrorismo” recependo, ex art. 270 sexies c.p., il contenuto della Decisione quadro del 13 giugno 2002, nonché conformarsi alle previsioni della Convenzione di Varsavia del 2005 in materia di Prevenzione del terrorismo, introducendo le previsioni ex artt. 270 quater e 270 quinquies c.p. che sanzionano condotte prodromiche rispetto a quelle propriamente terroristiche. Per un primo commento alla Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa del 2005, v. Perduca, *Terrorismo: con la Convenzione di Varsavia obiettivo su giurisdizione e reati connessi* in *Guida dir.* n. 30/2005, p. 126 ss.

²⁰ Si tratta della Convenzione Onu del 1999 in materia di Lotta al finanziamento al terrorismo, ratificata con l. n. 7 del 2003.

Quale è la struttura della definizione di terrorismo adottata dalla legislazione italiana? Si ipotizzano condotte che per natura o per contesto possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale. E' previsto un triplice dolo specifico alternativo: a) Intimidazione della popolazione; b) costrizione dei poteri pubblici o di organizzazione internazionali a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; c) destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale. Ebbene, è questa ultima la vera, cattiva novità.

Mi riferisco all'assimilazione al terrorismo della sovversione e/o eversione degli ordinamenti politici, economici o sociali o, sinteticamente, degli ordinamenti costituzionali (oggi, con la riforma del 270, in definitiva è lo stesso).²¹

Provo a riassumere le critiche mosse alla definizione adottata dall' art. 270sexies:

- A) Sotto il profilo della determinatezza [art. 25, 2° comma Cost.; art. 7 CEDU]:
 - a) il riferimento ad un piuttosto vago concetto di grave danno;
 - b) la mancata esplicitazione della natura violenta delle condotte. Certo, si tratta di connotato implicitamente desumibile, in ragione del parallelo operare delle garanzie di libertà politica. Una espressa previsione sarebbe stata comunque più tranquillizzante;
- B) l'assente riferimento alla qualità della vittima;
- C) ma il nodo più problematico è costituito dall' inserimento della finalità di eversione, quale terza ipotesi alternativa della finalità di terrorismo. Penso ancora alla finalità di realizzare condotte destabilizzatrici contro regimi che, notoriamente praticano l'annientamento degli avversari politici. Lo Stato italiano, che giudica per fatti commessi da una cellula operante ad esempio a Milano, condanna severamente, in nome di un ordine mondiale, indistinto nelle sue colorazioni.²²

Questo errore è recepito dalla Decisione quadro che ho citato. Si dirà: è una fonte europea, non una fonte ONU, organismo, quest'ultimo, che ha a che fare, già nel Consiglio di sicurezza, con regimi impresentabili e vergognosi. Nel nostro caso siamo nell'ambito dell'UE: è quindi pacifico che l'operatività della definizione dovrà necessariamente contemperarsi con i diritti ed i principi fondamentali garantiti dall'art. 6 del TUE. Per intenderci quelli che presidiano i severi test di ingresso nella Unione. Quindi, o sul terreno delle scriminanti o su quello della stessa tipicità, quella pericolosa ambiguità indotta dal testo della definizione adottata potrà

²¹ G. Gamberi - G. Insolera, op. cit.

²² Identifica l'oggetto tutelato dalla fattispecie di terrorismo internazionale con il nuovo concetto di "ordine pubblico mondiale" o di "sicurezza pubblica mondiale", Rosi, Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione in Dir. Pen. Proc, 2002, p. 157 ss.

essere superata. E' difficile restare veramente tranquilli. Se non altro pensando ad una operazione, già ne abbiamo parlato, affidata al potere giudiziario e ai suoi strumenti ricostruttivi. Senza nulla togliere alla necessità ed intensità del momento interpretativo, mi chiedo ancora: come il giudice stabilirà se le condotte, sorrette da quelle finalità, sono atipiche o sono scriminate dall'esercizio di diritti fondamentali? Con quali informazioni sul contesto socio-politico di riferimento?

3. La Convenzione ONU del 1999 e la Decisione Quadro del 2002

Soffermiamoci ora sulle due fonti sovranazionali cui ho fatto riferimento: la Convenzione ONU del 1999 e la Decisione quadro del 2002. Ci aiuta, per la qualità degli argomenti interpretativi, la decisione della Corte di cassazione che ho citato all'inizio. In tema di definizione del terrorismo, sono questi i due atti fondamentali, ciò rispetto ad altre convenzioni internazionali che, secondo la Corte, hanno invece una limitata importanza.²³ Quanto alla Convenzione ONU, in mancanza di una convenzione globale in materia di terrorismo, la cui approvazione è da decenni ostacolata dal dissenso tra gli Stati aderenti all'ONU in merito ai fatti di terrorismo compiuti nel corso di guerre di liberazione e di lotte armate per l'attuazione del principio di autodeterminazione dei popoli, va rilevato che la formulazione della convenzione ha una portata così ampia da assumere il valore di una definizione generale, applicabile sia in tempo di pace che in tempo di guerra e comprensiva di qualsiasi condotta diretta contro la vita o l'incolumità di civili o, in contesti bellici, contro "ogni altra persona che non prenda parte attiva alle ostilità in una situazione di conflitto", al fine di diffondere il terrore fra popolazione o di costringere uno Stato o un'organizzazione internazionale a compiere o ad omettere un atto. La formula definitoria tracciata dalla decisione quadro del 2002 si discosta da quella della convenzione ONU del 1999, della quale pure ricalca in gran parte le linee, per due aspetti. Per un verso, l'area applicativa dei reati terroristici risulta più limitata, riguardando soltanto fatti commessi in tempo di pace, come risulta esplicitamente dall'undicesimo "considerando" introduttivo, che esclude dalla disciplina "le attività delle forze armate in tempo di conflitto armato", secondo le definizioni date a questi termini dal diritto internazionale umanitario: di talché la definizione in esame fa salve le attività poste in essere in tempo di guerra, regolate dal diritto internazionale umanitario e, in primo luogo, dalle convenzioni di Ginevra e dai relativi protocolli aggiuntivi. Per altro verso, la decisione quadro ha ampliato la nozione delle attività terroristiche prevedendo che queste siano connotate anche dalla finalità eversiva, vale

²³ La Corte, infatti, ribadisce la portata settoriale delle numerose convenzioni internazionali che si sono succedute nel tempo, incriminando, esse, singole attività tipicamente terroristiche (dal dirottamento di navi o aeromobili alla presa degli ostaggi).

a dire dallo scopo di “destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o di un’organizzazione internazionale”, elemento questo assente nel testo della Convenzione del 1999. Comune alle due definizioni è tuttavia il connotato tipico del terrorismo costituito dalla “depersonalizzazione delle vittime” con la finalità di seminare indiscriminata paura nella collettività per costringere un governo o un’organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere una determinata attività.

4. Il terrorismo internazionale

Ma prima di esaminare e riflettere sulle soluzioni offerte dalla giurisprudenza, soffermiamoci sul contesto veramente straordinario, sulla novità manifestatasi con il terrorismo internazionale dopo l’11 settembre 2001. Su ciò che ha imposto un adeguamento del livello normativo sia interno sia internazionale. E’ il fenomeno del terrorismo globale e delle guerre asimmetriche. Quanto al primo, rispetto ad altre esperienze riconducibili alla nozione di terrorismo ed egualmente dotate di operatività transnazionale, il fenomeno impostosi all’attenzione dopo l’11 settembre 2001, non mostra di avere interlocutori in realtà statuali nazionali o in organismi sovranazionali, se non nei termini di azioni devastanti ed esemplari rivolte contro di esse (principalmente U.S.A., Russia, Israele e loro alleati).

Il nuovo terrorismo sfugge ad una descrizione in termini organizzativi. L’immagine è piuttosto quella di una rete di cellule pronte a raccogliere indicazioni e messaggi provenienti da un incontrollabile sistema di comunicazione mondiale.

A differenza di altre esperienze storiche, il terrore religioso (che oggi è principalmente quello islamico) non ha, se non marginalmente, rivendicazioni nazionalistiche, o separatistiche o politico rivoluzionarie. A questo proposito si parla piuttosto di “messianesimo”.

Principalmente, l’obiettivo del terrorismo religioso è l’eliminazione dei nemici più che la loro persuasione, con la conseguente estraneità da qualsiasi strategia di possibile pacificazione o mediazione.

La violenza è pressoché illimitata, e gli autori non sono distolti dagli esiti politicamente controproducenti delle uccisioni indiscriminate. Ad essi non interessa altro sostegno politico che quello del gruppo, o della rete, di appartenenza. Con il terrorismo globale è connessa la realtà delle guerre asimmetriche.

In esse si perde la spazialità politica moderna degli Stati, rappresentata dai confini e dai territori. Le guerre asimmetriche, globali, implicano che le linee di confine corrano all’interno di qualsiasi luogo, attraverso ogni singola nazione. Nel loro contesto entra in crisi, sul piano giuridico, la distinzione tra diritto internazionale umanitario (*jus in bello*) e diritto penale del singolo Stato, con la sua capacità di perimetrare un ambito

interno di ordine e di sicurezza.²⁴ Ciò è reso evidente dal rapporto, evidenziato dalla Corte di Cassazione, tra Convenzione ONU e Decisione quadro del 2002.

Ritorniamo così alla questione dei margini da affidare al diritto penale nella risposta al terrorismo internazionale.

La mediazione giuridica, per non apparire mera finzione, una copertura solo formale di politiche di incapacitazione militare del nemico (già ampiamente praticate), deve immaginarsi una prospettiva che, se non “perdona” il metodo adottato, vede sullo sfondo una possibilità di integrazione e pacificazione sulla base proprio di una incontestabile comunione dei valori religiosi, politici, economici e sociali. Nelle esperienze di terrore, anche le più raccapriccianti, che il Novecento ha conosciuto (penso al Nazismo o alla Cambogia dei Khmer), è su questo schema che si è articolata una risposta giuridica. La novità assoluta e sconcertante, dell’oggi, è costituita dalla circostanza che proprio i diritti fondamentali dell’uomo siano l’oggetto e la causa della guerra dichiarata dal terrorismo internazionale. Il moderno “terrore religioso” individua infatti nella secolarizzazione dello Stato, nell’emancipazione delle donne, nell’istruzione, nella libertà della scienza e in quella di espressione, nella stessa protezione della vita, non valori comuni a tutta l’umanità, ma strumenti di aggressione utilizzati dalla cultura occidentale, che “giustificano” un permanente stato di guerra.²⁵

5. I delitti associativi

Lo strumento di cui stiamo ragionando è costituito dal delitto associativo. Tradizionalmente questa tipologia criminosa implica una forte anticipazione della tutela degli interessi in gioco e della punibilità, ciò è ben espresso, nell’ordinamento italiano, della clausola “per ciò solo” a cui è subordinata la configurabilità dell’archetipo punito dall’ art. 416 c.p. Come è noto le condotte associative sono punibili senza che abbia alcun rilievo un inizio di esecuzione del programma criminoso. Con un lessico tradizionale, manualistico: requisiti sufficienti del delitto associativo sono l’organizzazione e lo scopo. Nella dimensione interna, il delitto associativo politico storicamente si caratterizza per la sua massima tensione con alcuni fondamentali diritti di libertà politica, a cominciare da quello di associazione.

Nonostante sembri che la odierna cultura giuridica abbia ormai metabolizzato il delitto associativo, nell’ambito del cosiddetto diritto penale di lotta (al terrorismo, alla mafia, al crimine organizzato e transnazionale, al narcotraffico, ma anche per la tutela dell’ ambiente, fino al contrabbando di sigarette),²⁶ è inconfutabile la sua

²⁴ C. Galli, *La guerra globale*, Laterza, 2002, 47 ss.

²⁵ G. Insolera, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale* in *Dir. Proc. Pen.* n.11/2004, p. 1325 ss.;

²⁶ Vedi, ad es. gli art. 270 bis c.p., 416 c.p., 416 bis c.p., art. 74 T.U. stupefacenti, art. 260 D.lgs. 152/06, art.291quater D.P.R. n. 43/73.

connotazione eminentemente preventiva. Questo dovrebbe sconsigliarne una fisiologica metabolizzazione negli ordinamenti liberal-democratici. Ma quello italiano ha una tradizione e una passione sconfinata per i delitti associativi, che vince la loro faticosa conciliabilità con un diritto penale del fatto e della offesa. E' questo quello che chiamerei il peccato originale dei delitti associativi, che si manifesta in tutta la sua odiosità quando ragioniamo di delitti associativi politici, per la loro possibile interferenza con libertà fondamentali. Questo è lo scenario interno. Se spostiamo il discorso a livello sovranazionale, nello scenario della guerra globale asimmetrica, si presentano problemi ulteriori. Il nuovo delitto di associazione terroristica internazionale si deve confrontare anzitutto con quello che potrà essere ritenuto una realtà oppure un mito, ma che comunque appartiene alla retorica fondante delle nostre democrazie: mi riferisco al diritto di resistenza, anche violenta, contro la tirannia politica.

E' questo un luogo da sempre molto frequentato dalla filosofia politica: il diritto di opporsi alla legge ingiusta, l'obbligo di non applicarla. Nelle vicende europee del Novecento è centrale l'esperienza dei totalitarismi. Ma come si cala questa retorica nel nuovo scenario della guerra globale?

Con una riproposizione del terzomondismo. In una versione a cui ben si ataglia quella che è stata definita di recente "la deplorabile prefazione" di Jean Paul Sartre ai "I dannati della terra" di Franz Fanon.²⁷ La "presunzione d'innocenza dell'uomo" che sta alla base dello Stato di diritto è invece negata dal radicalismo rivoluzionario, fino a quello di Al Qaeda.²⁸ Nessuno è innocente né il civile, né il bambino nella guerra globale oggi dichiarata dal terrorismo fondamentalista islamico.

Con nuovi equivoci! Pochi giorni prima dell'11 settembre 2001, nel corso della conferenza di Durban, organizzata dall'ONU contro il razzismo, si registrò il clamoroso abbandono della delegazione statunitense ed israeliana, poste sul banco degli imputati da un documento approvato per acclamazione dal forum delle Organizzazioni non governative, che spostava sul conflitto arabo-israeliano il fuoco dell'attenzione. Con l'accusa ad Israele di essere uno "stato razzista e colpevole di crimini di guerra, atti di genocidio e pulizia etnica".²⁹ Perché è interessante richiamarsi a quell'episodio?

Esso dimostra la possibilità che, dietro le più nobili intenzioni del "terzomondismo", del riscatto del Sud del mondo, si possano contrabbandare mistificazioni. Ciò, se è vero che tra i Paesi che, ancora oggi, praticano forme di schiavitù su base razziale,

²⁷ Così A. Garapon, Possibile una lotta democratica contro il terrorismo, in Crit. Dir. 2005, riportando il seguente passaggio. "Uccidere un europeo è prendere due piccioni con una fava: è distruggere un oppressore e l'uomo che l'opprime allo stesso modo: restano infatti un uomo morto e un uomo libero" della prefazione di J.P. Sartre a F. Fanon, I dannati della Terra, Einaudi, 1975.

²⁸ A. Garapon, op. cit., 367.

²⁹ Si veda <http://www.radioradicale.it/durban-conferenza-onu-contro-il-razzismo>.

vi sono alcuni paesi arabi. Attraverso lo sfruttamento della emigrazione, soprattutto dall' Africa subsahariana, se non addirittura con il perpetuarsi della vera e propria tratta. Infine, un'altra questione: rispetto agli strumenti giuridici apprestati, attraverso quali mezzi il giudice "conosce" il terrorismo internazionale?

Nell'esperienza dei processi riguardanti il terrorismo interno le Corti potevano disporre di un sistema di conoscenze e di riferimenti via via più solidi. Con una progressiva elaborazione di credibili, accettabili, massime d'esperienza. Alla stessa maniera, dal 1982, la sperimentazione di linee interpretative sulle associazioni di tipo mafioso: sono comunque occorsi più di venti anni perché, attraverso conoscenze proprie e precedenti giudiziari, si acquisisse uno strumentario adeguato. Basti pensare al tema della individuazione della differenza tra partecipazione all' associazione e concorso eventuale in essa.

6. Una prima, condivisibile, lettura degli artt. 270bis e 270sexies.

Torniamo alla importante decisione della Corte di Cassazione del 2006 da cui siamo partiti, per cercare di rispondere alle questioni poste.

Anzitutto sulla base della Convenzione ONU del 1999 e della Decisione quadro del 2002, la Corte, censurando la decisione sottoposta al suo vaglio,³⁰ arriva alla conclusione che la finalità di terrorismo è configurabile dall'integrazione della normativa interna con la fonte internazionale. Da ciò deriva che la finalità di terrorismo è configurabile anche quando le condotte siano compiute nel contesto di conflitti armati – qualificati tali dal diritto internazionale, anche se consistenti in guerre civili interne – e siano rivolte, oltre che contro civili, contro persone non attivamente impegnate nelle ostilità, con l'esclusione, perciò, delle sole azioni dirette contro i combattenti, che restano soggette alla disciplina del diritto internazionale umanitario. "Quella adottata dall'art. 270 sexies è qualificabile come una definizione aperta destinata ad estendersi e a restringersi in base alle convenzioni internazionali ratificate o che saranno ratificate. Se noi la coordiniamo con la Convenzione ONU, resa esecutiva in Italia con la L. n. 7 del 2003, non trova ragione l'eccezione operata dai giudici di merito. Infatti la fonte internazionale qualifica come terroristico "ogni atto finalizzato a causare la morte o lesioni personali ad un civile, o ad ogni altra persona che non prende attivamente parte alle ostilità in una situazione di conflitto armato": sicché nella categoria devono essere compresi anche gli attacchi

³⁰ Ass. app. Milano, 28 novembre 2005, Bouyahia Maher in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, p. 1097 ss. che aveva considerato terroristici "solo gli atti esclusivamente diretti contro la popolazione civile", escludendo conseguentemente che in una situazione di conflitto armato le azioni suicide dei c.d. Kamikaze, se compiute contro obiettivi militari, possano definirsi terroristiche, anche se producono danni gravi e diffondono paura tra la popolazione civile".

diretti contro militari impegnati in compiti del tutto estranei alle operazioni belliche e a queste neppure indirettamente riconducibili, quale ad esempio, lo svolgimento di aiuti umanitari.

Ma l'opinione non può essere accolta nella sua assolutezza anche sotto un ulteriore profilo, dato che nei contesti di conflitto armato (tra Stati o di guerra civile) possono ben presentarsi situazioni nelle quali gli atti di violenza sono rivolti tanto contro militari quanto contro la popolazione civile, allorquando – per la natura di tali atti, per i mezzi impiegati e per le specifiche condizioni nelle quali sono compiuti – essi risultano sicuramente produttivi di gravi danni non solo ai militari ma anche ai civili”.

Ancora, la Corte di Cassazione ritiene applicabili anche al delitto di associazione terroristica internazionale i criteri elaborati dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite sul controverso tema della partecipazione all'associazione criminosa e delle sue differenze dal concorso eventuale.³¹ La decisione affronta espressamente il problema della causalità sia sul versante generale della tipicizzazione del contributo punibile nel concorso eventuale, sia nell'ambito delle fattispecie associative per l'identificazione della condotta di partecipazione, contribuendo infine ad una ridefinizione del concorso cd. esterno.

Quanto al primo profilo, più generale, “il contributo concorsuale (cd. concorso esterno) deve avere avuto “una reale efficienza causale” deve essere stato “condizione necessaria” – secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non* proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate (c.n.) – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto...”. La nozione di partecipazione (interna) al reato associativo viene elaborata al di fuori di un paradigma causale – che renderebbe assai problematica l'identificazione del confine con il cd. concorso esterno – ricorrendo a moduli di tipo organizzatorio, dotati tuttavia di una corposità che riesce a stagliarli sia dal tradizionale requisito meramente psicologico della *affectio societatis* sia dalla dimensione esangue e statica della semplice messa a disposizione potenziale”. È sulla base di questi due punti di riferimento che le SS.UU. giungono quindi a confermare, ridefinendola, la configurabilità del concorso esterno.

Sempre prendendo spunto dalla sentenza Mannino e quindi dall'adozione di un modello organizzatorio per definire l'associazione criminale “i giudici di merito avrebbero dovuto stabilire se le attività di supporto logistico a favore dell'associazione operante all'estero – realizzate attraverso la raccolta di fondi, la fornitura di documenti falsi e il favoreggiamento dell'ingresso clandestino in Italia delle persone la cui destinazione era quella di recarsi a combattere in paesi stranieri – possano costituire base

³¹ Sul punto v. sent. Mannino, supra § 1 nota 2.

giustificativa adeguata del convincimento relativo all'inserimento nell'organizzazione transnazionale e all'esistenza di una consapevole volontà orientata alle attività terroristiche. Di talché la circostanza che il gruppo milanese non fosse direttamente impegnato in attività terroristiche, ma svolgesse azione di sostegno a favore dei militanti che svolgevano all'estero tali attività non vale ad escludere la responsabilità in ordine al delitto ex art. 270 bis, stante l'innegabile rapporto funzionale esistente tra i gruppi. "Peraltro, neppure il compimento di simili accertamenti avrebbe potuto fare considerare esaurita l'indagine, in quanto, in caso di esclusione di collegamenti strutturali ed organizzativi della cellula milanese con la più estesa organizzazione operante all'estero, i giudici di merito avrebbero dovuto anche verificare se i dati probatori consentissero di ritenere dimostrata la responsabilità degli imputati per attività terroristiche a titolo di concorso esterno nel delitto associativo, ai sensi degli artt. 272 bis e 110 c.p., alle precise condizioni precedentemente indicate". In definitiva lo schema del delitto associativo esclude che "per il perfezionamento della fattispecie sia indispensabile l'esecuzione dei reati-fine..... per l'integrazione del reato è sufficiente la creazione di una idonea struttura associativa con un programma qualificato dalla finalità di terrorismo internazionale, indipendentemente dal successivo compimento effettivo delle azioni criminose programmate".

Quanto a quello che ho definito convenzionalmente il mito resistenziale, a differenza di una nota pronuncia di merito del 2005³² la Corte di cassazione non

³² G.i.p. Milano (Forleo), ord. 24 gennaio 2005, Drissi, in Foro it., 2005, II, c. 219, con nota di Iuzzolino e Pioletti. La nota ordinanza, con cui si revocava la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di alcuni "sospetti terroristi islamici", adottò una definizione basata su una problematica distinzione tra "terrorismo" e "guerriglia" richiamando, a tal fine, l'art 18 comma 2 della Convenzione Globale dell'ONU sul terrorismo (progettata nel 1999, i relativi negoziati furono sospesi dal novembre 2004, a causa dei dissensi inerenti proprio la definizione di terrorismo e, precisamente, la qualificazione degli atti compiuti dalle forze armate: essa, dunque, non può considerarsi "diritto internazionale vigente") che prevede un'essenziale in ordine alle sanzioni in essa previste, in forza della quale queste non riguardano le forze armate ed i gruppi armati o movimenti diversi dalle forze armate di uno Stato nella misura in cui questi si attengano alle norme del diritto internazionale umanitario. Nel ritenere che le attività previste dall'associazione in cui avrebbero militato i cinque imputati, seppur sfocianti in attività violente o di guerriglia poste in essere da forze armate diverse da quelle istituzionali in contesti bellici, non potevano essere perseguite neppure sul piano del diritto internazionale, a meno che esse non avessero violato il diritto internazionale umanitario, il giudice di Milano pronunciò l'ordinanza in esame con cui si statuiva che " non può ritenersi provato... che le due cellule in questione, pur gravitando in aree notoriamente contrassegnate da propensioni al terrorismo, avessero obiettivi trascendenti quelli di guerriglia come sopra delineati". La distinzione prospettata dal GIP di Milano, tra terrorismo e guerriglia, non trovando preciso riscontro in alcuna norma nazionale o internazionale, e rappresentando una distinzione basata su "parametri di giudizio politico-sociologici pressoché estranei alla giurisdizione", non fu riproposta nelle pronunce successive ed anzi, proprio in conseguenza dell'acceso dibattito

interviene esplicitamente sul tema del rilievo che può avere, nell' esclusione della finalità di terrorismo, la natura di atti di guerriglia posti in essere contro obiettivi militari e un esercito straniero occupante o contro un assetto statale ritenuto dai combattenti illegittimo.

La questione è infatti superata dalla, già esaminata, esclusione dal raggio di operatività dello jus belli di atti violenti implicanti gravissimi danni anche se rivolti, oltre che contro civili, contro militari non impegnati in operazioni belliche.

In questo la sentenza sottolinea più che opportunamente la centralità della vittima dell'atto, a prescindere da un contesto di pace o di guerra, o di chi vesta o meno una divisa.

A questo punto, resta il problema dello spazio occupato dal diritto internazionale umanitario, cioè dei crimini di guerra. Sotto questo profilo penso che debba entrare in gioco non la figura della vittima, ma quella dell'autore. I crimini di guerra sottratti alla figura del terrorismo internazionale interverranno quando quel tipo di condotte, con quelle finalità, siano state poste in essere da autori appartenenti a forze armate.

Infine la questione del sapere del giudice e delle sue fonti.

La Corte di Cassazione esclude fermamente un valore probatorio delle cosiddette black list, di natura amministrativa e che solo a quel livello sanzionatorio potranno operare.³³ Ma sono importanti soprattutto le considerazioni in tema di notorio e di massime di esperienza.

politico, giuridico e mediatico che ne era scaturito, fu del tutto abbandonata dalla di pochi giorni successiva decisione del GIP di Brescia (Spanò) (ord. 31 gennaio 2005, in Foro it., 2005, II, c. 218 ss.) il quale, nel rimettere la misura custodiale contro i medesimi soggetti, parallelamente indagati anche presso la Procura distrettuale bresciana, statui, pur evitando di prendere posizione circa la definizione di terrorismo, che "alla luce del comune modo di sentire della comunità politica (o delle comunità politiche) che ha prodotto l'art. 270 bis c.p. (...) deve ritenersi che azioni violente condotte anche con il ricorso a "kamikaze" da portatori di ideologie estremistiche islamiche nei confronti di unità militari attualmente impiegate in Asia (tra cui un contingente italiano) non possono qualificarsi come atti di legittima e giustificata "guerriglia", ma vanno senz'altro definiti ad ogni effetto come atti di "terrorismo"".

³³ Oltre alla sentenza della Cass. del 2006 qui in esame, in cui la Corte ribadisce che l'inserimento di un soggetto o di un'organizzazione negli elenchi di "sospetti terroristi" o "interdetti" -formati a livello sopranazionale a seguito delle Risoluzioni Onu e dei Regolamenti Ce- ha un valore meramente amministrativo ed è utilizzabile quale spunto investigativo, ma non ha valore di prova, non essendo da solo sufficiente a dimostrare la natura terroristica dell'associazione, altrimenti si tradurrebbe in un'anomala prova legale, evidenzia i limiti delle suddette liste anche C. Cass. 15-6-2006 n° 30824 in Dir. e Giust. n. 37/2006, 82. In essa si legge: "la circostanza che un'associazione sia stata inserita da autorità amministrative, anche sopranazionali, in elenchi di formazioni terroristiche non costituisce di per sé prova che gli aderenti a quell'associazione abbiano commesso il reato di cui all'art. 270 bis c.p., poiché altrimenti si introdurrebbe nel sistema una anomala "prova legale" e si trasformerebbe l'art. 270 bis c.p. in una norma penale in bianco, con evidente violazione dei principi di legalità e di separazione dei poteri". Inoltre

“Sul tema del notorio, e in particolare su quello relativo a fatti di terrorismo internazionale, è opportuno, però, precisare che il giudice ha il dovere di procedere, con rigorosa cautela e prudenza, al controllo della effettiva riconducibilità del fatto nel consolidato patrimonio di conoscenze comuni alla intera collettività, assicurando che sia esclusa la possibilità di acquisizione probatorie al di fuori del contraddittorio dibattimentale. Infatti, l’assenza di tale doveroso controllo dà origine al rischio che si introducano nel giudizio inammissibili “scorciatoie” probatorie attraverso le quali – senza il vaglio della normale dialettica processuale – circostanze fattuali, non controllate e non controllabili, possono reputarsi dimostrate per il solo fatto di essere state reiteratamente diffuse dai mezzi di comunicazione di massa. E per i fatti di terrorismo il pericolo che l’uso non corretto del notorio possa determinare l’alterazione delle regole del processo e l’inquinamento delle fonti di conoscenza giudiziale appare ancora più consistente se si tiene presente l’indubbia incidenza che, in una situazione di guerra, è esplicita dalla propaganda delle forze in conflitto e dall’influenza di queste sui flussi e sui contenuti delle informazioni in base a criteri di convenienza politica e militare. Nella sentenza impugnata è mancato il controllo sulla reale notorietà dei dati relativi all’assenza di azioni terroristiche compiute nei primi mesi delle operazioni militari in Iraq: di talché, prescindendo da quanto verrà subito dopo precisato sulla non decisiva rilevanza di condotte terroristiche in atto nel periodo indicato nei capi di imputazione, non può considerarsi affatto dimostrata, senza necessità di alcun accertamento, la schematica e rigida datazione cronologica sull’inizio degli attentati che hanno colpito anche la popolazione civile”.

A questo proposito la sentenza che ho esaminato costituisce un importante monito, soprattutto se si ricorda un’altra nota decisione di merito che si appellava invece, per l’identificazione della finalità terroristica al “comune modo di sentire di una collettività radicata in un determinato contesto storico e geografico”.³⁴

In conclusione la sentenza su cui mi sono soffermato, costituisce un’interpretazione della norma obiettiva, neutra e scevra da giudizi politici e di valore.³⁵

L’esperienza applicativa è tuttavia troppo breve e occorrerà quindi attendere che le linee indicate si consolidino di fronte ad altri casi.

la Corte afferma che “il giudizio sulle caratteristiche e finalità di un’organizzazione non può essere affidato ad elenchi di formazioni ritenute terroristiche elaborati, per l’applicazione di misure di prevenzione, da governi di singoli Stati o da organismi internazionali”. Sul punto, in dottrina v. E. Rosi, *Ciò che il giudice apprende dai mass-media non può avere la valenza di “fatto notorio”* in Guida al Diritto n. 17/2007, p. 104 ss.

³⁴ Così la già citata ordinanza GIP Brescia 31 gennaio 2005.

³⁵ G. Salvini, *L’associazione finalizzata al terrorismo internazionale*, op. cit.

Gonzalo Quintero Olivares*

SOBRE UNA POLÍTICA CRIMINAL COMÚN EUROPEA¹(O zajedničkoj europskoj kaznenoj politici;
About the Common European Criminal Policy)**Sažetak**

Autor ističe potrebu i zajednički cilj država članica glede uspostavljanja prostora slobode, sigurnosti i pravde unutar Europske unije, poštujući pri tom temeljna prava i povijesne razlike njihovih pravnih sustava. Neki od postojećih problema u kaznenom zakonodavstvu su sigurno ograničeni na pojedine države članice (npr. delinkvencija u svezi s masovnim useljavanjem), ali neki od njih su “supracionalni” i od zajedničkog interesa (organizirani i kompjuterski kriminalitet, kaznena djela koja ometaju ciljeve EU i slobodno kretanje osoba i roba). Zbog toga je sudska suradnja u kaznenim stvarima utemeljena na načelu priznanja presuda i sudskih odluka država članica i uključuje približavanje njihovih zakonodavstava u svezi s materijom spomenutom u članku 83(2) Ugovora o Europskoj uniji. Autor daje posebnu pažnju kulturološkim razlikama između država članica koji uzrokuju probleme prilikom integracije i postojanju izvorne zajedničke kulture prihvaćene u svim tim državama. Zbog toga smatra da sveobuhvatna zajednička kaznena politika nije moguća. Međutim, smatra da je nužna i dobrodošla harmonizacija pravnih sustava u cilju postizanja općepriznatih pravnih načela. Štoviše, zbog modernih pojava oblika kaznenih djela, nova kaznena politika bi trebala pronaći za sada nepostojeće “ključeve”, kako bi se rješavala nova problematika u ovoj oblasti. Na kraju, autor zaključuje da je zajednička politika u mnogim oblastima nužna i obvezatna u Europskoj uniji (zaštita okoliša, pranje novca) zbog čega je potrebno novelirati njihovo kazneno zakonodavstvo, ali ne opravdava prisutnu tendenciju kriminalizacije i tamo gdje to nije potrebno.

Ključne riječi: Europska unija – harmonizacija – kaznena politika

* Profesor ordinario, Facultad de derecho de la Universitat de Barcelona/Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Barceloni/Full profesor, Faculty of Law, University of Barcelona.

¹ Desde el 18 de junio de 2004 la República de Croacia es candidata a la integración en la Unión Europea, hecho que a buen seguro no puede tardar mucho en producirse. Son sabidos los problemas que han surgido en el proceso de negociaciones y no me voy a referir a ellos, ni tampoco a los diferentes y profundos cambios que Croacia viene introduciendo en su legislación y en su organización judicial. Con la esperanza de su pronta incorporación escribo estas páginas para contribuir a las celebraciones de la Universidad de Rijeka, agradeciendo al Profesor Berislav Pavišić la oportunidad que me ofrece.

Summary

Author stresses the necessity and mutual goal of Member States to establish the space of liberty, security and justice in European Union while respecting fundamental rights and historical differences of their legal systems. Some of the existing problems regarding the criminal legislation are certainly restricted to individual Member States (e.g. delinquency connected with massive immigration) but some of them appear to be supranational and of common interest (organized and cyberspace crime, crimes which affect European Union objectives and free circulation of persons and goods). Because of that EU judicial cooperation in criminal matters is based on the principle of mutual recognition of judgments and court decisions and includes approximation of legal provisions in Member states regarding the matters mentioned in Art. 83(2) of the EU Treaty. Author gives special attention to cultural differences between Member States which cause problems to the integration and considers whether authentic accepted culture accepted in all European states exists. For that reason he is of opinion that common criminal policy in its totality is not possible. However, harmonization of legal systems in order to achieve notorious legal principles is necessary and welcome. Moreover, because of modern appearance of crimes, new common criminal policy should invent “keys”, still inexistent, which will resolve actual problems in those matters. Finally, author concludes that common policy in many matters is essential and in EU obligatory (environment protection, money laundering) which gives reason to include new provisions in criminal legislation of Member States, but does not approve new tendencies to expand criminalization where that does not appear to be necessary.

Key words: European Union – harmonization – criminal policy

1. Armonización, cultura penal y política criminal común

Al abordar el tema de la política criminal común es muy importante distinguir esa posibilidad de otras cuestiones que son vecinas pero diferentes, cuales son la armonización y la cultura jurídica común. El Artículo 67 del Tratado sobre funcionamiento de la Unión Europea advierte la Unión “constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros...”, por lo tanto es un punto de partida el reconocimiento de las diferencias, y no podría ser de otro modo, pues los Estados de la UE tienen, cada uno de ellos, problemas específicos determinados por su situación geográfica, su economía, su nivel de renta, sus migraciones hacia el interior y hacia el exterior, etc.

Ahora bien, la sola voluntad política de participar en un hecho común tan importante como es la Unión Europea implica sin duda renuncias a las posiciones de introversión en muchos ámbitos, y también las admisión de que los Estados situados en esta región del planeta puede tener problemas comunes, algunos de los cuales parecen “nacionales” (por ejemplo, el tema de la delincuencia ligada a la inmigración masiva) pero que no lo son, mientras que otros son claramente

supranacionales, como es el caso de la lucha contra la criminalidad organizada o la que se produce en el ciberespacio. Finalmente existe una tercera fuente de problemas comunes: los derivados de la necesidad misma de proteger a la UE y de garantizar la protección se sus objetivos: unos derechos fundamentales comunes y entre ellos los de libre circulación de personas y bienes. Por ese motivo es comprensible que el mencionado Tratado de la UE (art. 82) Artículo 82 declare que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83.² Este último constituye una potente base para comprender que la armonización de las legislaciones penales es también necesaria, como instrumento de la política común, aunque la armonización en sí

² Artículo 83 Tratado de Funcionamiento de la UE, texto refundido diciembre de 2007.

1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer, mediante directivas, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76.
3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplado en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

misma no sea la cristalización de una política criminal común sino, como acabo de decir, uno de sus condicionamientos lógicos.

A las materias que se relacionan en el mentado artículo 83 se han de añadir esas otras que el propio artículo contempla o prevé como consecuencia necesarias impuestas por políticas comunes en determinados ámbitos que reciben especial atención. Por su especial significación en nuestro tiempo, un ejemplo ilustrativo sería el del medio ambiente. La posición de la UE sobre lo que debe hacer el derecho penal de los Estados se recoge esencialmente en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de febrero de 2007, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal³. En esa propuesta se quiere expresamente obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales para algunos comportamientos que perjudican gravemente al ambiente⁴. La propuesta indica los comportamientos que en todo caso han de ser punibles, y como tales enumera una amplia relación de conductas que en bastantes Códigos europeos (el español entre ellos) aun no han sido tipificadas.

Desde esos hechos normativos se puede afrontar la cuestión de la “cultura penal común” que algunos consideran imprescindible para poder llevar adelante una política criminal común. Ese condicionamiento cultural es en cierto modo comprensible: basta pensar en lo difícil que sería establecer políticas comunes de esa clase con algunos Estados árabes, africanos o asiáticos que, simplemente, no reconocen en sus ciudadanos y ciudadanas (sobre todo, en éstas) ese patrimonio jurídico subjetivo que denominamos derechos humanos. Por lo tanto, y del mismo modo que la armonización penal tan sólo es una parte del proceso subordinada a que se alcance la coincidencia de criterios en otros muchos ámbitos, una auténtica política criminal común exige una base cultural mínimamente compartida. ¿Pero que quiere decir “cultura penal común”?

La respuesta que a todos se nos ocurre es que la cultura penal se plasma en la asunción de un conjunto de principios y formas (garantías, libertades, teoría del delito, principios

³ Esta propuesta cierra una situación problemática causada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2005 que anuló la Decisión 2003/80/JAI, por estimar que la Comisión había invadido competencias del Parlamento. Aquella Decisión anulada procedía de una iniciativa que Dinamarca promovió el 11 de febrero de 2000, orientada a instaurar una cooperación policial y judicial destinada a luchar contra los delitos ambientales graves. En cuanto a la intervención del derecho penal la primera decisión había sido la propuesta de Directiva de 13 de marzo de 2001 una propuesta de Directiva sobre la protección del medio ambiente a través del derecho penal.

⁴ Se advierte que de esa manera se alcanza un umbral mínimo de armonización que permite aplicar mejor el Derecho medioambiental, de conformidad con el objetivo de protección del medio ambiente que establece el artículo 174 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE).

limitadores del recurso al derecho penal, etc.), que alcanzan tanto al derecho penal como al derecho procesal penal. En este campo ha sido muy significativa la importante labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina ha tenido que ser atendida y respetada por los Estados⁵ que aceptan su jurisdicción. En línea similar, en diciembre de 2000, la Comisión, el Consejo y el Parlamento firmaron conjuntamente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto que afirma que el respeto de los derechos fundamentales está en la base de todo el derecho europeo. La realidad y necesidad de ese presupuesto cultural es lógica en el proceso europeo, pero para los penalistas es además un presupuesto lógico para poder acoger una idea común de lo que es materialmente justo o injusto.

Paralelamente, en los sucesivos Tratados se ha ido prestando cada vez mayor atención a las singularidades culturales y a la diversidad lingüística, entendiendo que todo forma parte del patrimonio cultural común. El Tratado de Lisboa (2007) comienza proclamando “Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.”, y sigue con la importancia histórica de que la división del continente europeo haya tocado a su fin y la necesidad de sentar unas bases firmes para la construcción de la futura Europa; añade la adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. Culmina diciendo que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

Al leer el Tratado se producen reacciones de diferente signo. De una parte es indudable la profundidad de las proclamaciones que se hacen y el orgullo que lógicamente produce la conciencia de participación en ese proyecto para Europa. Pero por otra parte es inevitable preguntarse si esa cultura subsiste es auténticamente aceptada por todos los Estados europeos, porque también es cierto que la diferencia cultural es causa de graves problemas en el proceso de integración europeo, y los recientes conflictos habidos entre Italia y Rumania son un buen ejemplo.

Ciertamente hay diferencias culturales y consecuentemente diferencias de mentalidad jurídica, y por eso puede cuestionarse la supuesta concordia en torno

⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos controla el cumplimiento de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1953). Acatan sus decisiones 41 Estados, entre los cuales están, además de otros Estados europeos, todos los pertenecientes a la UE.

a los temas esenciales del derecho penal, porque esa concordia no existe más que limitándola a algunos Estados mientras que en otros Estados no es posible encontrar ni siquiera un “lenguaje” similar. No quiero decir con esa reflexión sobre la cultura jurídico-penal que lo importante sea la homogeneidad de las leyes penales, pues la similitud de las leyes no significa nada si éstas no se interpretan y aplican desde un sistema realmente respetuoso con lo que en todo caso ha de ser irrenunciable, que son los derechos fundamentales de los europeos.

2. Hacia una Política criminal común

Aceptado que la eficacia de la UE requiere, al menos para una serie de importantes materias, una política criminal común, que requiere pasos previos que ya se han dado (todos los acuerdos de cooperación policial y judicial en materia penal) hay que reflexionar sobre si además son necesarios algunos principios rectores, a fin de evitar la erosión o destrucción de los derechos de los ciudadanos europeos.

Es preocupante, en este sentido, que cada vez se reclame más y más seguridad a cualquier precio, sin reparar casi nunca en el precio de pérdida de patrimonio político ciudadano que eso puede comportar. Las ideologías políticas parecen haber abandonado sus diferencias en este punto y es hoy difícil identificar ideologías por la política criminal. Pensemos, y es solo un ejemplo, en el tema de las penas. Según un supuesto pensamiento penal progresista habría que tomar el camino de la progresiva renuncia a la pena privativa de libertad, cuya aparición histórica es tan comprensible como su crisis, sin que por ello se atisbe la menor intención de seguir recurriendo a ella cuanto más mejor; el miedo a que los ciudadanos nieguen su voto al gobernante que reduzca el recurso a la prisión basta y sobra para empujar hacia no ya una “huída al derecho penal”, como tantas veces se ha dicho, sino a una “huída hacia la cárcel” sin más.

Cuando se habla de Política criminal del Estado se repite con frecuencia que los Estados actuales tienen condicionada su Política criminal y legislativa por los muchos convenios y tratados que firman y se comprometen a cumplir. Pero eso es una verdad parcial, y basta pensar, por ejemplo, en cuántos Estados han asumido teóricamente las Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre tratamiento a presos sin que en sus regímenes penitenciarios eso se note en lo más mínimo. España, como cualquier Estado de la UE, tiene obligaciones marcadas por su pertenencia a la Unión, pero ni en España ni en algunos otros Estados de la UE parece tenerse siempre una clara conciencia de que los compromisos han de cumplirse y en un tiempo razonablemente breve, sin tampoco olvidar que los Estados de la UE preservan y conservan una buena parte de independencia legislativa a la que no están dispuestos a renunciar, y normalmente eso no es por razones dignas de ser expuestas públicamente.

Ciertamente no puede decirse que la pertenencia de un Estado a la UE obligue a describir todos y cada uno de los delitos de su Código penal con arreglo a un modelo fijado en una Directiva o en una Decisión-Marco⁶. Los compromisos supranacionales obligan a una muy amplia relación de normas penales y procesales, y por supuesto determinan la configuración o la obligación de inclusión de un cierto número de delitos, en todo caso muy importantes, por supuesto. Pero no son “todos los delitos”. Cosa diferente es que muchos delitos que requerirían una coordinación legislativa no la hayan recibido todavía (por ejemplo, los delitos concursales, las estafas de inversiones o los de explotación sexual).

Cualquier Estado de la UE conserva, además, libertad legisladora para decisiones de gran importancia, como aumentar o reducir el recurso al derecho penal entendiendo que ese recurso se traduce en el número total de conductas que se califican como delictivas, o potenciar la vía de otros derechos especialmente el administrativo sancionador. Lo mismo podría decirse del recurso a la prisión preventiva, y de la implantación de penas diferentes de las privativas de libertad.

Sería posible alcanzar armonía o analogía de criterios también en esas materias? Es verdad que cada Estado tiene sus propios problemas, y no pueden compararse las sociedades solo porque pertenezcan a organizaciones supranacionales comunes por muy regionales que sean, y basta comparar los problemas de la cuenca mediterránea con los de los países escandinavos pertenecientes unos y otros a la UE. Por lo tanto, no es razonable pensar que pueden ejecutar políticas criminales comunes en su totalidad, además de que en todos los Estados democráticos es obligatoria la periódica celebración de elecciones, y eso, que es una conquista irrenunciable, parece agarrar la capacidad de decisión de los gobernantes, y de ese modo las ideas de “conveniencia coyuntural” se imponen sobre cualquiera otra, y así no es hoy posible la proyección a medio plazo de una política criminal.

⁶ Hasta ahora, los Estados de la UE han designado, aunque sea con poca precisión, una primera relación de delitos sobre los que se estima necesario una política común técnica y judicial, si aceptamos dar ese sentido a la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (190/1, de 17 de julio de 2002), que fue una consecuencia del mandato de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia que se suscribió en el Tratado de Amsterdam, y, en segundo lugar, pero no por ello de menor importancia, del acuerdo de Tampere de 15-10-1999, que proclamó la urgente necesidad de superar la disparidad reinante entre los Códigos penales de los Estados miembros y proceder urgentemente a la armonización del derecho penal. La Decisión Marco tomó la vía de prescindir del requisito de doble incriminación, lo cual puede parecer discutible, pero era el único modo de avanzar. Por otra parte, y buscando el lado positivo, la Decisión presupone algo muy importante: el respeto a las decisiones de los otros Estados miembros, que se suponen necesariamente ajustadas a su derecho pero también a las garantías de la Carta Europea.

3. Elementos de necesaria cultura penal común

Para muchos penalistas europeos existe una serie de principios que se deben considerar irrenunciables porque son los indicadores de que el derecho penal es el propio de un Estado de Derecho. La Unión Europea aspira a ser una organización que reúne a Estados de Derecho, y por eso teóricamente no puede admitir al Estado que no lo sea. Esos principios irrenunciables, si nos atenemos a lo que se expresa en cualquier libro de derecho penal⁷ suelen ser los de legalidad, irretroactividad, prohibición de la analogía, culpabilidad por el hecho y proporcionalidad. Normalmente cabría esperar que esos principios limitadores de la actividad represiva del Estado, que han sido ratificados en diferentes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fueran también incluidos entre los principios básicos de la política penal de los Estados de la UE entendiendo que esos principios son la condición esencial para que el derecho penal sea garantista.

La ciencia penal, pese a ello, posiblemente se equivoca cuando cree que algunos principios están decididamente consolidados y asumidos, como pueden ser la proscripción del derecho penal de autor, de la culpabilidad por el carácter, o de la represión sin finalidad, como pueda ser la pena de muerte o la cadena perpetua. Cree también el penalista que ideas como la caracterización jurídica del derecho penal como derecho penal del hecho y de la culpabilidad están tan enraizados como las bases históricas de la cultura occidental o son tan intangibles como el sufragio universal. La explicación es sencilla, y es también justa, pues hay una convicción amplia apoyada en la experiencia según la cual, esos principios no son fruto del capricho, sino conquistas equiparables a los derechos del hombre, y un sistema penal que no los respete estará inexorablemente pervertido. Y con parecido énfasis al que se pone en la defensa de los principios caracterizadores, otro tanto se hace con los limitadores o racionalizadores, de la índole de la claridad y taxatividad de las leyes, de no abusar del derecho penal, y que la certeza o seguridad jurídica dominen en la interpretación y aplicación de las leyes, pues solo lo predecible – aunque no solo por eso – puede alcanzar la condición de justo.

Pero tener esa seguridad y confianza en la cultura de los principios es difícil, y no solo por la gran diferencia de tradiciones jurídicas entre el Reino Unido y los demás Estados de la UE, sino por problemas más preocupantes que se traducen en un problema concreto: una crisis del derecho penal garantista que hoy se ve amenazado por muchos partidarios del regreso a sistemas de peligrosidad incluso sin delito, y a prescindir de la proporcionalidad a favor de la pura concepción intimidatoria de la

⁷ Tomo como ejemplo a Francesco Palazzo, “Corso di diritto penale. Parte Generale”, Giappichelli Editore, Torino, 2005, y a Roxin/Arts/Tiedemann, “Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht”, Müller, Heidelberg, 2003.

prevención general. Todo ese movimiento viene provocado por un creciente clima de miedo fundado o infundado a la “inseguridad” y a la fuerza de la criminalidad organizada. Ese es el ambiente en el que se justifican los que desean una reformulación de los principios garantistas. Por ejemplo, se dice que la pena ha de ser proporcional al hecho, pero el hecho no ha de ser la infracción concreta, sino la dedicación profesional al delito como forma de vida. En la misma línea se dice que las reacciones punitivas han de contemplar esa dimensión total del problema, excluyendo cualquier clase de “benignidad” ante la exigencia de las víctimas potenciales de que se cree un clima de seguridad. En suma: todas las repercusiones que tiene el hecho delictivo en los sujetos directamente afectados así como en el conjunto de la sociedad en la que se produce, ha de plasmarse en la especie y cantidad de castigo.

En nuestros tiempos se ciernen graves peligros sobre el dogma del hecho⁸, a pesar de que se haya dicho tantas veces que ese dogma es lo único que admite un Estado social y democrático de derecho. Pero cada vez es mayor la presión en contra, y aunque se dice que cualquier imposición de pena que quiera partir no sólo del hecho, sino también del conjunto de las actividades de un individuo y del daño que él y otros sujetos como él generan en la sociedad, sería incompatible con los principios garantistas, se dice también que son necesarios castigos contundentes e intimidatorios que no se detengan ante las tradicionales garantías.

Es indudable que los penalistas no pueden desoír las opiniones de la ciudadanía, que en casi todos los Estados europeos (basta con leer o escuchar lo que se dice en los programas electorales de los Partidos políticos europeos) percibe la inseguridad provocada por el crimen y la impunidad como uno de los problemas más graves de la sociedad actual. Así las cosas es preciso proteger en lo posible los principios cuya concreción y afirmación tanto esfuerzo ha costado, pero a la vez dar cabida a respuestas adecuadas a la situación que se plantea.

Por ello, si bien no tiene sentido volver a la discusión acerca de la existencia y necesidad de represión de personalidades criminales, los problemas que se plantean en la actualidad justifican una reflexión acerca de la posibilidad de persecución del profesional del crimen, no por la personalidad que desarrolla en su medio social, sino por la comisión de los hechos delictivos a los que dedica su vida y que el Derecho penal del hecho permite considerar como un todo susceptible de valoración unitaria. El principio de responsabilidad por el hecho cometido y en la medida de la gravedad del mismo permite tomar en consideración todos los extremos del fenómeno que

⁸ Como sabemos, con esa expresión se quiere decir, en sencillas palabras, que nadie puede ser juzgado y condenado más que por la comisión de un hecho concreto y situado en el tiempo, y que sólo se le puede reprochar ese hecho y ninguna otra dimensión de su vida, pues eso sería contrario al respeto a la dignidad humana y a la seguridad jurídica. A ese carácter del derecho penal democrático se añade que la pena ha de ser proporcional al hecho.

nos ocupa: la habitualidad o profesionalidad y hasta la especialización en la comisión del delito, puesto que hasta aquí sólo hablamos de hechos y que sumados resultan especialmente graves. Otra cosa es la medida de la sanción que se proponga.

Descartada, pues, esta posibilidad de elevar la pena por el concreto hecho cometido más allá del límite máximo previsto de modo genérico para cada clase de delito, queda por considerar la pena aplicable a una serie de delitos, es decir ante la existencia de la habitualidad, cuya presencia no ha de depender de que los muchos delitos cometidos por un mismo sujeto se juzguen en el mismo diferente proceso. Lo único que creo que debe descartarse de raíz es la posibilidad de actuar penalmente sobre sujetos que viven en situación peligrosa pero no han sido detenidos por razón de delito. Pero en las sociedades europeas se detecta una creciente tendencia a anticipar cuanto se pueda la intervención del derecho penal.

Posiblemente será también preciso describir delitos situacionales, y ahí entraran las pertenencias a bandas objetivamente preparadas para delinquir. Pero el paso más duro se dará si, por ese camino se van ampliando las “situaciones de riesgo”, y se extiende la represión penal a los grupos subjetivamente preparados para delinquir, vía por la que podría entrar, incluso, la pertenencia a las llamadas bandas o tribus urbanas por una simple prognosis, apoyada en la experiencia, de tendencia a la comisión de delitos. En suma: estamos caminando por terrenos muy resbaladizos, y lo que está en juego es el derecho penal garantista. Las garantías propias del Estado de Derecho han de ser respetadas en todo caso, y corren peligro no solo por ideas como las del derecho penal del enemigo, sino también con técnicas de tipificación de la ley penal y el recurso descontrolado al derecho administrativo sancionador, a través del cual se pueden aniquilar las libertades públicas.

Por último, y aunque es un problema diferente, es también preocupante el crecimiento constante del derecho penal en nuestro tiempo no es solo cuantitativo, sino también cualitativo, de modo tal que, además un derecho penal diferente y que pugna por alejarse del garantismo, tenemos, y se olvida el principio de extrema ratio.

Sin duda que se producen nuevas realidades que exigen nuevas leyes penales que den respuesta a fenómenos que hace algunos años eran desconocidos o de muy poca intensidad, y en esa línea hay que situar en primer lugar a la evolución del terrorismo, que ha desbordado todo lo que pudo haber sido en el pasado. Un hecho concreto, el atentado de las Torres Gemelas, seguido de los no menos horripilantes de Madrid y de Londres, ha llevado a que se hable, por ejemplo, Beristain, de la “...universalidad e inhumanidad de este crimen, y la necesidad lógica de crear sanciones nuevas, universales y humanitarias. Consecuentemente, desde la política criminal modernizada, debemos ‘inventar’ claves – hasta ahora inexistentes – que descifren y resuelvan el actual y futuro fenómeno criminal internacional...”.⁹ Efectivamente, a

⁹ A. Beristain, “Una nueva justicia mundial”, en Revista El Escéptico Digital, nº 37, año 2001.

raíz de esos brutales ataques se han producido reformas legislativas que no se han limitado a la definición de las formas de terrorismo, sino a temas colaterales, como son las intervenciones penales referentes a la financiación (transferencias, apertura incontrolada de cuentas a no residentes, control sobre uso de tarjetas, etc.)

También es cierto que las políticas comunes de la UE en muchas materias (ambiente, finanzas, blanqueo de dinero, información económica, etc.)¹⁰ obligan a los legisladores nacionales a incorporar a sus leyes penales infracciones nuevas, pero todo eso no justifica por sí solo el vertiginoso crecimiento del derecho penal en los últimos años ni la tendencia de los gobernantes a responder con nuevas leyes penales a todo conflicto que se presente. Un ejemplo significativo: el rechazo de algunos sectores sociales a la inmigración, fenómeno que con facilidad se asocia al aumento de la inseguridad y de la delincuencia. Es cierto que el fenómeno de la inmigración ha de ser jurídicamente regulado, tanto por el bien de los propios inmigrantes como por la necesidad de conseguir una integración razonable que preserve el equilibrio social. Pero eso no quiere decir que las medidas a tomar frente a colectivos de difícil o imposible integración tengan que ser necesariamente penales. Seguramente, antes de la justicia penal se ha de colocar la aplicación eficaz de controles sobre entrada y permanencia y los correspondientes procedimientos de expulsión, para evitar que sea el sistema penal el regulador final de la inmigración, como está sucediendo en algunos Estados de la UE especialmente afectados por el problema, en los que la expulsión acaba siendo la solución única para todas las formas de delincuencia “menor”, lo cual con el paso del tiempo se ha mostrado como una falsa solución, a veces injusta y otras criminógena.

La peor consecuencia de toda la evolución de las nuevas formas de criminalidad no es ese sino la difícil tarea que tiene el jurista para defender que es posible una Política criminal eficaz acorde con el respeto a los derechos, principios y garantías propios de la cultura penal occidental. La idea de Europa como espacio común tiene un seguro futuro, a pesar del escepticismo. Ese espacio necesita fomentar una cultura jurídica común apoyada en los valores de la democracia y el Estado de Derecho. De nada serviría la coincidencia formal de las leyes si no va precedida de una convencida y compartida aceptación de principios y garantías que integran el patrimonio jurídico subjetivo de cada ciudadano europeo, pero con frecuencia esas

¹⁰ A partir del Tratado de Ámsterdam de 1997 y del subsiguiente acuerdo de Tampere de 15 de octubre de 1999, ha crecido la importancia del llamado Tercer Pilar que exige potenciar efectivamente la cooperación policial y judicial en materia penal, efectividad lo cual impone necesariamente la armonización o aproximación de las leyes estatales en materia penal, y esa es la causa del nacimiento de diferentes Decisiones marco sobre un amplio elenco de problemas penales, Decisiones que empujan a la vez a legislar, si no hay ley, y a armonizar, si la ley española es excesivamente distinta de las de los otros Estados.

garantías no son respetadas. La armonización del derecho penal y la profundización de la colaboración en un espacio judicial único no tendría sentido sin cumplir con esos presupuestos: la similitud como Estados de Derecho es más importante que la utilización de fórmulas técnicas iguales para la descripción de grupos más o menos grandes de delitos. Europa ha de llegar a ser un gran Estado de Derecho compartido, en toda su extensión general y personal, antes que ser solamente un territorio con intereses económicos comunes y leyes parecidas.

Glauco Giostra*

PROCESSO PENALE E MASS MEDIA

(Kazneni postupak i javni mediji; Criminal procedure and mass media)

Sažetak

Odnos kaznenog postupka i medijske informacije ima dva aspekta: informaciju o postupku i postupak protiv sredstava informiranja. Pravi sukob se, osobito u velikim postupcima, često "seli" u medije. Jedino ozbiljno sredstvo protiv neprikladne informacije ili još gore, manipulacije je sloboda i pluralitet informiranja. Pri tome – uz mnogo neizvjesnosti je jedino "homeopatsko" sredstvo: više slobode informiranja.

Ključne riječi: kazneni postupak – javni mediji – pravosudna informacija

Summary

Relation between criminal procedure and media information has two aspects: information regarding the proceedings and proceedings against media. Real dispute which is quite true in media exposed case moves regularly to the media. The only serious tool against non-suitable information or manipulation is freedom and plurality of information. Along with that and with many uncertainty is the only "homeopathic" device – more freedom of information.

Key words: criminal procedure – mass media – judicial information

1. Introduzione

Ogni collettività democraticamente organizzata ha vitale bisogno di credere nella sua giustizia. Si può arrivare a dire che per la tenuta sociale di un Paese la fiducia dei consociati nella giustizia è almeno altrettanto importante del modo stesso in cui viene effettivamente amministrata.

Qualunque consorzio umano, inesorabilmente stretto tra la necessità di giudicare e punire i comportamenti chesso ritiene incompatibili con la sua sopravvivenza e l'impossibilità di conoscere la verità, come la soddisfazione di quest'imprescindibile esigenza postulerebbe, da sempre individua i soggetti e le procedure che, nel contesto

* Professore ordinario, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma la Sapienza/ Redoviti profesor, Pravni fakultet, Sveučilište La Sapienza, Rim/Full professor, Faculty of Law, University La Sapienza Rome.

storico-culturale dato, sono percepiti come il modo migliore per approssimarsi alla verità e per ius dicere. Attività, quest'ultima, che appunto altro non designa se non quell'itinerario cognitivo che consente ad un soggetto artificialmente "terzo" di passare dalla res iudicanda alla res iudicata, e, soprattutto, alla collettività di accettare quest'ultima pro veritate. Lo stesso destinatario della decisione, partecipando al procedimento giurisdizionale e in tal modo riconoscendo validità alle norme giurisdizionali e legittimazione al giudice chiamato a pronunciarsi sulla questione che lo riguarda, si priva della possibilità di creare consenso e di formare alleanze sociali, economiche, etniche o politiche a sostegno dei suoi interessi o dei suoi obiettivi.

L'accettazione dei responsi decisionali emessi al termine di un procedimento condiviso, dunque, permette di conseguire un obiettivo socialmente irrinunciabile: l'assorbimento dei rischi di radicalizzazione e di aggregazione del dissenso. Ciò avviene, certo, per un processo di interiorizzazione delle norme sociali convenute (Durkheim, Parsons), ma non può prescindere dalla riconosciuta legittimazione di certe procedure di risoluzione dei conflitti, che non induce tanto un consenso attivo alla singola decisione, quanto un diffuso adeguamento della generalità dei cittadini, che emargina e rende socialmente irrilevante il dissenso delegittimante (Luhmann). Di qui, l'insostituibile funzione di disinnesco politico del conflitto svolta dal fiducioso affidamento delle controversie al procedimento giudiziario. Di qui, il ruolo di integrazione sociale esercitato dalla conoscenza collettiva delle "epifanie giudiziarie" del diritto.

La credibilità e la funzione di "collante" culturale della giurisdizione poggiano su una circolarità virtuosa, che in termini elementari potrebbe essere così riassunta: il potere legislativo fissa le regole della convivenza e il procedimento per accertarne la violazione; un organo "terzo", a ciò preventivamente deputato per legge, applica le norme nel caso concreto; la collettività controlla il modo in cui si amministra giustizia in suo nome e lo valuta, in genere orientata dalla propria elite culturale, cioè dalla "sfera pubblica", intesa come il complesso di attività di quei consociati i cui giudizi, commenti, suggerimenti, critiche, richieste, manifesti culturali sono in grado di influenzare l'opinione pubblica e la classe politica (Habermas, Pizzorno); se insoddisfatta, la collettività cambia –per il tramite dei suoi rappresentanti politici– le regole che fissano i comportamenti di intollerabile disvalore sociale o il procedimento per accertarne la commissione. Si riattiva così il moto circolare che esprime la vitalità democratica e civile di un Paese. Ciò postula che la collettività possa conoscere il suo modo di rendere giustizia. Poiché questa viene percepita soprattutto per come appare, ed appare soprattutto per come è rappresentata dai mass media, è sul loro ruolo che occorre focalizzare l'attenzione.

2. Informazione sul processo

I momenti di intersezione tra processo penale e informazione si collocano su due piani distinti.

Possiamo intendere il loro rapporto nel senso di “informazione sul processo”, interrogandoci su quali siano gli effetti, le ripercussioni, le ricadute della cronaca giudiziaria sul processo. I mezzi di comunicazione di massa, in quest’ottica, riferiscono ciò che la giustizia fa, la incalzano, la criticano o ne supportano l’azione. Ed è sulle implicazioni del ruolo della media, come veicolo amplificante del fenomeno giurisdizionale, che intendo soffermarmi.

Ma c’è anche un’altra chiave di lettura del tema, cui non si può non far cenno: dall’informazione sul processo si passa al processo celebrato sui mezzi d’informazione. Va sempre più prendendo piede, infatti, la tendenza a scimmiettare liturgie e terminologie della giustizia ordinaria, riproducendone alcune cadenze, alcuni passaggi procedurali, “pantografando” una sorta d’indagine giudiziaria per presentare all’opinione pubblica i risultati di questa messa in scena: un’ “aula mediatica” che si costituisce come foro alternativo.

In effetti, le suggestioni, le possibilità di confusione e di commistione non sono poche, perché entrambe queste attività -quella del giudice ordinario e quella dell’operatore dell’informazione che allestisce la mimesi giudiziaria- tendono al medesimo fine, cioè a ricostruire un accadimento passato attraverso tracce, testimonianze, dichiarazioni, cose del presente. Bisogna, però, cercare di tenere sempre ben distinti i due fenomeni, perché sono sostanzialmente diversissimi: il processo giurisdizionale ha un luogo deputato, il processo mediatico nessun luogo; l’uno ha un itinerario scandito, l’altro nessun ordine; l’uno un tempo (finisce con il giudicato), l’altro nessun tempo; l’uno è celebrato da un organo professionalmente attrezzato, l’altro può essere “officiato” da chiunque. Ma vi sono anche differenze meno evidenti e più profonde. Il processo giurisdizionale seleziona i dati su cui fondare la decisione; il processo mediatico raccoglie in modo bulimico ogni conoscenza che arrivi ad un microfono o ad una telecamera: non ci sono testi falsi, non ci sono domande suggestive, tutto può essere utilizzato per maturare un convincimento. Il primo, intramato di regole di esclusione, è un ecosistema chiuso; il secondo invece è aperto, conoscendo soltanto regole d’inclusione; la logica dell’uno è una logica accusatoria, quella dell’altro, inquisitoria. Nel primo ci sono criteri di valutazione, frutto della secolare sedimentazione delle regole di esperienza; nel secondo, invece, valgono l’intuizione, il buon senso, l’emotività. L’uno obbedisce alla logica del probabile, l’altro a quella dell’apparenza. Nell’uno, la conoscenza è funzionale all’esercizio del potere punitivo da parte dell’organo costituzionalmente preposto; nell’altro, serve a propiziare, e spesso indurre, un convincimento collettivo sulle responsabilità di fatti penalmente rilevanti. Nell’uno, il cittadino è consegnato al

giudizio dei soggetti istituzionalmente deputati ad amministrare giustizia; nell'altro, alla esecrazione della "folla" mediatica.

È innegabile, tuttavia, che, nonostante queste differenze siderali, non sempre l'utente riesce a distinguere i due fenomeni, e a coglierne i diversi significati, le diverse garanzie e il diverso grado di affidabilità. Ed anzi, quando li si pone a confronto, è la dimensione formale del processo ordinario - e quindi del suo prodotto, la sentenza - a risultare spesso meno comprensibile e meno "vera". Si registra, cioè, una certa insofferenza per la giustizia istituzionale, intessuta di regole e di limiti, a fronte del presunto accesso diretto alla verità, che sembra assicurato dall'avvicinamento di un microfono o di un obiettivo alle fonti. Liberata da ogni forma del procedere, quella fornita dai mass-media sembra l'unica verità immediata. E con ciò si sconfinava nell'ossimoro, trattandosi invece della verità mediata per definizione e per eccellenza.

L'insidiosa idea, sottesa a questo favor per il processo celebrato sui mezzi di informazione, è che il miglior giudice sia l'opinione pubblica. Questa idea ne evoca un'altra: il sogno della democrazia diretta, della gestione della res publica da parte dei cittadini senza l'intermediazione della rappresentanza politica. E forse appartiene alla medesima matrice culturale anche la congettura, circolata con immeritata fortuna ancora di recente in Italia, secondo cui un imputato votato dalla maggioranza dei cittadini è innocente per definizione o comunque non processabile, perché, se il popolo-giudice sceglie di farsi rappresentare da un certo soggetto, evidentemente l'ha giudicato penalmente irresponsabile.

Sarebbe bene, al contrario, tenere ferma almeno una convinzione: il processo reso nell'agorà mediatica, in cui il giudice è l'opinione pubblica, ha a che fare con la giustizia quanto un potere politico, che debba rispondere soltanto al popolo e ai sondaggi, senza mediazioni e contrappesi istituzionali, ha a che fare con la democrazia: cioè nulla, assolutamente nulla.

3. Rappresentazione dello jus dicere

Ma, come anticipavo, vorrei particolarmente soffermarmi sull'altro tipo di rapporto tra processo e mass-media. Vale a dire, sulla rappresentazione dello jus dicere, del modo di amministrare giustizia.

Ormai la pubblicità immediata, quel modo di recarsi in udienza per constatare come viene esercitata la giurisdizione, è di declinante attualità, perché oggigiorno sono i fatti che vanno al soggetto e non più il soggetto che raggiunge il luogo dove essi avvengono. Fatalmente e irreversibilmente la pubblicità immediata viene sempre più surrogata dalla pubblicità mediata. Tuttavia, la tentazione di intendere questa come qualcosa di simile, di omologabile all'altra nasce soltanto da un'insidiosa,

fuorviante apparenza. Non foss'altro perché da cittadini scegliamo noi quali processi andare a seguire, partecipando alle udienze dibattimentali, mentre come lettori o telespettatori subiamo una selezione di quelli meritevoli di essere rappresentati, effettuata sulla base delle propensioni, delle sensibilità, delle inclinazioni di carattere culturale o ideologico dell'operatore dell'informazione, degli interessi del proprietario del medium o anche di altri meno trasparenti fattori. Ad essere selezionate, poi, non sono soltanto le vicende giudiziarie; si scelgono anche quali notizie di esse debbano essere date e con quali modalità rappresentative.

Chi è in udienza decide se osservare il giudice, se fissare la sua attenzione sull'atteggiamento della persona offesa, se controllare particolarmente le reazioni emotive dell'imputato al momento di un confronto, se seguire con speciale cura una certa dichiarazione testimoniale o le delucidazioni offerte da un perito. Le modalità rappresentative dei processi, invece, obbediscono a scelte che nascono altrove e rispondono ad esigenze diverse. Esse dipendono da un'oculta cernita delle notizie non meno importante di quella relativa a "che cosa" riferire. L'interesse, commerciale o politico, ad offrire una certa rappresentazione di una determinata vicenda giudiziaria, peraltro, non comporta necessariamente un'adulterazione dei fatti.

Ma c'è una differenza di importanza ancora maggiore fra la pubblicità immediata e la pubblicità mediata: soltanto la seconda è interattiva. Mentre se andiamo ad assistere ad un processo non incidiamo sulle sue modalità di svolgimento e, tantomeno, sul suo epilogo, il modo in cui, invece, viene rappresentata l'amministrazione della giustizia dai mass-media è circolarmente condizionato e condizionante rispetto all'oggetto rappresentato.

Si tratta di rilievo che acquista un significato del tutto particolare in realtà – come quella italiana – connotate da una vistosa sfasatura temporale tra il clou dell'informazione giudiziaria (che in genere riserva la massima attenzione alle prime indagini) e il clou del procedimento penale (che in genere insiste sul dibattimento). All'interno della giustizia visibile si registrano, in tal caso, due "velocità" molto dissimili: quella dell'amministrazione della giustizia e quella della sua rappresentazione massmediatica.

Da un lato, l'"andatura" del processo, con i suoi tempi "geologici". Ipercriminalizzazione delle condotte antisociali, irrinunciabili garanzie processuali, croniche carenze strutturali ed organizzative, culture del rinvio (funzionale ad accidie professionali e a interessi di parte), concorrono in un'inestricabile e nefasta sinergia a far sì che la società che assiste alla punizione non sia quasi mai più la stessa che ha assistito al fatto-reato, né la persona che l'ha commesso più la stessa che è chiamata a risponderne.

Dall'altro, la velocità dell'informazione. La notizia è ormai prodotto estremamente caduco: l'odierna eclissa quella di ieri ed è eclissata da quella di domani; è una

realtà effimera e ad altissima deteriorabilità. Immaginiamo i mass-media come un riflettore e il processo come una sorta di lentissimo tapis roulant. Poiché l'attenzione della cronaca non si può soffermare sul processo penale per molto tempo, finisce per metterne in luce soltanto i primissimi passi, la parte iniziale del tapis roulant, che scorre sotto il suo occhio con esasperante lentezza.

Se così stanno le cose, è abbastanza intuitivo come i limiti di segretezza e i divieti di pubblicazione, che presidiano l'esigenza di "copertura" delle fasi iniziali delle indagini, subiscano non sostenibili pressioni da parte dei mass-media: sui protagonisti e sulle comparse del procedimento penale – magistrati, polizia giudiziaria, personale ausiliario, parti, avvocati, consulenti, testimoni – si scaricano le incalzanti sollecitazioni dei giornalisti, che vogliono sapere tutto e subito, per dare in pasto la notizia ad una collettività, avida di informazione sui primissimi spezzoni di procedimento penale, che poi sono in genere il naturale seguito di inquietanti notizie di cronaca nera.

E allora capita che i detentori delle notizie, più o meno disinteressatamente, rivelino informazioni riservate, tanto da far parlare addirittura di desuetudine con riguardo alle norme che presidiano la segretezza investigativa, a causa della loro generalizzata disapplicazione.

Emblematiche le motivazioni in genere addotte dai detentori della notizia per giustificare l'indebita rivelazione e dai giornalisti per giustificarne la non meno indebita pubblicazione.

I primi si trincerano sovente dietro ragioni di trasparenza, di corretta informazione su una controversa vicenda giudiziaria, di controllo da parte dell'opinione pubblica sul loro agire. Si tratta, nella migliore delle ipotesi, di motivazioni "concorrenti"; la verità è che l'indiscrezione giudiziaria non è mai disinteressata, quanto meno c'è dietro un'esigenza di autolegittimazione – comprensibile e in qualche misura condivisibile – del proprio operato. Altre volte si parla di "fuga di notizie", di cui non si sa bene quale sia stato il percorso. Sciascia notava quanto sia stravagante l'espressione "fuga di notizie" ove riferita a casi in cui all'indiscrezione la porta venga aperta dall'interno per consegnarla in fidate mani. Ed, in effetti, credo si possa dire – se mi è consentito esprimermi così – che i "bracconieri" della notizia, cioè i giornalisti, possano spesso contare su non poche compiacenze da parte delle "guardie forestali"; ossia, per rimanere nella metafora, dei magistrati e della polizia.

I giornalisti, da parte loro, quando divulgano in violazione del divieto di pubblicazione, si giustificano officiando sull'altare della libertà di stampa: "abbiamo il dovere di pubblicare tutto e subito quello di cui veniamo a conoscenza" è l'immane refrain. Tuttavia, gli intellettualmente onesti non possono non provare un qualche imbarazzo quando viene invocato solennemente il dovere di informare la collettività per giustificare l'intempestiva divulgazione della notizia

che ha pregiudicato irreversibilmente delicatissime indagini. Sanno che nella corsa ad anticipare di qualche ora o di qualche giorno la divulgazione della notizia si nascondono meno nobili fini, che, spesso, hanno più a che fare con interessi commerciali; con l'esigenza soprattutto, per dirla in gergo giornalistico, di non "bucare la notizia", poiché l'operatore dell'informazione sa che se si astiene dal pubblicarla subito, rispettando la norma, non altrettanto farà il collega della testata concorrente.

Dietro questa propensione a voler pubblicare tutto, subito e comunque, c'è forse in molti casi una sorta di subliminale volontà "risarcitoria": sapendo di non essere in grado – per mancanza di tempo, di professionalità o per condizionamenti politico-economici – di offrire alla collettività notizie alacremente cercate, scrupolosamente riscontrate, sapientemente collegate, criticamente analizzate, il giornalista tende, per così dire, a "compensare" il lettore pubblicando tutto e subito.

Vi è un rapporto di stretta interdipendenza tra la professionalità del giornalista ed un'informazione giudiziaria all'altezza del suo alto compito istituzionale. Non solo nel senso, un po' scontato, che il professionista tecnicamente attrezzato è in grado di fornire una cronaca di maggiore livello qualitativo e tecnicamente più sorvegliata, come per ogni altro settore specialistico dell'informazione. La scarsa preparazione giuridica della stragrande maggioranza degli addetti all'informazione giudiziaria è, insieme al prevalere della logica mercantile sul senso di responsabilità e sull'etica professionale, la causa primaria dell'innegabile deformazione che la giustizia reale subisce nel suo momento divulgativo. L'inavvertita valenza tecnica del fenomeno processuale favorisce un'informazione – spettacolo, che tende a presentare i fatti in forma personalistica e sensazionalistica, sovente con grave adulterazione del valore di taluni atti o momenti dell'accertamento giurisdizionale, bisognoso invece di una accorta mediazione tecnica.

Soprattutto, però, si deve considerare che una profonda consapevolezza della specifica valenza processuale dell'attività giudiziaria permetterebbe al giornalista di affrancarsi dalla sua fonte, nel senso che gli consentirebbe di non essere soltanto il suo passivo megafono, ma di valutare, apprezzare e correlare ad altre conoscenze in suo possesso le notizie che gli vengono non disinteressatamente fornite. Probabilmente, proprio a causa del lamentato deficit di preparazione specialistica, il giornalismo giudiziario finisce sovente per trasmettere tantissime notizie e pochissima conoscenza in ordine alle cose della giustizia: il vero antidoto al segreto, infatti, non è l'accumolo delle notizie, ma l'intelligenza critica della vicenda giudiziaria. Quando vengono offerte mille dati sfilacciati, asincroni, disordinati fotogrammi di un procedimento penale, senza spiegare come sono tra loro legati, che cosa significhino, perché si vuole o non si sa spiegarlo, di certo gli interessi politici che stanno dietro al segreto non sono sconfitti; anzi, forse sono tutelati in altro modo. Le innumerevoli informazioni

casualmente affastellate creano soltanto l'illusione di avere un'adeguata comprensione del fenomeno giudiziario. La collettività, attraversata dal gioco vorticoso delle notizie, satura di informazione ma povera di conoscenza, assuefatta e stanca, dimentica e distratta, finirà per rinunciare ad esercitare qualsiasi discernimento critico. L'importante, per combattere i coni d'ombra, è fornire chiavi di lettura e quindi collegare le informazioni tra di loro, spiegarle e, anche se faziosamente, interpretarle, dando la possibilità al lettore di fare altrettanto.

4. Le distorsioni nel singolo processo e nel sistema

Se questa è la situazione, vale la pena analizzare le distorsioni che essa determina nel singolo processo e nel sistema.

Lo scontro giudiziario in alcuni processi importanti – per l'imputato o per il fatto di reato – si sposta sui mass-media. Si tratta di un contraddittorio spurio, volto non già a convincere il giudice, ma l'opinione pubblica e, per questa via, a condizionare il giudice. Un contraddittorio spesso scorretto, sempre sbilanciato, i cui esiti dipendono da quanto siano introdotte le parti nel circo massmediatico e da quanto sappiano spregiudicatamente gestirne le potenzialità. Comunque asimmetriche sono le rispettive basi di partenza: in genere, l'accusa è detentrica di un più cospicuo numero di informazioni, ma è vincolata ad una maggiore riservatezza, mentre la difesa dispone di un minor numero di informazioni, ma gode di una più ampia libertà di esternazione.

L'accusa, talvolta, prende l'iniziativa di gestire il suo ruolo anche sui mass-media, talaltra è costretta a farlo per "giocare di rimessa" rispetto ad un'analoga scelta della difesa, che altrimenti sarebbe lasciata libera di occupare il proscenio massmediatico, fornendo una ricostruzione "monoculare" della vicenda giudiziaria. Il gioco dell'accusa al tavolo dell'informazione può assumere forme diverse (rilascio di interviste, conferenze stampa, governo dell'indiscrezione giudiziaria), ma è sempre più o meno consapevolmente proiettato a finalità di autolegittimazione del proprio operato ed è spesso foriero di distorsioni. Intollerabile, e censurata anche dalla Corte di Strasburgo (Allenet de Ribemont, vs. Francia, 10 febbraio 1995) quella consistente nel rappresentare l'indagato o l'imputato come sicuro colpevole del crimine addebitatogli.

Anche la difesa, per propria iniziativa o per reazione, si muove sul palcoscenico mediatico quando la notorietà del fatto o dell'imputato, da un lato, e le proprie entrate nel mondo dell'informazione, dall'altro, glielo consentono. Con minori vincoli alle sue esternazioni la difesa si ripropone di far vacillare l'impianto accusatorio, screditando l'attendibilità degli elementi a carico ed enfatizzando quelli a discarico. Iniziativa legittima e, anzi, persino doverosa per un difensore, quando

sia costretto a contrastare un'offensiva mediatica dell'accusa. Quello che invece va censurato, ed anche recisamente, è un malvezzo, che si è registrato negli ultimi anni in Italia, per la verità soltanto da parte di alcuni avvocati, di screditare non già l'accusa, ma l'accusatore; di ricorrere a quelli che i retori medievali chiamavano *argumenta ad hominem*, cioè argomenti contro le persone, quando non si hanno *argumenta ad rem*, cioè argomenti sulle cose, sulle prove portate a sostegno di una determinata tesi.

Non che "la libertà di espressione non valga anche per gli avvocati, i quali hanno certamente il diritto di pronunciarsi pubblicamente sul funzionamento della giustizia ed anche in modo critico, severamente critico, ma non debbono varcare certi limiti", abbandonandosi a censure rivolte a singoli magistrati che per genericità, gravità e tono risultano incompatibili "con il contributo che gli avvocati sono chiamati ad apportare alla fiducia del pubblico nella giustizia" (Corte eur. dir. uomo, *Schöpfer vs Svizzera*, 20 maggio 1998).

Si ha la sensazione che, in genere, quando lo scontro processuale si sposta sui mezzi di informazione, i più corretti tra i protagonisti del processo siano i più svantaggiati e che quindi le sorti di un processo, almeno a livello mass-mediatico, dipendano da fattori affatto diversi dalla consistenza delle prove a carico o a discarico. Non è difficile cogliere quale affidamento possa offrire un giudizio, il cui esito può dipendere dalla telegenia di uno dei protagonisti o dalla compiacenza di un conduttore televisivo.

Veniamo alle distorsioni sul sistema. Se è vero che le leggi dell'offerta e della domanda "costringono" gli operatori dell'informazione a concentrarsi soltanto sullo stadio iniziale del procedimento penale, gli atti d'indagine finiscono per caricarsi di una attendibilità, peggio, di una parvenza di definitività che non possono avere. Ci si va perniciosamente, abituando ad equazioni mentali del tipo: informazione di garanzia = imputazione; rinvio a giudizio = condanna di primo grado; misura cautelare restrittiva = esecuzione di pena. Certo, tutti sappiamo che l'unica vera giustizia è quella istituzionale, l'unico accertamento meritevole di essere assunto pro veritate è quello contenuto in una sentenza emessa al termine di un giusto processo giurisdizionale. Ma capita un po' per la giustizia ciò che i meteorologi ci spiegano per il caldo: l'importante non è la temperatura misurata dai termometri, bensì quella percepita. E la "giustizia percepita" rischia di essere quella – più facilmente e direttamente fruibile – dispensata dalla carta stampata o dal tubo catodico. Tutto ciò determina rilevanti effetti distorsivi.

Il controllo sociale, che dovrebbe essere esercitato con lo strumento della norma penale, si sposta fatalmente dalle fattispecie incriminatrici agli istituti del processo, utilizzati in modo improprio come mezzi di prevenzione speciale.

Nella professione forense, sono a la page avvocati verbalmente aggressivi e meglio introdotti nel mondo dell'informazione. Il valore professionale di un avvocato, per

lo meno a certi livelli, non si misura più sulla sua competenza, ma sui decibel della sua facondia oratoria, sul grado di ringhiosità che sa manifestare nella gestione mediatica del processo.

Ma vi è un effetto negativo più generale e soprattutto più preoccupante per la democrazia: noi subiamo, raramente avendone la consapevolezza, una doppia selezione delle vicende giudiziarie. Ci sono rappresentati attraverso i mass-media soltanto quei processi dei quali qualcuno ha avuto interesse a far trapelare determinate informazioni: chi ha le notizie ancora segrete le passa ai mezzi di comunicazione in base a scelte imperscrutabili, ma, abbiamo visto, difficilmente disinteressate. Tra questi processi, poi, il giornalista opera una seconda selezione, stabilendo di quali parlare, come e per quanto tempo. Quelli di cui veniamo informati sono un'infima percentuale dei processi celebrati e ciò può generare il rischio di una distorsione nella formazione della volontà politica. Beninteso, un fisiologico scarto tra giustizia normativa (quella dei codici), giustizia reale (quella amministrata nelle aule dei tribunali) e giustizia rappresentata (quella raccontata sui mezzi di informazione) è nelle cose; è un dato presente in tutti gli ordinamenti. Se però tra la realtà della giustizia amministrata e la rappresentazione che ne viene data si registra uno iato vistoso, l'interposizione dei media altera il circuito democratico, di cui si diceva all'inizio. Va da sé che ove si descriva qualcosa di sensibilmente diverso da quello che è, allora la dinamica democratica è alterata, perché la collettività solleciterà riforme o si asterrà dal farlo non in base al fenomeno reale, bensì al fenomeno che le è rappresentato. Se poi il potere politico potesse controllare l'informazione, si troverebbe nella condizione (fausta per lui, infausta per la democrazia) di farsi sollecitare dalla collettività le riforme che esso stesso auspica: sarebbe sufficiente che i mass-media di cui direttamente o indirettamente dispone fornissero una rappresentazione del crimine e dei processi funzionale allo scopo.

5. Conclusione

Quanto precede può forse contribuire a spiegare, ma non certo a giustificare né, tanto-meno a condividere, la tendenza a misconoscere la funzione di controllo esercitata dall'opinione pubblica sul modo di amministrare giustizia. Funzione sostenuta con sempre più flebile convinzione, se non con malcelato scetticismo, dagli stessi propugnatori di una giustizia garantita, trasparente e partecipata: quasi si trattasse di uno slogan, che suona bene, ma significa ormai poco.

Di fronte ad un fenomeno complesso, proteiforme e dilagante come quello dell'informazione di massa, il riaffermare la funzione di controllo della pubblicità suscita talvolta la degnata attenzione, che si riserva alle verità ormai sopravvissute

a se stesse: un'eredità ingombrante di cui bisognerebbe avere il coraggio culturale di disfarsi. In effetti, una concezione incentrata sul riconoscimento di una funzione critica dell'opinione pubblica, quando la sociologia delle comunicazioni di massa ha dimostrato che nello Stato sociale moderno l'uso manipolato e manipolativo dell'informazione mira alla produzione e al controllo del consenso (Habermas), può sembrare frutto di un'impostazione vetero-liberale, sopravanzata dall'evoluzione politica, sociale e tecnologica.

Lo scadente profilo qualitativo di larga parte dell'informazione giudiziaria, il protagonismo e il sensazionalismo da lei indotti, l'uso distorto e strumentale cui spesso si presta, la modesta incidenza dei suoi fruitori sulla risoluzione dei mali della giustizia hanno finito per fiaccare le attese riposte nel "tribunale della pubblica opinione" e indotto a dimenticare, tra l'altro, gli effetti benefici derivanti dalla sua stessa esistenza: risponde ad una elementare regola di psicologia comportamentale, infatti, che la sola prospettiva di una verifica esterna del proprio operato dissuade quasi sempre da deviazioni ed abusi nell'esercizio del potere conferito.

Né questa azione preventiva è l'unico effetto positivo collegabile alla pubblicità del processo. Quotidiani sono gli esempi di iniziative giudiziarie, coraggiose intraprese o portate a termine, grazie al sostegno della stampa; di denunce dell'uso improprio degli strumenti processuali da parte dei mass media; di contributi decisivi alle indagini riportati, suggeriti o raccolti dagli organi di informazione; di insabbiamenti o torbide manovre diversive smascherati da inchieste giornalistiche.

Il problema, tuttavia, sarebbe mal posto, se si riducesse ad una comparazione – peraltro, soggetta ad alterne fortune- dei vantaggi e degli svantaggi conseguenti all'accesso della pubblica opinione alla giustizia penale. Questo accesso, infatti, non si pone in termini di opportunità, ma di necessità politica: per un ordinamento democratico moderno, prima ancora che essere utile una giustizia pubblica, è inconcepibile una giustizia segreta. Sottratta ad un'efficace forma di controllo della società, la repressione penale, che è il più incisivo mezzo di controllo sulla società, sviluppa fatalmente l'aspetto deteriore di quella politicità che le è connaturale, divenendo torbido strumento di affermazione di parte. Il valore della pubblicità della giustizia penale, quindi, non va misurato soltanto sugli effetti che essa in concreto propizia, ma sulla gravissima involuzione civile e democratica che la sua assenza comporterebbe.

Niente, certo, ci può mettere al riparo dal rischio che la cronaca giudiziaria sia approssimativa, scandalistica, servile, lacunosa, allarmistica, diffamatoria; vi sono, tuttavia, condizioni legislative, professionali e culturali, che possono contenere un tale rischio in termini di accettabile marginalità statistica.

E' anzitutto necessario che vi sia una credibile disciplina del segreto processuale: una normativa, cioè, che lo limiti a casi eccezionali, in cui la diffusione della notizia

giudiziaria potrebbe pregiudicare l'accertamento della verità o ledere la riservatezza di un soggetto rispetto a circostanze processualmente irrilevanti. Delimitato nel modo più restrittivo possibile l'ambito del segreto, bisogna che l'ordinamento ne presidi con opportuni accorgimenti l'osservanza e ne sanzioni severamente l'inosservanza. Ma è necessario, altresì, che tutto ciò che è divulgabile sia liberamente accessibile al giornalista in linea oltretutto con i principi 4 e 5 enunciati nella R (2003)¹³ del Consiglio d'Europa – per evitare privilegiati collegamenti carsici tra operatori della giustizia e operatori dell'informazione, sempre sintomatici di non disinteressate compiacenze.

Quanto sia importante che la professionalità del cronista giudiziario risulti connotata da un'alta qualificazione specialistica, si è già detto: da un lato, essa emancipa il cronista dalla "lettura" interessata del dato processuale, fatalmente fornitagli dalla fonte (magistrati del pubblico ministero, polizia giudiziaria, avvocati); dall'altro, lo mette in grado di proporre una ricostruzione della vicenda giudiziaria, ricomponendo criticamente il mosaico delle notizie processuali, altrimenti "mute", ove singolarmente fornite e lette. Tutte le pur necessarie condizioni per una cronaca all'altezza del suo relevantissimo compito istituzionale saranno insufficienti, sino a quando i suoi artefici difetteranno di una specifica attrezzatura culturale e di una spiccata consapevolezza del ruolo.

Di intuibile rilievo, infine, è l'habitat culturale in cui opera l'informazione giudiziaria. Se la collettività-utente è consapevole della precarietà di alcune notizie e della provvisorietà di alcuni dati processuali, se è educata a cercare un'intelligenza non superficiale delle vicende giudiziarie, se sa smalziatamente confrontare più organi di informazione, non solo minimizzerà i danni di una cattiva stampa, ma costituirà un incentivo ad un costante miglioramento del prodotto informativo. A questo punto, ovviamente, il discorso assume un andamento circolare: i media sono ad un tempo influenzati ed influenzano l'opinione pubblica, subendone e creandone le aspettative, in una feconda osmosi culturale. Anche se un giornalismo avvertito dovrebbe sempre cercare di offrire qualcosa in più di quanto i suoi fruitori sarebbero disposti ad accontentarsi.

L'importante è aver sempre chiaro che sarebbe nefasto pensare di porre restrizioni alla libertà di stampa – foss'anche quella, di tutto il più ipocrita, di limitarsi a riferire soltanto i fatti, privi di commento – per scongiurare il pericolo che possa condizionare negativamente l'opinione pubblica. L'unico serio antidoto ad un'informazione inadeguata o, peggio, manipolatrice delle coscienze è un'informazione libera e plurale; è il pluralismo delle faziosità. Di questo, infatti, tra tante incertezze, si deve essere profondamente convinti: i mali della libertà di stampa – e ce ne sono di seri – si curano soltanto per via omeopatica, con incrementi ulteriori della stessa libertà.

Robert Esser*

EFFEKTIVER NATIONALER RECHTSSCHUTZ
ALS GRUNDELEMENT DES EUROPÄISCHEN
MENSCHENRECHTSSCHUTZES – ÜBERLEGUNGEN
AUF DER GRUNDLAGE DER EGMR-URTEILE HORVAT
V. KROATIEN UND SÜRMELE V. DEUTSCHLAND

(Učinkovita nacionalna pravna zaštita kao osnovni element europske zaštite
ljudskih prava – razmatranja na temelju odluka ESLJP Horvat v. Hrvatska i
Sürmeli v. Njemačka; Efficient National Legal Protection as Basic Element
of European Human Rights Protection – Considerations Based on ECHR
Decisions in Horvat v. Croatia and Sürmeli v. Germany)

Sažetak

Svaki pojedinac koji drži da je žrtva povreda prava iz Europske konvencije može se izravno obratiti ESLJP u Strasbourgu tužbom da je država ugovornica povrijedila konvencijsom uređeno pravo. Najvažniji uvjet prihvatljivosti tužbe pojedinca je da je tužitelj iscrpio unutarnja pravna sredstva odnosno države. U Hrvatskoj i Njemačkoj kao posljednja instanca je ustavni sud. Međutim, posljednje rješidbe (Horvat, Sürmeli, Herbst) otvaraju dvojbu je li se ustavna tužba ima uzeti kao djelotvorno sredstvo u odnosu na tužbu zbog sporosti postupka. U Hrvatskoj, kao rezultat rješidbe u predmetu Horvat (2001) Ustavnom je sudu dana mogućnost da odlučuje o povredi prava na suđenje u razumnom roku u prvom stupnju prije iscrpljivanja pravnih sredstava. U 2005. uvedeno je novo pravno sredstvo: zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.¹ Njemačka je također odlučila uvesti novo sredstvo u odnosu na ne-djelovanje (neovisno o kaznenom pravu); pravna situacija i praksa u Hrvatskoj može poslužiti kao primjer razvoja prava u Njemačkoj.

Ključne riječi: iscrpljenost unutarnjih pravnih sredstava – ustavna tužba kao djelotvorno sredstvo – pravo biti saslušan u razumnom roku – opravdanost trajanja postupka: poredba njemačkog i hrvatskog prava

* Universitätsprofessor, Juristische Fakultät, Universität Passau/Profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Passau-u/Professor, Faculty of Law, University of Passau.

¹ V. članak 27. Zakona o sudovima (Narodne novine 150/2005., 16/2007 - op. ur.).

Summary

Any individual claiming to be a victim of a violation of the European Convention may lodge directly with the EuCHR in Strasbourg an application alleging a breach by a Contracting State of one of the Convention rights. The most important admissibility criterium of an individual complaint is that the applicant must have used all the remedies in the State concerned that might have been able to redress the situation he is complaining about. In Croatia and Germany, as a last resort, the applicant has to apply to the national constitutional court. However, recent judgments of the EuCHR (Horvat, Sürmeli, Herbst) have cast doubts on whether a constitutional complaint can still be regarded as an effective remedy in respect of complaints concerning the length of proceedings. In Croatia, as a result of the Horvat-Judgment of the EuCHR (2001), the Constitutional Court has been given the power to decide on violation of the right to a trial in a reasonable time in first instance, even prior to the exhaustion of legal remedies. In 2005 a new legal remedy had been implemented: the request for the protection of the right to a trial in a reasonable time. Germany has also decided to introduce a new remedy in respect of inaction (apart from criminal law); the legal situation and experiences in Croatia may serve as an example for the development in Germany.²

Key words: Exhaustion of Domestic Remedies – Constitutional Complaint as an effective remedy – Right to a hearing within reasonable time– Reasonableness of the length of proceedings: comparison of the legal situation in Croatia and Germany

1. Einleitung

Der materiell- und verfahrensrechtliche Gehalt der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) wird mittlerweile auf fast allen Rechtsgebieten erkannt und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) als Einflussfaktor für die Entwicklung der nationalen Rechtsordnungen in Europa wahrgenommen. Insbesondere im Strafprozessrecht sind in den letzten Jahren über das Verfahren der Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) europaweit verbindliche Verfahrensstandards festgeschrieben worden, deren Verletzung von jedermann nach Erschöpfung des nationalen Rechtsschutzes durch einen direkten Gang zum Straßburger Gerichtshof geltend gemacht werden kann. In Ergänzung zu den Kernbestimmungen der EMRK aus dem Jahre 1950 sind insgesamt vierzehn Protokolle – darunter sechs Zusatzprotokolle (Nr. 1, 4, 6, 7, 12, 13) – zur Zeichnung aufgelegt worden, von denen zwölf in Kraft getreten sind.³ Die BR Deutschland und die Republik Kroatien gehören zu den 47 Mitgliedstaaten des Europarates⁴; als Unterzeichnerstaaten der EMRK unterliegen sie deren Kontrollmechanismen.

² V. n. 1.

³ Die Protokolle Nr. 2, 3, 5, 8, 9 und 11 haben lediglich das Kontrollverfahren abgeändert.

⁴ Kroatien trat dem Europarat am 6.11.1996 als 40. Mitgliedstaat bei.

Für Deutschland ist die EMRK am 3.9.1953 in Kraft getreten.⁵ Während Kroatien neben der EMRK sämtliche sechs Zusatzprotokolle ratifiziert hat, steht bei Deutschland die Ratifizierung des 7. und 12. Zusatzprotokolls noch aus.⁶ Die Konvention besitzt in der bundesdeutschen Rechtsordnung nicht den Status von Verfassungsrecht, sondern nimmt den Rang eines einfachen Bundesgesetzes ein (Art. 59 Abs. 2 GG). Ihre Bestimmungen sind unmittelbar geltendes deutsches Recht, binden sowohl die vollziehende Gewalt als auch die Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3 GG) und sind in jedem Strafverfahren zu beachten.⁷ Die deutschen Gerichte sind zwar nicht völkerrechtlich, wohl aber innerstaatlich an die gegen Deutschland ergehenden Urteile des EGMR gebunden. Wie das BVerfG in seinem Beschluss vom 14.10.2004 (Görgülü)⁸ klargestellt hat, nimmt die Rechtsprechung des EGMR – über das Zustimmungsgesetz zur Ratifizierung (Art. 59 Abs. 2 GG) – an der innerstaatlichen Verbindlichkeit der EMRK teil. Darüber hinaus lässt sich über Art. 1 EMRK eine völkerrechtliche Bindung aller Mitgliedstaaten an den übertragungsfähigen Inhalt der gesamten Rechtsprechung des EGMR – nicht jedoch an die gegen andere Staaten ergehenden Urteile als solche (vgl. Art. 46 EMRK) – herleiten. Das BVerfG zieht die Straßburger Urteile als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der von der deutschen Verfassung (Grundgesetz – GG) geschützten Grundrechte und rechtsstaatlichen Garantien heran. Die nationalen Gerichte müssen daher die von ihnen angewandten Vorschriften und Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der BR Deutschland auslegen.⁹ Über diese völkerrechtsfreundliche Auslegung kommt der EMRK und mittelbar auch der Rechtsprechung des EGMR eine Klarstellungs- und Konkretisierungsfunktion für das

⁵ Ratifizierung durch Art. II Abs. 1 des Zustimmungsgesetzes vom 7.8.1952 (BGBl. 1952 II 686, 953; 1954 II 14); vgl. auch das Zustimmungsgesetz vom 24.7.1995 zu dem am 1.11.1998 in Kraft getretenen 11. Protokoll (BGBl. 1995 II 578).

⁶ Das 7. ZP v. 22.11.1984 und das 12. ZP vom 4.11.2000 (allgemeines Diskriminierungsverbot) wurden von Deutschland noch nicht ratifiziert. Das 13. ZP vom 3.5.2002 (vollständige Abschaffung der Todesstrafe) ist für die BR Deutschland am 1.2.2005 in Kraft getreten (Zustimmungsgesetz v. 5.7.2004, BGBl. 2004 II 982).

⁷ BVerfG NJW 2004, 3407; BVerfGE 74, 358, 370; BGH NJW 2001, 309, 311; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2006, § 2 Rn. 29-30; Kühl, ZStW 100 (1988) 406, 407; Bernhardt, EuGRZ 1996, 339.

⁸ BVerfG Beschl. v. 14.10.2004, NJW 2004, 3407 (Görgülü); hierzu: Cremer EuGRZ 2004, 683; Esser StV 2005, 348 ff.; Hofmann, GYIL 47 (2004), 9 ff.; Kadelbach, JURA 2005, 480 ff.; Kühne, GA 2005, 195 ff.; Meyer-Ladewig/Petzold, NJW 2005, 15; LR/Gollwitzer, 25. Aufl. MRK Verfahren Rn. 76.; zur weiteren Entwicklung des Falles: BVerfG, Beschl. v. 28.12.2004, NJW 2005, 1105 ff.; Beschl. v. 5.4.2004, NJW 2005, 1765 ff.; Beschl. v. 10.6.2005, EuGRZ 2005, 426.

⁹ Vgl. BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 115; 83, 119, 128; BVerfG NJW 2001, 2245, 2246; BGHSt 45, 321, 329; BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505, 3507.

deutsche Strafverfahrensrecht zu; dies gilt vor allem für Garantien, die im GG nicht ausdrücklich genannt sind (z.B. der Grundsatz eines fairen Verfahrens; nemo tenetur) und verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden müssen.

Die Republik Kroatien hat die EMRK mit Wirkung vom 5.11.1997¹⁰ sowie – gleichzeitig¹¹ bzw. in der Folgezeit – sämtliche sechs Zusatzprotokolle (Nr. 1, 4, 6, 7, 12 und 13) gezeichnet und ratifiziert.¹² Gemäß Artikel 140 der Verfassung Kroatiens sind die internationalen Verträge – dazu zählt auch die EMRK – Teil der inneren Rechtsordnung; sie haben Vorrang vor der innerstaatlichen Gesetzgebung. Das Individualbeschwerdeverfahren gewinnt in Kroatien zunehmend an Bedeutung. Im Jahr 2006 wurden insgesamt 606 Beschwerden zum EGMR eingereicht; es ergingen 22 Urteile, von denen 21 mit einer Verurteilung endeten.¹³

2. Die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsschutzes als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK)

Aufgrund der stetig steigenden Zahl an Individualbeschwerden wird die Arbeit des EGMR in Zukunft weiter an Bedeutung gewinnen. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass zahlreiche Universitäten in Europa auf diese Entwicklung reagiert und Ausbildungsschwerpunkte im internationalen Recht geschaffen haben. In diesem Zusammenhang nimmt auch der europäische Grundrechtsschutz eine immer größere Rolle ein.

Die vom EGMR alljährlich veröffentlichten Statistiken und Tätigkeitsberichte sind ebenso beeindruckend wie besorgniserregend.¹⁴ So ist die Zahl der verkündeten Urteile im Jahr 2006 gegenüber dem Vorjahr um rund 41 % auf 1.560 gestiegen (2005: 1.105; 2004: 718; 2003: 703; 2002: 884; 2001: 889; 2000: 695; 1999: 177).¹⁵ 28.068 Beschwerden wurden 2006 als unzulässig verworfen oder aus dem Register gestrichen (2005: 27.612; 2004: 20.350; 2003: 17.272; 2002: 17.868; 2001: 8.989; 2000: 6.776; 1999: 3.520). Die Zahl der anhängigen Individualbeschwerden lag am 1.9.2007 bei 103.600¹⁶.

¹⁰ Zur Frage der zeitlichen Anwendbarkeit der Konvention in Kroatien: EGMR *Blečić v. Kroatien* (59532/00), Urt. v. 8.3.2006.

¹¹ *Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.*

¹² Das 12. ZP ist für Kroatien am 1.4.2005 in Kraft getreten, das 13. ZP bereits am 1.7.2003.

¹³ EGMR, Jahresbericht (Annual Report) 2006, Seite 106 (zugänglich über www.echr.coe.int).

¹⁴ Die nachfolgenden Zahlen sind dem jährlich vom Gerichtshof herausgegebenen Tätigkeitsbericht (Survey of Activities) zu entnehmen.

¹⁵ Zwischen 1999 und 2004 hat der Gerichtshof mehr als zehnmals so viele Urteile (4.026) gefällt wie in den davor liegenden fünf Jahren (389).

¹⁶ Aufteilung nach Staaten: European Court of Human Rights, Pending Cases 01/09/2007: Russland (22,6 %), Rumänien (12 %), Türkei (9,5 %), Ukraine (8,3 %), Polen (5,9 %),

Diese Statistiken belegen nicht nur die Notwendigkeit einer Entlastung des Straßburger Gerichtshofs und sondern auch die Bedeutung eines effektiven Grundrechtsschutzes in den nationalen Rechtsordnungen aller 47 Konventionsstaaten. Um dem Vertragsstaat die Behebung einer Konventionsverletzung auf nationaler Ebene zu ermöglichen, kann sich der Gerichtshof mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung der auf nationaler Ebene zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe befassen (Art. 35 Abs. 1 EMRK). Durch dieses zentrale Filterelement und Zulässigkeitskriterium, an dem Individualbeschwerden immer häufiger scheitern, soll sichergestellt werden, dass die Funktion des EGMR auf eine Kontrolle des nationalen Rechtsschutzes beschränkt bleibt; dieser Vorrang innerstaatlichen Rechtsschutzes und die damit verbundene Subsidiarität des Individualbeschwerdeverfahrens kommt auch in Art. 13 EMRK (Recht auf eine wirksame Beschwerde) unmissverständlich zum Ausdruck.

Neben förmlichen Rechtsmitteln muss der Bf. sämtliche ihm zugänglichen Rechtsbehelfe einlegen ("sufficiently certain not only in theory but also in practice"), die hinreichend geeignet sind, dem behaupteten Konventionsverstoß abzuwehren ("sufficient to afford redress in respect of the breaches alleged").¹⁷ Wendet sich der Bf. gegen ein staatliches Handeln oder einen staatlich herbeigeführten Zustand, so muss er auch solche Rechtsbehelfe einlegen, mit deren Hilfe zwar nicht die diesem Handeln oder Zustand zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände, wohl aber deren rechtliche Voraussetzungen beurteilt werden können.¹⁸ Unter bestimmten Voraussetzungen verlangt der EGMR sogar die Erschöpfung eines erst nach der Einlegung der Individualbeschwerde geschaffenen Rechtsbehelfs, mit dessen Hilfe der behauptete Konventionsverstoß auf nationaler Ebene effektiv geltend machen kann.¹⁹

Übergehen – und damit direkt Beschwerde beim EGMR einlegen – darf der Bf. nur solche Rechtsbehelfe, die für ihn nicht zugänglich oder uneffektiv sind, d.h. keine realistischen Erfolgsaussichten oder selbst im Falle eines Erfolges keine Beseitigung bzw. Wiedergutmachung (redress) des geltend gemachten Konventionsverstoßes versprechen (z.B. weil sie gegenüber den staatlichen Stellen nicht durchsetzbar sind)²⁰, sich in der bloßen Feststellung des Fehlverhaltens staatlicher Stellen

Frankreich (4 %), Deutschland (3,7 %), Italien (3,7 %), Tschechische Republik (3,3 %) andere (27 %)

¹⁷ EGMR Horvat v. Kroatien (51585/99), Urt. v. 26.7.2001, ECHR 2001-VIII, § 38.

¹⁸ Vgl. EGMR Civet v. Frankreich, Urt. v. 28.9.1999, §§ 43 - 44, NJW 2001, 54 ff. (Dauer der U-Haft – Prüfung der ausreichenden Begründung der Entscheidungen zur Haftfortdauer).

¹⁹ EGMR Icyer v. Türkei, Entsch. v. 12.1.2006, §§ 83 ff. (Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs).

²⁰ So bzgl. der Anrufung eines Ombudsmannes: EGMR Denizci u.a. v. Zypern, Urt. v. 23.5.2001; Qufaj Co.SH.P.K. v. Albanien, Entsch. v. 2.10.2003.

erschöpfen²¹, eine unabhängige und unparteiliche Überprüfung des behaupteten Konventionsverstößes nicht erwarten lassen²² oder dem Bf. in seiner speziellen Situation (z.B. mangels aufschiebender Wirkung gegen eine drohende hoheitliche Maßnahme) nicht zumutbar sind.

Bloße Zweifel am Erfolg eines Rechtsbehelfs²³ können den Verzicht auf seine Einlegung ebenso wenig rechtfertigen wie ein mit der Einlegung verbundenes (angemessenes) Kostenrisiko.²⁴ Bleibt ein (an sich) effektiver Rechtsbehelf erfolglos, muss der Bf. keinen weiteren Rechtsbehelf einlegen, dessen Prüfung praktisch identisch mit dem ersten wäre (in which the objective was practically the same).²⁵ Erhebt der beklagte Vertragsstaat die Einwendung der Nichterschöpfung des nationalen Rechtsschutzes (objection of non-exhaustion), so muss er die Existenz und allgemeine Effektivität des angeblich nicht beachteten Rechtsbehelfs darlegen.²⁶ Kommt der Vertragsstaat dem nach, so hat der Bf. plausibel darzulegen, dass er im konkreten Fall diesen Rechtsbehelf entweder erschöpft oder von ihm keinen Gebrauch gemacht hat, da er für ihn unzugänglich, unangemessen oder nicht effektiv war.²⁷

Im Urteil Horvat hat der Gerichtshof betont, dass die Rechtswegerschöpfung flexibel und ohne übertriebenen Formalismus geprüft werden müsse. Das Erfordernis gelte weder absolut noch sei es einer automatischen Anwendung zugänglich. Vielmehr sei eine Betrachtung der Umstände des konkreten Einzelfalls erforderlich, so dass auch der rechtliche und politische Kontext sowie die persönliche Situation des Bf. in die Erwägungen einzubeziehen seien.²⁸

²¹ EGMR Merit v. Ukraine, Urt. v. 30.3.2004.

²² EGMR Merit (Fn. 19): Beschwerde bei der Generalstaatsanwaltschaft.

²³ EGMR Krifka v. Deutschland, Entsch. v. 27.3.2003.

²⁴ EGMR Charzyński v. Polen, Entsch. v. 1.3.2005 (Rechtsmittelgebühr); Reuther v. Deutschland, Entsch. v. 5.6.2003 (Kostenvorschuss).

²⁵ EGMR Moreira Barbosa v. Portugal, Entsch. v. 29.4.2004.

²⁶ EGMR Herbst v. Deutschland, Urt. v. 11.1.2007, § 62.

²⁷ EGMR Horvat (Fn. 15), § 39 (“In the area of exhaustion of domestic remedies, there is a distribution of the burden of proof. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to convince the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was capable of providing redress in respect of the applicant’s complaints and offered reasonable prospects of success. However, once this burden of proof has been discharged, it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exhausted or was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement”).

²⁸ EGMR Horvat (Fn. 15), § 40.

3. Effektiver nationaler Rechtsschutz iSv Art. 35 EMRK im deutschen Strafverfahrensrecht

a) Allgemeine Erwägungen zur deutschen Rechtslage

Zu den auf nationaler Ebene zu erschöpfenden Rechtsbehelfen gehören im deutschen Strafverfahrensrecht – je nachdem, ob sich die Beschwerde gegen eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme, einen bestimmten Verfahrensgang oder den Abschluss des Verfahrens richtet – die klassischen Rechtsmittel der Beschwerde, Berufung und Revision (§§ 304, 310, 311; 312; 333, 335 StPO), sonstige Rechtsbehelfe (z.B. der Einspruch gegen einen Strafbefehl, § 410 StPO), Anträge auf gerichtliche Entscheidung (u.a. § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO), die Gegenvorstellung bzw. der Antrag auf Gewährung nachträglichen Gehörs (§§ 33a, 311a, 356a StPO)²⁹, spezielle Rechtsbehelfe, wie z.B. die Haftprüfung (§ 117 StPO) oder ein Befangenheits-/Ablehnungsantrag (§§ 24, 74 StPO) sowie sonstige informelle Anträge und Anfragen, z.B. (wiederholte) Anträge auf Akteneinsicht/Zugang zur Verfahrensakte³⁰, soweit diese effektive Abhilfe versprechen.

Da eine Verfahrenseinstellung zu den Maßnahmen gehört, mit denen eine unangemessene Verzögerung im Strafverfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) kompensiert werden kann, ist der Beschuldigte gehalten, auf eine seiner Ansicht nach vorliegende Verfahrensverzögerung hinzuweisen und auf eine Einstellung des Verfahrens (§§ 153, 153a StPO) hinzuwirken – vor und nach Anklageerhebung.³¹

Nach erfolglosem Durchlaufen der Strafgerichtsbarkeit ist Verfassungsbeschwerde einzulegen, auch wenn deren Annahme ungewiss ist (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 93a BVerfGG).³²

b) EGMR-Urteil *Sürmeli v. Deutschland* (2006)

Die jüngere Spruchpraxis des EGMR hat Zweifel aufkommen lassen, ob die Verfassungsbeschwerde weiterhin zu den effektiven und damit iSv Art. 35 Abs. 1 EMRK vor einer Anrufung des EGMR stets zu erschöpfenden Rechtsbehelfen gehört. Im dem am 8. Juni 2006 gegen Deutschland ergangenen Urteil *Sürmeli*³³, das den Vorwurf der unangemessen langen Dauer eines Verfahrens vor den deutschen Zivilgerichten zum Gegenstand hatte, sah der EGMR die Verfassungsbeschwerde (bei einem noch anhängigen Verfahren) als nicht-effektiven Rechtsbehelf iSv Art. 35 Abs. 1 EMRK an, da mit ihr keine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden könne.

²⁹ Vgl. hierzu: BVerfG Beschl. v. 5.5.2004, NJW 2004, 2443; OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 238.

³⁰ EGMR *Aleker v. Deutschland*, Entsch. v. 6.11.2006.

³¹ EGMR *Schenk v. Deutschland*, Entsch. v. 9.5.2007.

³² EGMR *Krifka* (Fn. 21).

³³ EGMR *Sürmeli v. Deutschland*, Urt. v. 8.6.2006, NJW 2006, 2389.

Der Bf. erlitt am 3.5.1982 einen Unfall. Am 18.9.1989 erhob er gegen die Haftpflichtversicherung der Unfallgegnerin Klage vor dem LG Hannover auf Schadensersatz und eine monatliche Rente. Im Juni 1989 erging ein Grund- und Teilurteil. Die Berufung des Bf. wurde am 26.11.1992 vom OLG Celle zurückgewiesen, die Revision vom BGH am 14.12.1993. Ab März 1994 führten die Parteien den Rechtsstreit vor dem LG Hannover über die Höhe des Schadensersatzes. Die gegen die BR Deutschland gerichtete Beschwerde zum EGMR war bereits am 24.11.1999 erhoben worden. Im Zeitpunkt der Entscheidung durch den EGMR am 8.6.2006 war der Rechtsstreit noch anhängig. Verfassungsbeschwerden wegen der Verfahrensdauer hatte das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen. Am 23.5.2002 beantragte der Bf. beim LG Hannover Prozesskostenhilfe für eine Schadensersatzklage (Grund: unangemessen lange Verfahrensdauer) gegen das Bundesland Niedersachsen. Das LG wies den Antrag am 14.5.2003 zurück.

Der EGMR (Große Kammer) hat das Fehlen eines effektiven Rechtsschutzes im deutschen Recht gegen die überlange Dauer von Zivilverfahren bemängelt und einen Verstoß gegen Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) bejaht; in der überlangen Verfahrensdauer sah der Gerichtshof zudem einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Hinsichtlich der Fragestellung, unter welchen Voraussetzungen nationaler Rechtsschutz, speziell die Verfassungsbeschwerde, effektiv und daher gem. Art. 35 Abs. 1 EMRK zu erschöpfen ist, hat der EGMR festgestellt, dass ein innerstaatlicher Rechtsbehelf nur dann wirksam iSd Art. 13 EMRK sei, wenn er allein oder gemeinsam mit weiteren im nationalen Recht vorgesehenen Rechtsbehelfen im Einzelfall die Möglichkeit biete, entweder die behauptete Rechtsverletzung bzw. ihre Fortdauer zu verhindern bzw. eine angemessene Entschädigung für eine bereits eingetretene Verletzung zu erreichen.³⁴ Hier wird deutlich, dass zwischen der Verfahrensgarantie aus Art. 13 EMRK und dem Zulässigkeitskriterium des Art. 35 Abs. 1 EMRK eine Wechselwirkung besteht, ohne deren Verständnis der durch den EGMR bereitgestellte Kontrollmechanismus nicht vollständig zu erfassen ist.

Rechtsbehelfe für die Geltendmachung einer Verletzungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK durch ein überlanges Gerichtsverfahren seien nur dann effektiv, wenn mit ihnen entweder die Entscheidung des zuständigen Gerichts in einem noch anhängigen Verfahren beschleunigt oder angemessene Wiedergutmachung für eine schon eingetretene Verzögerungen erwirkt werden könne.³⁵

³⁴ EGMR Sürmeli (Fn. 31), § 99; Lukenda v. Slowenien, Urt. v. 6.10.2005, § 67; Herbst v. Deutschland, Urt. v. 11.1.2007, § 64; vgl. auch: EGMR Kudla v. Polen, Urt. v. 26.10.2000, § 158.

³⁵ EGMR Sürmeli (Fn. 31), § 100.

Am Verfahren der Verfassungsbeschwerde hat der EGMR bemängelt, dass das BVerfG darauf beschränkt sei, die Verfassungswidrigkeit einer unverhältnismäßig langen Verfahrensdauer festzustellen; es könne die mit einer Rechtssache noch befassten Instanzgerichte lediglich zur Beschleunigung des Verfahrens oder dessen Abschluss auffordern; dem BVerfG sei es aber nicht möglich, dem zuständigen Gericht eine Frist zu setzen oder andere Maßnahmen verbindlich anzuordnen, um selbst die Beschleunigung des Verfahrens herbeizuführen. Auch eine Form der Wiedergutmachung könne das BVerfG nicht zusprechen.³⁶

Die Überlegungen aus dem Urteil *Sürmeli* hat der EGMR im Urteil *Herbst v. 11.1.2007* bestätigt.³⁷ Dort ging es um die Frage, ob das deutsche Recht einen effektiven Rechtsbehelf zur Geltendmachung unangemessener Verfahrensverzögerungen vorsieht, wenn das Verfahren vor den Instanzgerichten abgeschlossen ist. Hinsichtlich der Effektivität der Verfassungsbeschwerde kommt der Gerichtshof auch bei abgeschlossenen (Zivil-)Verfahren zu der Erkenntnis, dass ein Betroffener mit ihrer Hilfe keine Wiedergutmachung für einen erlittenen finanziellen oder immateriellen Schaden erreichen könne.³⁸ Die Möglichkeit einer Schadensersatzklage sah der Gerichtshof ebenfalls als nicht effektiv iSv. Art. 35 Abs. 1 EMRK an.³⁹

c) Umsetzung der Urteile *Sürmeli* und *Herbst* auf nationaler Ebene

Die endgültigen Urteile des Gerichtshofs (Art. 44 EMRK) besitzen eine völkerrechtliche Bindungswirkung *inter partes* für die am Verfahren beteiligten Parteien. Der verurteilte Vertragsstaat hat daher das gegen ihn ergangene Urteil zu befolgen und umzusetzen (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Dazu gehört auch, dass der betroffene Vertragsstaat sicherstellt, dass sich der festgestellte Konventionsverstoß in künftigen, ähnlich gelagerten Fällen nicht wiederholt.

Der EGMR selbst hat die Vorbeugung als besten Weg zur Gewährleistung der von Art. 6 EMRK geforderten Garantien bezeichnet.⁴⁰ Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichte die Konventionsstaaten, ihre Gerichtsbarkeit so zu organisieren, dass ihre Gerichte jegliches Erfordernis von Art. 6 EMRK erfüllen können, einschließlich der Pflicht zur Verhandlung innerhalb angemessener Frist.⁴¹ Für den Fall, dass die

³⁶ Ob die deutsche Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit effektiven Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer bietet, hat der EGMR dagegen nicht entschieden, da es insoweit an einem Vortrag der Regierung fehlte. Die im Einzelnen untersuchten Rechtsbehelfe wurden aber sämtlich nicht als effektiv erachtet.

³⁷ EGMR *Herbst* (Fn. 32), §§ 63 ff.

³⁸ EGMR *Herbst* (Fn. 32), §§ 65 - 66 ("this means that the Constitutional Court cannot provide any redress for pecuniary damages incurred by the excessive length of civil proceedings").

³⁹ EGMR *Herbst* (Fn. 32), § 67.

⁴⁰ EGMR *Scordino v. Italien*, Urt. v. 29.3.2006, NJW 2007, 1259, § 183.

⁴¹ EGMR *Süßmann v. Deutschland*, Urt. v. 16.9.1996, § 55; *Bottazzi v. Italien*, Urt. v. 28.7.1999, § 22; *Scordino* (Fn. 38), § 183.

Justiz diesen Anforderungen (im Einzelfall) nicht entspricht, sei ein Rechtsbehelf zur Beschleunigung des Verfahrens die wirksamste und beste Lösung. Ein solcher Rechtsbehelf habe gegenüber Rechtsbehelfen, die nur auf Wiedergutmachung ausgerichtet seien, den Vorteil, dass er den Eintritt einer Verletzung verhindere, anstatt lediglich retrospektiv auf sie zu reagieren.⁴²

Die Straßburger Vorgaben zum Gebot einer effektiven Verfahrensbeschleunigung – beginnend mit dem Urteil Kudla aus dem Jahre 2000⁴³ – haben Reformüberlegungen im derzeit geltenden Rechtssystem ausgelöst. Bereits 2005 hat das Bundesministerium der Justiz (BMJ) einen Referententwurf zur Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde wegen überlanger Verfahrensdauer als neuen Rechtsbehelf vorgelegt, der in Kürze als Gesetzentwurf der Bundesregierung in den deutschen Bundestag eingebracht werden soll:

Der Entwurf orientiert sich an § 91 des österreichischen Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG), der einen Fristsetzungsantrag vorsieht.⁴⁴ Eine Partei, die der Ansicht ist, ein gerichtliches Verfahren werde nicht in angemessener Zeit gefördert, kann nach dem neu einzufügenden § 198 GVG Untätigkeitsbeschwerde erheben. Das betroffene Gericht kann der Beschwerde innerhalb eines Monats abhelfen und das Verfahren weiter betreiben; andernfalls hat es die Beschwerde dem übergeordneten Gericht vorzulegen. An das Beschwerdegericht gelangt die Beschwerde auch, wenn die Partei die getroffene Abhilfemaßnahme nicht für geeignet hält. Ist die Beschwerde begründet, bestimmt das Beschwerdegericht durch unanfechtbaren Beschluss eine Frist, in der das Ausgangsgericht eine geeignete verfahrensfördernde Maßnahme zu ergreifen hat. (...).⁴⁵

Zu diesem gesetzlichen Vorhaben der Bundesregierung hat sich der EGMR im Urteil Sürmeli bereits positiv geäußert und aufgrund der geplanten Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde auf allgemeine Hinweise zur Befolgung seines Urteils verzichtet.⁴⁶

d) Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht

Für das deutsche Strafverfahrensrecht sind die Urteile Sürmeli und Herbst nur eingeschränkt von Bedeutung, weil im Strafrecht – neben der Gewährung von Schadensersatz – eine angemessene Form der Wiedergutmachung für eingetretene Verfahrensverstöße grundsätzlich durch die Reduzierung oder Umwandlung einer

⁴² EGMR Scordino (Fn. 38), § 183.

⁴³ EGMR Kudla v. Polen, Urt. v. 26.10.2000; zu diesem Urteil: Meyer-Ladewig, NJW 2001, 2679; Vorwerk, JZ 2004, 553.

⁴⁴ Vgl. Steinbeiß-Winkelmann, ZRP 2007, 177: „Überlange Gerichtsverfahren – der Ruf nach dem Gesetzgeber“.

⁴⁵ Näher zum Entwurf eines Untätigkeitsbeschwerdegesetzes: Roller, DRiZ 2007, 82 ff.

⁴⁶ EGMR Sürmeli (Fn. 31), §§ 138 - 139.

(ohne Berücksichtigung des Konventionsverstößes) zu verhängenden Sanktion bzw. durch den Verzicht auf diese im Wege der Verfahrenseinstellung oder des Freispruchs erfolgen kann.

Für den Fall unangemessener Verzögerungen im Strafverfahren hat der Gerichtshof entschieden, dass eine ausdrückliche und messbare Minderung der Strafe zur Kompensation ausreicht, was beim Bf. regelmäßig zum Wegfall seiner Opfereigenschaft iSv Art. 34 EMRK führt.⁴⁷ Gesetzlicher Handlungsbedarf könnte im deutschen Recht allenfalls für noch anhängige Strafverfahren bestehen, die nicht mit der von Art. 6 EMRK geforderten Beschleunigung geführt werden. Hier sieht die deutsche Strafprozessordnung (StPO) derzeit für den Beschuldigten keine Möglichkeit vor, den angemessenen Fortgang eines staatsanwaltschaftlichen bzw. gerichtlichen Verfahrens effektiv zu erzwingen.⁴⁸

Die Einführung eines präventiven Rechtsbehelfs zur Durchsetzung einer nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gebotenen Verfahrensbeschleunigung wäre sicherlich wünschenswert; sie wird allerdings von der EMRK nicht zwingend gefordert. Die Konventionsstaaten können sich dafür entscheiden, lediglich einen (effektiven) Rechtsbehelf auf Wiedergutmachung eingetretener Konventionsverstöße zu schaffen.⁴⁹ Die von den deutschen Strafgerichten praktizierte Anrechnungsmethodik (einschließlich der Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung) entspricht den Vorgaben des EGMR; sie ist sowohl revisions- als auch verfassungsrechtlich überprüfbar.⁵⁰ Es bleibt also bei dem Grundsatz, dass bei strafprozessualen Fragestellungen – nicht nur soweit es den Vorwurf einer unangemessen langen Verfahrensdauer betrifft – vor einem Gang nach Straßburg immer erst das Verfassungsbeschwerdeverfahren zu durchlaufen ist.

Gleichwohl sollten die rechtspolitischen Überlegungen zur Einführung einer sog. Untätigkeitsbeschwerde nicht vor dem grundrechtssensiblen Strafverfahrensrecht Halt machen. Ein Strafverfahren kann mit erheblichen Belastungen verbunden sein, die es von vornherein zu vermeiden und nicht nachträglich zu kompensieren gilt. In einigen Fälle – man denke hier etwa an die extreme Konstellation des Freispruchs – stellt die nachträgliche Kompensation einer konventionswidrigen Verfahrensverzögerung (Anrechnung auf die Sanktion bzw. finanzielle Entschädigung) aus menschenrechtlicher Perspektive keine zufriedenstellende

⁴⁷ EGMR Beck v. Norwegen, Urt. v. 26.6.2001, §§ 27-28; Scordino (Fn. 38), § 186.

⁴⁸ Der Weg über das Richterdienstrecht dürfte vom EGMR als nicht effektiv iSv Art. 35 Abs. 1 EMRK eingestuft werden.

⁴⁹ EGMR Mifsud v. Frankreich, Entsch. v. 11.9.2002, Slg. 2002-VIII, § 17; Scordino (Fn. 38), § 187.

⁵⁰ Weitaus problematischer ist dagegen die Entschädigungspraxis im Falle eines Freispruchs; hierzu: Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 50. Aufl. 2007, Art. 6 MRK, Rn. 9b.

Form der Wiedergutmachung dar. Dass mit einer solchen (präventiven) Untätigkeitsbeschwerde gerade im Strafrecht eine erhebliche Mehrbelastung der Justiz verbunden wäre, ist nicht zu leugnen, darf aber kein Grund sein, sich dieser Rechtsschutzmöglichkeit pauschal zu verschließen.

4. Die Verfassungsbeschwerde nach kroatischem Recht als effektiver nationaler Rechtsbehelf iSv Art. 35 Abs. 1 EMRK

a) Verfassungsgerichtsbarkeit in Kroatien

Das kroatische Verfassungsgericht (Ustavni Sud Republike Hrvatske) nimmt nach der Konzeption der Kroatischen Verfassung (Ustav Republike Hrvatske) von 1990 eine Sonderrolle neben den drei Staatsgewalten ein. Seine Aufgabe ist es, über die verfassungskonforme Ausübung der Staatsgewalt zu wachen, ohne dieser übergeordnet zu sein.⁵¹ Gemäß Art. 128 der Verfassung entscheidet das Kroatische Verfassungsgericht über Verfassungsklagen gegen die Entscheidungen der Regierungsbehörden, der regionalen Selbstverwaltungskörperschaften und öffentlich-rechtlichen Einheiten, wenn diese Entscheidungen Menschenrechte und Grundfreiheiten berühren. Die Bedingungen und Fristen für die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit, das Verfahren und die Bindungswirkung seiner Entscheidungen sowie der durch die Verfassung garantierte Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten werden durch ein Verfassungsgesetz geregelt (vgl. Art. 131 Abs. 1 der Verfassung): das kroatische Verfassungsgerichtsgesetz (Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske) ist am 24.9.1999 in Kraft getreten.⁵² Die Verfassungsklage – nach dem Modell der deutschen Verfassungsbeschwerde – ist in Art. 62 (Art. 59 a.F.) geregelt:

(1) Jeder, der der Ansicht ist, dass durch einen Einzelakt der staatlichen Gewalt, eines Organs einer Einheit der gemeindlichen oder gebietsmäßigen (regionalen) Selbstverwaltung oder einer juristischen Person mit hoheitlichen Befugnissen, durch den über seine Rechte und Pflichten oder über den Verdacht oder die Anklage wegen einer Straftat entschieden wurde, seine Menschenrechte oder seine durch die Verfassung verbürgten Grundfreiheiten ... verletzt wurden, kann beim Verfassungsgericht Verfassungsklage erheben.

⁵¹ Zur den Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Kroatien ab 1990: Kolonovits, in: Brunner (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Staaten Osteuropas (VSO), Kroatien 2.1.3.

⁵² Abgedruckt im Jahrbuch für Ostrecht, Band 43 (1/2002) – mit Einführung von Pintarić, S. 403 ff.

(2) Ist gegen die Verletzung der Verfassungsrechte der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsklage erst nach Erschöpfung des Rechtswegs eingelegt werden.⁵³

Schon vor der Gesetzesänderung im Jahr 2002 (dazu unten, c))⁵⁴ bestand gemäß Art. 59 Abs. 4 VerfGG a.F. die Möglichkeit, das VerfG vor der Erschöpfung nationaler Rechtsbehelfe anzurufen:

“Das Verfassungsgericht kann eine Verfassungsbeschwerde ausnahmsweise vor der Erschöpfung anderer möglicher Rechtsbehelfe prüfen, wenn es überzeugt ist, dass ein angefochtener Akt oder die Untätigkeit innerhalb angemessener Frist verfassungsmäßige Rechte und Freiheiten einer Partei grob verletzt und dass ohne ein Tätigwerden des Gerichts die Gefahr schwerwiegender und irreparabler Folgen für eine Partei besteht.”

b) EGMR, Urteil Horvat v. Kroatien (2001)

Für die weitere Entwicklung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens in Kroatien war u.a. das EGMR-Urteil im Fall Horvat aus dem Jahre 2001 von großer Bedeutung:

Die Bf. führte (jeweils gemeinsam mit anderen Klägern) getrennte Zivilverfahren gegen zwei Unternehmen und deren mutmaßliche Träger wegen der Rückzahlung eines Darlehens. Die erste Klage wurde am 29.3.1995, die zweite am 30.3.1995 erhoben. Im Verfahren waren mehrere Probleme aufgetreten: die korrekte Adresse eines Unternehmensträgers konnte nicht festgestellt werden (dieser befand sich in U-Haft); zudem war der Fortbestand der beiden Unternehmen fraglich. Am 20.4.1999 erhob die Bf. Beschwerde zum EGMR; zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichtshofs am 26.07.2001 waren die Klagen noch in erster Instanz anhängig. Die kroatische Regierung hatte vorgetragen, die Bf. habe vor der Anrufung des Gerichtshofs die innerstaatlichen Rechtsbehelfe nicht erschöpft. Insbesondere habe sie von der Möglichkeit, das Verfassungsgericht im noch laufenden Verfahren

⁵³ Art. 76 VerfGG (Art. 72 a.F.): (1) Mit dem der Verfassungsklage stattgebenden Beschluss hebt das Verfassungsgericht den angefochtenen Akt, durch den das Verfassungsrecht verletzt wurde, auf. (2) Ist das zuständige Organ der Justiz oder der Verwaltung, das Organ der Einheit der gemeindlichen und gebietsmäßigen (regionalen) Selbstverwaltung oder die mit öffentlichen Befugnissen ausgestattete juristische Person verpflichtet, an Stelle des Aktes, der durch den Beschluss nach Absatz 1 dieses Artikels aufgehoben wurde, einen neuen Akt zu erlassen, verweist das Verfassungsgericht die Sache zur erneuten Entscheidung an das Organ, das den aufgehobenen Akt erlassen hat, zurück. (...); (3) Entfaltet der angefochtene Akt, der ein Verfassungsrecht des Klägers verletzt, keine Rechtswirkungen mehr, stellt das Verfassungsgericht durch Beschluss, unter Anführung des durch den Akt verletzten Verfassungsrechts des Klägers im Tenor, dessen Verfassungswidrigkeit fest.; Art. 77 VerfGG (Art. 73 a.F.): (...) (2) Bei dem Erlass des neuen Aktes gemäß Artikel 76 Absatz 2 (...) ist das zuständige Organ (...) verpflichtet, den Rechtsstandpunkt des Verfassungsgerichts, (...) zu beachten.

⁵⁴ Zu diesen Justizreformen: Uzelac, Jahrbuch für Ostrecht, 2002, S. 175 ff.; Pintarić, Justizreform in Kroatien, Forschungsverbund Ost- und Südosteuropa (forost), Arbeitspapier Nr. 21, 2004.

anzurufen (§ 59 Abs. 4 VerfGG a.F.), Gebrauch machen müssen. Darüber hinaus habe sie auch den Präsidenten des Amtsgerichts und den Justizminister ersuchen können, das Verfahren zu beschleunigen.

Der Gerichtshof stellte – trotz der in § 59 Abs. 4 VerfGG a.F. vorgesehenen Beschwerdemöglichkeit (s.o.) – sowohl einen Verstoß gegen Art. 13 EMRK als auch gegen Art. 6 I EMRK fest. Auch die in Art. 59 Abs. 4 VerfGG a.F. vorgesehene Anrufung des VerfG hielt der EGMR mit Blick auf Art. 13 EMRK für unzureichend. Er forderte, dass ein effektiver Rechtsbehelf der betroffenen Person in der Praxis hinreichend sicher zur Verfügung stehen müsse. Kritisiert hat der Gerichtshof an der kroatischen Rechtslage insbesondere, dass die Durchführung des Verfahrens Art. 59 Abs. 4 VerfGG a.F. weitgehend im Ermessen des Gerichts lag, welches über die Zulassung des Verfahrens nach einer Vorabprüfung entscheiden konnte. Darüber hinaus muss der Beschwerdeführer kumulativ zwei Bedingungen zu erfüllen. Die hierfür vom Gesetz verwendeten Begriffe wie “grob verletzt” und “schwerwiegende und irreparable Folgen” seien anfällig für eine vielfältige und weite Auslegung in der Praxis.⁵⁵

Die Anrufung des Gerichtspräsidenten oder des Justizministers interpretierte der Gerichtshof als einen hierarchischen Rechtsbehelf, der faktisch nur die Information des übergeordneten Aufsichtsorgans und die an dieses gerichtete Anregung enthielt, von seinen Kompetenzen Gebrauch zu machen, soweit es dies für angebracht halte. Die Entscheidung über ein Tätigwerden lag allein bei dem Aufsichtsorgan, welches frei darüber entscheiden konnte. Außerdem war der Betroffene in diesem Verfahren nicht Partei, da es sich um ein rein internes Verfahren handelte. Der Gerichtshof kam daher zu dem Schluss, dass ein wirksamer Rechtsbehelf gegen unverhältnismäßig lange (anhängige) Gerichtsverfahren in Kroatien nicht existierte.

c) Änderung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens

Im März 2002 wurde das Verfassungsgesetz über das Verfassungsgericht der Republik Kroatien (Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske) in wesentlichen Teilen geändert.⁵⁶ Der frühere Art. 59 Abs. 4 VerfGG a.F. wurde

⁵⁵ Die kroatische Regierung hatte lediglich einen Fall vorgelegt, in dem das VerfG nach § 59 Abs. 4 VerfGG a.F. entschieden hatte. Im Fehlen weiterer Fälle sah der EGMR einen Beleg für die Unsicherheit dieses Rechtsbehelfs in der praktischen Anwendung. Nach Ansicht des Gerichtshofs reicht der benannte Einzelfall für eine gefestigte Rechtsprechung, mit deren Hilfe die Effektivität des Rechtsbehelfs hätte bewiesen werden können, nicht aus.

⁵⁶ Im Rahmen einer Gesetzesnovelle vom 16.7.2003 wurde ferner das Gesetz über das Streitverfahren (Zivilprozessordnung) geändert. Vorrangiges Ziel der Novelle war es, die Prozessdauer zu verkürzen. Eingeführt wurden u.a. der Beibringungs- bzw. Verhandlungsgrundsatz; die Spruchkörper wurden verkleinert. Dem Überhang an Prozessen sollte nach den Vorstellungen des Justizministeriums durch eine Mehrarbeit der Richter begegnet werden.

aufgehoben und stattdessen ein neuer Art. 59a (heute: Art. 63) eingeführt, der die Anrufung des Verfassungsgerichts während des noch vor den Instanzgerichten anhängigen Verfahrens erlaubt:

(1) Das Verfassungsgericht leitet das Verfahren der Verfassungsklage auch vor Erschöpfung des Rechtswegs ein, wenn über die Rechte und Pflichten der Partei oder über den Verdacht oder die Anklage wegen einer Straftat das Gericht in einer angemessenen Zeit nicht entschieden hat oder wenn durch den angefochtenen Einzelakt die Verfassungsrechte schwerwiegend verletzt werden und offensichtlich ist, dass durch die Nichteinleitung des verfassungsgerichtlichen Verfahrens für den Kläger schwere und nicht rückgängig zu machende Folgen eintreten könnten.

(2) Mit dem der Verfassungsklage wegen des Nichterlasses eines Aktes in angemessener Zeit aus Absatz 1 dieses Artikels stattgebenden Beschluss bestimmt das Verfassungsgericht dem zuständigen Gericht eine Frist für den Erlass einer Entscheidung, durch die dieses Gericht entsprechend den Maßgaben über die Rechte und Pflichten des Klägers oder über den Verdacht oder die Anklage wegen einer Straftat zu entscheiden hat. (...).

(3) Mit dem Beschluss nach Absatz 2 dieses Artikels legt das Verfassungsgericht eine angemessene Entschädigung für den Kläger wegen der Verletzung seines Verfassungsrechts fest, die durch das Gericht dadurch begangen wurde, dass es über die Rechte und Pflichten des Klägers oder über den Verdacht oder die Anklage gegen ihn wegen einer Straftat nicht in angemessener Zeit entschieden hat. Die Entschädigung ist aus dem Staatshaushalt binnen drei Monaten ab Stellung des Antrags auf Auszahlung durch den Kläger zu entrichten.

Dieser modifizierte Rechtsbehelf entspricht den Anforderungen an einen effektiven Rechtsbehelf iSv Art. 13 und Art. 35 Abs. 1 EMRK zur (präventiven) Durchsetzung einer Verfahrensbeschleunigung, die der EGMR im Urteil *Sürmeli* formuliert hat.⁵⁷ Bemerkenswert ist, dass das Verfahren der Untätigkeitsbeschwerde auch im Strafverfahren gilt. Probleme scheint die Regelung insofern bereitet zu haben, als sich das höchste kroatische Gericht nun mit der Beschleunigung zahlreicher vor den Instanzgerichten anhängiger Verfahren beschäftigen musste und damit eine Kontrollaufgabe wahrzunehmen hatte, die letztlich bei den Instanzgerichten besser aufgehoben ist. Seit dem Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes (*Zakona O Sudovima*) am 29.12.2005 entscheidet das Verfassungsgericht nicht mehr in erster Instanz über die Verletzung des Rechts auf angemessene Verfahrensdauer; als neuer

⁵⁷ Vgl. EGMR *Slaviček v. Kroatien* (20862/02), Entsch. v. 4.7.2002; *Nogolica v. Kroatien* (77784/01), Entsch. v. 5.9.2002; in diesen beiden Entscheidungen setzt sich der Gerichtshof erstmals mit dem neuen Beschwerdeverfahren auseinander; vgl. auch: EGMR *Buj v. Kroatien* (24661/02), Urt. v. 1.9.2006, § 17.

Rechtsbehelf steht der Antrag auf Gewährleistung eines Verfahrens in angemessener Zeit zur Verfügung.⁵⁸

5. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen können die Notwendigkeit eines effektiven nationalen Rechtsschutzes als Voraussetzung für den Schutz der Menschenrechte in Europa nicht abschließend behandeln, sollten seine Bedeutung im prozessualen Gesamtgefüge aber hinreichend zum Ausdruck gebracht haben. Sowohl die deutschen als auch die kroatischen Prozessordnungen haben mit dem Problem der Verfahrensdauer zu kämpfen, das es auf der Grundlage der EMRK unter Berücksichtigung einschlägiger Vorgaben des EGMR zu beseitigen gilt – unter Bereitstellung eines effektiven Rechtsbehelfs, mit dem betroffene Personen eine von Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte angemessene Verfahrensführung erzwingen können. Das kroatische Modell kann in diesem Zusammenhang wertvolle Anregungen für die deutschen Reformüberlegungen liefern.

Das Verständnis für rechtsvergleichende, europäische Lösungswege zu fördern, ist eine der wichtigsten und dringlichsten Aufgaben der Juristischen Fakultäten in Europa. Zu den Wegbereitern und Förderern eines zusammenwachsenden Strafrechts in Europa zählt auch das Institute of Criminal Sciences Mošćenice der Universität Rijeka, dessen Mitarbeitern – insbesondere natürlich meinem verehrten Kollegen Berislav Pavišić – ich auf diesem Wege meine herzlichen Glückwünsche zu den Feierlichkeiten am 9. April 2008 aus Anlass der nun schon zehn Jahre währenden, intensiven Forschungstätigkeit auf dem Gebiet des inter- und transnationalen Strafrechts übermitteln möchte.

Ein weiteres Jubiläum wirft bereits seine Schatten voraus: am 4. November 2010 wird die Europäische Menschenrechtskonvention ihren 60. Jahrestag feiern können. Es ist der Konvention zu wünschen, dass das Vertrauen der Bürger Europas in den Kontrollmechanismus und die Arbeit des EGMR weiter anhält, ebenso, dass der Gerichtshof auch in Zukunft über eine finanzielle und personelle Ausstattung verfügt, die es ihm erlaubt, auf der Grundlage des dann (hoffentlich) in Kraft getretenen 14. Protokolls seine Tätigkeit mindestens so effektiv wie in den vergangenen mehr als 50 Jahren verrichten zu können.

⁵⁸ Cfr. n. 1.

Miodrag N. Simović*

PRIMJENA U BOSNI I HERCEGOVINI
MEĐUNARODNIH STANDARDNA KOJI SE ODNOSI
NA ZABRANU TORTURE, MUČENJA I NEHUMANIH I
PONIŽAVAJUĆIH POSTUPAKA I KAŽNJAVANJA

(Application of international standards in Bosnia and Herzegovina
which apply to the prohibition of torture, inhuman and degrading
treatment and punishment)

Sažetak

U ovom tekstu govori se o Zakonu o krivičnom postupku BiH i njegovoj primjeni u posljednjih pet godina. Autor konstatuje da je zakonodavac u Bosni i Hercegovini, u okviru obimne reforme krivičnog zakonodavstva (koja je u jednom segmentu zaključena 2003. godine), u procesnopravni sistem uveo značajan broj novih instituta koji predstavljaju razradu međunarodnih i uporednopravnih standarda koji se odnose kako na ideju zaštite univerzalno priznatih prava i sloboda čovjeka, tako i na potrebu efikasnog suzbijanja kriminaliteta. S tim u vezi, otvoreno je pitanje da li su novi krivičnoprocesni propisi u stvarnosti prouzrokovali očekivane rezultate u smislu ubrzanja krivičnog postupka, rasterećenja krivičnog pravosuđa, efikasnijeg suzbijanja kriminaliteta, uz istovremeno respektovanje zakonitosti, pravila pravičnog postupka i većeg stepena zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku. Posebno pitanje s tim u vezi je da li organi krivičnog pravosuđa prihvataju i koriste te nove procesne institute, ili ih odbacuju, ili ih ne mogu primijeniti iz određenih razloga (npr., organizacijske ili finansijske prirode). U radu se zaključuje da gledajući na dosadašnja iskustva, odgovori mogu biti prije svega uopšteni i kretati se u rasponu od konstatacije da su u određenim segmentima postignuti željeni efekti do zaključka da je još mnogo toga potrebno učiniti kako bi se unaprijedila praksa krivičnog sudovanja. To uostalom potvrđuje i Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH, koji se u vrijeme pisanja ovog teksta (novembar 2007. godine) nalazi u parlamentarnoj proceduri.

Ključne riječi: Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine – reforma

* Redoviti profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci i potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine/Full professor, Faculty of Law, University of Banja Luka and Vicepresident of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina.

Summary

The text refers to the Criminal Procedure Code of BiH and its application in the last five years. The author states that the legislator in Bosnia and Herzegovina, within the frame of broad reform of criminal legislation (which has been concluded in one part in 2003), in terms of procedural law has introduced a significant number of new institutes which represent the work on international and parallel legal standards that relate to an idea of protecting universal legal rights and freedoms of men as well as the need to efficiently fight crime. In that respect, still remains open the question whether new criminal procedure legislation actually caused the expected results in sense of speeding-up the criminal procedure, unloading criminal judiciary, efficient fighting against crime, when at the same time respecting the legality, rules of fair trial and higher level of protection of human rights in criminal procedure. Special question in regards to this is whether bodies of criminal judiciary accept and use these new institutes or reject them, or cannot apply them due to various reasons (e.g. organizational or financial nature). Baring in mind the experiences up to date, the practice has shown that answers may, above all, be general and can vary from conclusion that in certain parts the desired effects have been accomplished to conclusion that a lot more is necessary to be done in order to improve the practice in criminal proceedings. This is also confirmed by the Proposal of the Law on amendments to the Criminal Procedure Code of BiH that is in parliamentary procedure at the time this text was written (November 2007).

Key words: The Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina – Reform

1. Opšta razmatranja u vezi sa članom 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Za razliku od nekih drugih članova Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹, član 3 dat je u apsolutnim i nekvalifikujućim terminima. Nasuprot, na primjer, čl. 8–11 Evropske konvencije, član 3 ne sadrži drugi stav kojim se određuju okolnosti kada je tortura, nehumano ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje dozvoljeno. Shodno tome, u pogledu ove odredbe nema nikakvog prostora za ograničenja data zakonom. Neuslovljenost člana 3 takođe znači da, u smislu Evropske konvencije ili međunarodnog prava, nikad ne može da postoji opravdanost djela koja čine kršenje ovog člana. Drugim riječima, ne mogu da postoje faktori koje domaći pravni sistem može da uzme kao opravdanje zabranjenog ponašanja – to ne može da bude ponašanje žrtve. Ovdje se fokusira na učinioca kako bi se sproveda istraga, spriječio zločin ili bilo koje spoljašnje okolnosti ili neki drugi faktor.

Sem toga, član 3 Evropske konvencije sadrži i materijalne aspekte kao i one proceduralne prirode, poput obaveze prima facie istrage navoda o torturi i nekim drugim oblicima nehumanog postupanja. Član 3 Evropske konvencije može da bude

¹ U daljem tekstu: Evropska konvencija.

jednako prekršen namjernim maltretiranjem kao i nehatom ili propustom da se preduzmu konkretne radnje ili pruže odgovarajući standardi zaštite. Takođe, član 3 Evropske konvencije nameće i negativne i pozitivne obaveze: to znači obavezu da se suzdrži od određene vrste postupanja, kao i obaveze da se preduzmu pozitivne radnje kako bi se pojedincima obezbijedila njihova prava i zaštitilo ih se od zabranjenog postupanja².

Zabrana torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja nije sadržana samo u Evropskoj konvenciji, već predstavlja i dio međunarodnog običajnog prava i smatra se za *ius cogens* (prinudno pravo). Usvojen je veliki broj međunarodnih normi s ciljem borbe protiv torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, na primjer od člana 5 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine (“Niko neće biti podvrgnut torturi ili okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju”)³, do Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda iz 1998. godine, kojim se tortura, kao široko rasprostranjen i sistematski napad na civile, proglašava zločinom protiv čovječnosti. Pored Evropske konvencije, većina država članica Savjeta Evrope su istovremeno i strane u sljedećim međunarodnim sporazumima kojima se zabranjuje tortura: četiri ženevske konvencije iz 1949. godine⁴; UN Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine⁵; UN Konvencija protiv torture i nehumanog ili ponižavajućeg postupanja

² Vidi: P. van Dijk, G. J. H. Hoof: Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima, Sarajevo, 2001; B. Emmerson, A. Ashworth: Human Rights and Criminal Justice, London, 2001. i Paunović, Milan: Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 1993.

³ Vidi Univerzalni dokumenti o ljudskim pravima, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001.

⁴ Ove konvencije u zajedničkom članu 3, kao i svi kasniji dopunski protokoli, obavezuju države ugovornice da prema zaštićenim licima (lica koja ne učestvuju neposredno u neprijateljstvima, pod kojima se podrazumijevaju i pripadnici oružanih snaga koji su položili oružje, lica onesposobljena za borbu usljed bolesti, lišenja slobode ili zbog bilo kog drugog uzroka) postupaju čovječno i bez ikakve diskriminacije zasnovane na rasi, polu, boji kože, vjeri ili ubjedenju. Zabranjuje se povreda ličnog dostojanstva, mučenje, ponižavajući i degradirajući tretman, uključujući tu i biološke eksperimente. Ove radnje se smatraju teškim povredama međunarodnog humanitarnog prava i predviđa se uspostavljanje univerzalne jurisdikcije za suđenje učiniocima takvih zločina.

⁵ Ovaj pakt, usvojen od strane Generalne skupštine UN, posebno je značajan u oblasti zaštite ljudskih prava i ljudskog dostojanstva zato što ustanovljava osnovna univerzalna prava, koja se ni u kom slučaju ne mogu uskratiti, pa čak ni “u slučaju kada opstanak nacije ugrozi vanredna javna opasnost” (član 4), onda kada se sva druga prava mogu privremeno suspendovati. U tu grupu ljudskih prava spada i zabrana mučenja i surovog i nehumanog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja. Pakt propisuje (član 7) da niko ne smije biti podvrgnut mučenju ili surovom, nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, a posebno se ističe da niko ne može biti podvrgnut medicinskim ili naučnim eksperimentima bez svoje slobodne volje. Prema svim licima lišenim slobode postupaće se čovječno i sa poštovanjem, zbog urođenog dostojanstva ljudskog bića (član 10). Drugim riječima, Pakt kao civilizacijsku

ili kažnjavanja (CAT) iz 1984. godine⁶ i Evropska konvencija o sprečavanju torture i nehumanog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja iz 1987. godine⁷.

2. Primjena člana 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Nehumano postupanje je ono koje kod žrtve stvara osjećaj straha, snažnog nemira i inferiornosti, koje je u stanju da žrtvu ponizi ili degradira. Prilikom razmatranja da li je kažnjavanje ili postupanje bilo "nehumano" u okviru značenja iz člana 3 Evropske konvencije, mora da se vodi računa da li je cilj bio da se ponizi i degradira lice koje je u pitanju i da je li ono što je posljedica negativno uticalo na njegovu ili njenu ličnost na način koji je inkompatibilan sa članom 3 Evropske konvencije. Međutim, nepostojanje takvog cilja ne može da isključi nalaze o kršenju člana 3 Evropske konvencije⁸.

Neljudski tretman mora da ima minimalan stepen jačine ukoliko se svrstava u okvir člana 3 Evropske konvencije. Procjena ovog minimuma je po prirodi stvari relativna. Ona zavisi od svih okolnosti predmeta, kao što su priroda i sadržaj postupka,

tekovinu izražava opštu međunarodnu saglasnost o granici koju vlast u odnosu na svoje građane ne smije da prekorači, odnosno granicu ispod koje se pojedinac u društvu ne smije naći (Soković, dr Snežana: Novo kazneno zakonodavstvo i međunarodni standardi – zabrana torture, mučenja, nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, XVIII seminar prava "Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi", Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2006, str. 565). Za praktičnu realizaciju garantovanih prava, značajno je da Pakt ustanovljava Komitet za ljudska prava, a države potpisnice se obavezuju da ovom komitetu podnose periodične izveštaje o mjerama nacionalne implementacije prava garantovanih Paktom.

⁶ Ova konvencija je stupila na snagu 1987. godine, a obavezuje sve države članice da preduzimaju djelotvorne zakonske, administrativne, sudske i druge mjere radi sprečavanja mučenja na čitavoj teritoriji i pod njihovom nadležnošću. Konvencija posebno naglašava obavezu država potpisnica da akte mučenja normiraju kao krivična djela u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu i da obezbijede da se ova krivična djela kažnjavaju kaznama koje uzimaju u obzir njihovu ozbiljnu prirodu. Zabrana torture je apsolutna, nikakve vanredne okolnosti i situacije ne opravdavaju mučenje. Naredba nadređenog oficira ili državnog organa ne može se navesti kao opravdanje mučenja.

⁷ Ova konvencija, koja je stupila na snagu 1989. godine, za razliku od Evropske konvencije, koja vrlo široko tretira oblast ljudskih prava, u cijelosti je usmjerena ka licima koja su lišena slobode, i to u cilju zaštite njihovih prava. Osnivanjem Evropskog komiteta za sprečavanje torture, ova konvencija razvija poseban mehanizam prevencije mučenja, nehumanih i ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja i vansudski sistem preventivne prirode zasnovan na posjetama. Komitet nema sudsku ulogu, ne čine ga isključivo pravnici, njegove preporuke pravno ne obavezuju konkretne države ugovornice, niti izražava svoje stavove o tumačenju pravnih termina.

⁸ Vidi Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud), Ranninen protiv Finske, presuda od 16. decembra 1997. godine.

njegovo trajanje i njegove fizičke i mentalne posljedice, a u nekim slučajevima i pol, starosna dob i zdravstveno stanje žrtve⁹. Određeni nivo patnje postoji kada postoje dovoljni dokazi o nastalim povredama¹⁰.

Fenomen nestanka predstavlja vrlo značajno pitanje u vezi sa potencijalnim kršenjem člana 3 Evropske konvencije. Ovdje se postavljaju dva pitanja: a) na koji način je pogođen dignitet lica kog neko drži na nepoznatom mjestu lišenog slobode i b) kakve posljedice to ima na porodicu i lica bliska nestalom licu. S tim u vezi, Evropski sud za ljudska prava je u predmetu gdje se podnositeljka žalila na nestanak svog sina kog su odveli pripadnici turske vojske i lokalne "seoske straže", pronašao povredu člana 3 Evropske konvencije¹¹. U navedenom predmetu Evropski sud je zaključio da je podnositeljka žalbe, koja je bila majka žrtve, istovremeno i sama žrtva samozadovoljstva zvaničnih vlasti pred njenim strahom i bolom, s obzirom na to da je ona ostavljena u strahu od saznanja da je njen sin lišen slobode i da nema apsolutno nikakvih informacija o njegovoj daljnjoj sudbini.

Evropski sud je u drugom predmetu utvrdio da, s obzirom na indiferentnost i nemar vlasti u pogledu zabrinutosti podnosioca i akutnog straha i neizvjesnosti kao posljedice, podnosilac jeste bio žrtva vlasti u mjeri koja je predstavljala kršenje člana 3 Evropske konvencije¹². Evropski sud je slično zaključio i u predmetima u kojima su podnosioci bili roditelji nestalog, koji su bili izloženi patnji zbog indiferentnosti i nemara vlasti¹³. Sud je naglasio da suština ovakvog kršenja ne leži toliko u činjenici

⁹ U odluci Ustavnog suda Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Ustavni sud), broj AP 81/04 od 28. januara 2005. godine, apelant navodi da je prilikom hapšenja prema njemu postupano na neljudski način i da su mu ruke bile vezane prilikom odvođenja u pritvor. Međutim, apelant nije prijavio navodne povrede i neljudski tretman istražnom sudiji ili bilo kom službeniku. Nadalje, apelant nije postavio pitanje lošeg tretmana na glavnom pretresu pred sudom kao i u postupku o žalbi. Apelantov prigovor kako je odveden u pritvor vezanih ruku, bez njegove dodatne argumentacije o ovom postupanju, može da se tumači kao uobičajena dozvoljena mjera obezbjeđenja i sprečavanja bjeksta, koja ne predstavlja prekomjernu i neopravdanu upotrebu sile, niti predstavlja, samo po sebi, kršenje navedenih prava. Pored toga, apelant nije dostavio nikakve dokaze kojima bi potkrijepio svoje tvrdnje o kršenju navedenog prava. Ustavni sud podsjeća da u izvjesnim okolnostima može da bude teško dokazati loše postupanje u vrijeme privođenja i boravka u pritvoru, ali podnosilac žalbe mora da dostavi bar neke elemente dokaza koji se odnose na navodno postupanje (vidi odluku Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, predmet broj 331/97, R. G. protiv Federacije Bosne i Hercegovine, Izvještaj od 6. aprila 1998. godine, stav 109). Stoga, Ustavni sud zaključuje da su apelantovi navodi paušalni i da u konkretnom slučaju nije došlo do povrede apelantovog prava iz člana II/3 b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije.

¹⁰ Vidi odluku Doma za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, broj CH/97/34, Šljivo protiv Republike Srpske, odluka o prihvatljivosti i meritumu, uručena 10. septembra 1998. godine.

¹¹ Vidi Evropski sud, Kurt protiv Turske, presuda od 25. maja 1998. godine.

¹² Vidi Evropski sud, Tas protiv Turske, presuda od 14. novembra 2000. godine.

¹³ Vidi Evropski sud, Timurtas protiv Turske, presuda od 13. juna 2000. godine i Cicek protiv Turske, presuda od 27. februara 2001. godine.

“nestanka” člana porodice, koliko u reakciji i stavu vlasti kada im se ova situacija stavi do znanja. Rodbina može, naročito u pogledu ovog posljednjeg, da traži da se direktno prizna kao žrtva ponašanja vlasti¹⁴.

U presudi u slučaju Kehayov protiv Bugarske¹⁵ Evropski sud je ocijenio da su uslovi u pritvoru predstavljali nečovječno i ponižavajuće postupanje. Evropski sud je bio mišljenja da je to što je podnosilac predstavke morao da provede gotovo 24 sata dnevno, tokom skoro šest mjeseci, u prenatrpanoj ćeliji, bez prirodnog osvjetljenja i bez fizičke vježbe ili drugih aktivnosti van ćelije, moralo imati loše posljedice po njegovo zdravlje i prouzrokovati velike patnje. Podvrgavanje pritvorenika poniženju u prisustvu drugih ne može imati nikakvo opravdanje, izuzev u specifičnim okolnostima kada bi dozvoljavanje posjeta sanitarnim prostorijama predstavljalo konkretan i ozbiljan bezbjedonosni rizik. Međutim, vlada nije navela sigurnosni rizik kao obrazloženje strogo režima kojem je podnosilac predstavke bio podvrgnut. Slično, nema opravdanja za lišavanje podnosioca predstavke vanćelijskih aktivnosti ili fizičkih vježbi tokom skoro šest mjeseci.

U slučaju Nevmerzheritsky protiv Ukrajine¹⁶ Evropski sud je pretpostavio da su vlasti poštovale uputstva u relevantnom dekretu. Međutim, predviđena oprema (lisice, otvarač usta i posebna gumena cijev ubačena u jednjak) – u slučaju nasilnog otpora – mogu predstavljati mučenje u okviru značenja člana 3 Konvencije, ako nije postojala medicinska neophodnost¹⁷. Evropski sud je zaključio da nasilno hranjenje podnosioca predstavke, bez ikakvog medicinskog opravdanja od strane vlade, korišćenjem opreme predviđene dekretom protiv volje podnosioca, predstavlja postupanje ozbiljne prirode koje se može smatrati mučenjem¹⁸. Sud je stoga zaključio da je došlo do povrede člana 3 Evropske konvencije.

¹⁴ Vidi Evropski sud, Cakici protiv Turske, presuda od 8. jula 1999. godine.

¹⁵ Od 18. januara 2005. godine, predstavka broj 41035/98.

¹⁶ Od 5. aprila 2005. godine, predstavka broj 54825/00.

¹⁷ U pogledu nasilnog hranjenja, ovo je prvi put da je Sud zaključio da takav postupak predstavlja povredu člana 3 Evropske konvencije. Evropski sud ga je čak okarakterisao kao mučenje, a ne kao nečovječno i ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje. Sud je ranije definisao mučenje kao “namjerno nečovječno postupanje koje izaziva veoma ozbiljnu i surovu patnju”. Kako vlada nije obezbijedila relevantna medicinska dokumenta, nije dokazano da je nasilno hranjenje bilo medicinska nužnost i Sud je stoga pretpostavio da je bilo proizvoljno. Pri ispitivanju načina na koji je podnosilac nasilno hranjen, Evropski sud se pozvao na Evropska zatvorska pravila, posebno na to koji metodi i oprema mogu biti dozvoljeni prema njima.

¹⁸ Pritvor podnosioca predstavke je trajao dvije godine, 10 mjeseci i 15 dana, od kojih je Sud uzeo u razmatranje dvije godine, pet mjeseci i 12 dana, od 11. septembra 1997. godine, kada je Konvencija stupila na snagu u Ukrajini. Evropski sud je zaključio da su razlozi na koje su se vlasti pozvale da bi opravdale produženje pritvora podnosioca predstavke tokom više od dvije godine i pet mjeseci, iako moguće relevantni i dovoljni u početku, prestali to da budu kako je vrijeme prolazilo. Shodno tome, došlo je i do povrede člana 5 stav 3 Evropske konvencije.

Nečovječno i ponižavajuće postupanje od strane policije Evropski sud je nedavno utvrdio i u presudi u slučaju *Alsayed Allaham*¹⁹ protiv Grčke²⁰. Sud je podsjetio da će, kada je lice lišeno slobode ili na drugi način pod kontrolom policije, svaka tjelesna povreda dovesti do pretpostavke da je lice podvrgnuto lošem postupanju. Evropski sud je primijetio da vlada nije osporila hronološki slijed događaja, niti valjanosti ljekarskog izvještaja. Shodno tome, vlada je morala iznijeti uvjerljivo objašnjenje kako je podnositelj predstavke zadobio povrede. Evropski sud je smatrao da vlada nije načinila ozbiljan napor da otkrije šta se zaista dogodilo, niti da dokaže da su povrede podnosioca predstavke uzrokovane na drugi način nego postupanjem kome je bio podvrgnut dok je bio pod kontrolom policajaca. U tim okolnostima, Sud je zaključio da su pretrpljene tjelesne povrede, kao i strah, nesigurnosti i poniženje koje je podnositelj iskusio, bili dovoljno ozbiljni da se djela policajaca ocijene kao nečovječna i ponižavajuća. Shodno tome, Evropski sud je zaključio da je došlo do povrede člana 3 Konvencije²¹.

U presudi u slučaju *Tarariyeva protiv Rusije*²² Evropski sud je primijetio da nije sporno da u pogledu g. *Tarariyeva* nije postojala opasnost od bjekstva, samopovređivanja ili povređivanja drugih, ali da je i pored toga vezan lisicama za krevet dan nakon složene operacije. Imajući u vidu zdravstveno stanje g. *Tarariyeva*, nedostatak ikakvog razloga za strahovanje da predstavlja sigurnosnu opasnost i stalni nadzor naoružanih policajaca, Sud je zaključio da je korišćenje lisica u tim okolnostima predstavljalo nečovječno postupanje. Stoga je utvrdio da je došlo do povrede člana 3 Konvencije zbog vezivanja g. *Tarariyeva* za krevet u civilnoj bolnici²³.

¹⁹ Podnositelj predstavke, Mhn Ghassan Alsayed Allaham, sirijski je državljanin, rođen 1962. godine i nastanjen u Atini. Oženjen je Grkinjom, živi i radi u Grčkoj od 1986. godine i posjeduje valjanu dozvolu za boravak i rad.

²⁰ Od 18. januara 2007. godine, predstavka broj 25771/03.

²¹ Ovaj slučaj je klasičan primjer situacije koja se ponavlja u zemljama članica Savjeta Evrope. Imigranti i pripadnici etničkih manjina, koji traže pomoć policije kada žele da prijave krivična djela, često su, kao u ovom slučaju, žrtve policijske brutalnosti ili podvrgnuti detaljnijem ispitivanju u pogledu njihovog imigriranog statusa nego o krivičnim djelima koje su došli da prijave. Činjenice u ovom slučaju ukazuju na to da je loše postupanje od strane policije povezano sa njihovom pretpostavkom da podnositelj predstavke nema boravišni status u Grčkoj i moglo je biti raso motivisano. Iako su već 1981. godine u slučajevima Azijaca iz istočne Afrike organi Konvencije zaključili da rasizam može, sam po sebi, predstavljati povredu člana 3 Konvencije, Evropski sud je u početku bio prilično nevoljan da izričito prizna činjenicu da je očigledan rasizam otežavajuća okolnost ili motiv za povrede čak i čl. 2 i 3 Konvencije (vidi slučaj *Assenov protiv Bugarske*, od 28. oktobra 1998. godine). U slučaju *Nachova protiv Bugarske*, od 6. jula 2005. godine, Veliko vijeće je priznalo da su djela i propusti vlasti bili raso motivisani.

²² Od 14. decembra 2006. godine, predstavka broj 4353/03.

²³ Pri razmatranju slučaja prema članu 3 Konvencije, Sud se usredsredio naročito na tvrdnju o vezivanju lisicama podnosioca predstavke i njegovom prebacivanju u zatvorsku iz civilne

Dalje, imajući u vidu ozbiljno stanje g. Tarariyeva, dužinu putovanja i negativan uticaj na njegovo zdravstveno stanje, Sud je smatrao da je prebacivanje g. Tarariyeva u običnom zatvorskom kombiju moralo značajno da doprinese njegovoj patnji i stoga je predstavljalo nečovječno postupanje.

Osim toga, u presudi u slučaju Jasar protiv "Bivše jugoslovenske republike Makedonije"²⁴ Evropski sud je primijetio da u pogledu tvrdnji o zlostavljanju nije dobio nikakve dodatne dokaze koji bi mogli dovesti u pitanje zaključke domaćih sudova i potvrditi izjave podnosioca predstavke. Osam godina nakon događaja u pitanju – najviše zbog neaktivnosti domaćih vlasti i nevoljnosti da sprovedu djelotvornu istragu u pogledu tvrdnji podnosioca predstavke – Sud nije bio u stanju da utvrdi koja verzija događaja je uvjerljiva. Pošto mu iznijeti dokazni materijal nije omogućio da van svake razumne sumnje utvrdi da je podnosilac predstavke bio podvrgnut psihičkom i fizičkom zlostavljanju tokom boravka u policijskom pritvoru, Evropski sud je smatrao da ne postoji dovoljno dokaza da je došlo do povrede člana 3 Konvencije na osnovu tvrdnji o zlostavljanju. U pogledu nedjelotvorne istrage Evropski sud je primijetio da je pravni zastupnik podnosioca predstavke podnio krivičnu prijavu zbog tvrdnji o policijskoj brutalnosti zajedno sa ljekarskim uvjerenjem, tako da je na to pitanje skrenuta pažnja relevantnih domaćih vlasti. Evropski sud se uvjerio da je prijava dovela bar do razumne sumnje da su povrede podnosioca mogle biti uzrokovane postupanjem kome je podvrgnut tokom policijskog pritvora. Javni tužilac je, prema tome, bio dužan da istraži da li je izvršeno krivično djelo. Međutim, jedina istražna mjera koju je tužilac preduzeo je zahtjev za dodatne podatke Ministarstvu unutrašnjih poslova, podnijet više od godinu i po dana nakon podnošenja krivične prijave. Uz to, nedjelovanje javnog tužioca je spriječilo podnosioca predstavke da preuzme istragu po privatnoj tužbi i lišilo ga pristupa narednom postupku pred sudom odgovarajuće nadležnosti. Podnosilac predstavke i dalje nije bio u mogućnosti da preuzme istragu, pošto javni tužilac još nije bio donio odluku da odbaci krivičnu prijavu. U tim okolnostima, imajući u vidu nedostatak bilo kakve istrage tvrdnji podnosioca predstavke da je bio podvrgnut zlostavljanju tokom policijskog pritvora, Sud je zaključio da je došlo do povrede člana 3 Evropske konvencije²⁵.

bolnice. Vlada je porekla da je g. Tarariyev bio vezan liscama za bolnički krevet, ali je podnesiteljka predstavke izjavila da je vidjela svoga sina u tom položaju i njenu izjavu je podržalo svjedočenje gđe T., koja je bila sa podnesiteljkom u posjeti bolnici. Sud je ovu verziju događaja smatrao uvjerljivom i imajući na umu zdravstveno stanje g. Tarariyeva, zaključio da je to predstavljalo povredu člana 3 Konvencije.

²⁴ Od 15. februara 2007. godine, predstavka broj 69908/01.

²⁵ Zabrana sadržana u članu 3 Konvencije je apsolutna i Sud je zaključio da postoje dva elementa ovoga člana: prvo, negativni, koji zabranjuje podvrgavanje zlostavljanju i drugi, pozitivni

S druge strane, dugoročno zatvaranje osuđenog teroriste u samicu u okolnostima slučaja ne predstavlja povredu Konvencije²⁶. U pogledu dužine boravka u samici Evropski sud je primijetio da isključivanje zatvorenika iz zatvorske sredine samo po sebi ne predstavlja oblik nečovječnog postupanja. U ovom slučaju podnosilac predstavke nije bio podvrgnut čulnoj ili potpunoj društvenoj izolaciji, već samo djelimičnoj²⁷. Žalba je podnijeta po članu 3 Konvencije, koji kako presuda jasno pokazuje, ima visok “prag ozbiljnosti”, ali on mora biti postignut prije nego što se utvrdi povreda. “Smjernice za ljudska prava i borbu protiv terorizma” Savjeta Evrope od jula 2002. godine (pomenute u presudi) jasno ukazuju da svojstveno dostojanstvo ljudskog bića mora uvijek biti poštovano, bez obzira na kakvo ozbiljno krivično djelo se sumnja ili se dokaže i da svaka mjera koja se preduzima mora biti srazmjerna i težiti opravdanom cilju. Član 8 Konvencije štiti (u odjeljku o privatnom životu) pravo da se stvore i održavaju lični odnosi. Ako se pozove na njega, prag za utvrđivanje miješanja niži je nego za član 3 Konvencije, ali mora biti ispitana srazmjernost miješanja.

Takođe, u predmetu Selimović²⁸ Dom za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu²⁹ je zaključio da bliske porodične veze između nestalih lica i njihovih rođaka, kao i ogromna patnja rođaka zbog nestanka svojih najbližih, predstavljaju “nehumano postupanje” shodno članu 3 Evropske konvencije. Dalje, Dom za ljudska prava je smatrao da nadležne vlasti nisu učinile gotovo ništa da bi razjasnile sudbinu i mjesto

(jednako apsolutan), koji zahtijeva sprovođenje djelotvorne istrage kada neko lice iznese uvjerljivu tvrdnju da je u rukama države pretrpjelo postupanje protivno članu 3 Konvencije. Djelotvornost istrage je ključni element. Pristup Evropskog suda tvrdnjama o povredi člana 3 Konvencije je takav da rijetko utvrđuje povredu člana 3 zbog zlostavljanja. On je odlučio da u pogledu takvih tvrdnji primijeni standard dokaza “van svake razumne sumnje”, prije nego uobičajnu “vjerovatnoću” i često, kao u ovom slučaju, zaključuje da nema dovoljno dokaza da utvrdi da je došlo do zlostavljanja. Međutim, kada država nije sprovela hitnu, detaljnu i brzu istragu u pogledu takvog lošeg postupanja, kao u ovom slučaju, biće utvrđena povreda člana 3 Konvencije. Načelo se a fortiori primjenjuje na smrt u pritvoru.

²⁶ Presuda u slučaju Ramirez Sanchez protiv Francuske, od 27. januara 2005 godine, predstavka broj 59450/00.

Od 18. januara 2005. godine, predstavka broj 41035/98.

Presuda u slučaju Ramirez Sanchez protiv Francuske, od 27. januara 2005 godine, predstavka broj 59450/00.

²⁷ Podnosilac predstavke, poznat po svom nadimku “Karlos Šakal”, podnio je predstavku Strasburškom sudu koja je od velikog značaja u prvoj deceniji XXI vijeka. Evropski sud je u prošlosti razmatrao zatvorske uslove (vidi npr. slučajeve Peers protiv Grčke, od 19. aprila 2001. godine; Dougouz protiv Grčke, od 6. marta 2001. godine i Kalashnikov protiv Rusije, od 15. jula 2002. godine) i zatvorske režime (vidi npr. slučajeve Van der Ven protiv Holandije i Lorse protiv Holandije, od 4. februara 2003. godine), utvrđujući povrede člana 3 ili su vlade postizale prijateljska poravnjanja (vidi npr. slučaj Benzan protiv Hrvatske, od 8. novembra 2002. godine).

²⁸ Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 7. marta 2003. godine, broj CH/01/8365.

²⁹ U daljem tekstu: Dom za ljudska prava.

na kom se nalaze pretpostavljene žrtve, te da nisu sprovele svrsishodnu istragu, čime su pogoršale situaciju³⁰. U skladu s navedenim, Dom za ljudska prava je zaključio da propust nadležnih vlasti da otkriju mjesto na kom se nalaze nestala lica predstavlja povredu člana 3 Evropske konvencije.

3. Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

S obzirom na to da nehumano postupanje jeste ono koje kod žrtve stvara osjećaj straha, snažnog nemira i inferiornosti, koje je u stanju da žrtvu ponizi ili degradira, Ustavni sud je u predmetu broj AP 143/04 od 23. septembra 2005. godine, prilikom ispitivanja da li su apelanti bili izloženi nehumanom postupanju, usljed nesprovođenja službene istrage o nestanku i nasilnoj smrti članova njihovih porodica, morao da vodi računa i o relevantnim elementima³¹: “o bliskosti porodične veze”; “odnosima roditelj – dijete”; “stepenu do kojeg je član porodice bio svjedok predmetnog događaja”; “uključenosti člana porodice u pokušaje da dobije informacije o nestaloj osobi” i “načinu na koji su organi vlasti odgovorili na te upite” koje relevantne elemente je ustanovio Evropski sud³².

S tim u vezi, Ustavni sud je primijetio da se apelanti nalaze u najbližem srodstvu sa licima koja su prvo nestala, da bi se zatim nakon dužeg vremena – u prosjeku preko pet godina, ustanovilo da je kod njih nastupila nasilna smrt. Većina apelanata živjela je zajedno sa licima koja su nestala, a zatim ubijena. Sama činjenica da su nasilno razdvojeni od svojih najbližih članova porodice, dugotrajna neizvjesnost u pogledu njihove sudbine, a zatim vijest da su mrtvi i da su njihovi posmrtni ostaci ekshumirani iz masovne grobnice, morala je, po mišljenju Ustavnog suda, da ostavi

³⁰ Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 7. marta 2003. godine, broj CH/01/8365, tač. 188 i 189.

³¹ Ustavni sud ima nadležnost *ratione temporis* za akte i događaje koji su se desili nakon stupanja na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (14. decembra 1995. godine). Ustavni sud, stoga, nema nadležnost da razmatra ustavnost akata i događaja koji su se desili prije stupanja na snagu Ustava Bosne i Hercegovine, ali smatra da može da preispita takve akte i događaje u svrhu dokaza za utvrđivanje povrede koja se desila nakon stupanja na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (vidi Odluku Ustavnog suda broj U 38/02 od 19. decembra 2003. godine, tač. 36 i 37 – “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” broj 8/04). Evropski sud smatra da tamo gdje su događaji na koje se apelant žali počeli prije stupanja na snagu Evropske konvencije i nastavili se nakon toga, samo zadnji dio može da bude predmet žalbenih navoda (vidi Evropski sud, Kerojarvi protiv Finske, odluka o prihvatljivosti od 7. aprila 1993, serija A-328). Slično tome, Dom za ljudska prava je zaključio da ima nadležnost o pitanju navoda o povredi ljudskih prava članova porodica čiji su članovi nestali za vrijeme oružanog sukoba, u dijelu u kom su se navodne povrede nastavile nakon stupanja na snagu Aneksa 6 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

³² Vidi Evropski sud, Kipar protiv Turske, presuda od 10. maja 2001. godine.

duboke tragove na psiho-fizičko stanje apelanata, te da kod njih izazove ogromnu patnju. Nehumano postupanje je ono koje kod žrtve stvara osjećaj straha, snažnog nemira i inferiornosti, koje je u stanju da žrtvu ponizi ili degradira. Ti navodi treba da se dovedu u vezu sa cjelokupnom situacijom apelanata. Naime, iz navoda apelacije vidljivo je da su apelanti uložili ogroman trud da saznaju za sudbinu članova svojih porodica. Dakle, apelanti su posjećivali svoje najbliže u zatvoru dok im je to bilo dopušteno, zatim su se obraćali organizacijama specijalizovanim za traženje nestalih lica, te prikupljali ostale podatke koji bi mogli da im pomognu da saznaju šta se desilo, što je imalo za rezultat da određeni apelanti čak navode imena lica koje smatraju odgovornim za nestanak i ubistvo svojih članova porodica. Na kraju, kada konačno nije bilo sumnje da članovi porodica apelanata više nisu živi, te da su život izgubili na nasilan način, vlasti nisu pokrenule službenu istragu o tome, odnosno nisu apellantima dostavili bilo kakve informacije o tome, iako postoji pozitivna obaveza postupanja vlasti u tom smislu.

U konkretnom slučaju, činjenica da vlasti nisu pokrenule službenu istragu o nestanku i nasilnoj smrti članova porodica apelanata i nisu apellantima dostavili informacije o tome, po mišljenju Ustavnog suda, apelante ne može da ostavi ravnodušnim, tj. kod njih mora da izazove "osjećaj straha, snažnog nemira i inferiornosti, koje je u stanju da žrtvu ponizi ili degradira" što predstavlja nehumano postupanje, koje je zabranjeno članom 3 Evropske konvencije. Dalje, Ustavni sud naglašava da su, u konkretnom slučaju, nadležni organi u Bosni i Hercegovini i entitetima bili obavezni da preduzmu razumne korake, kako bi se pokušale prikupiti informacije koje se odnose na okolnosti nasilne smrti članova porodica apelanata, što u prvom redu podrazumijeva otkrivanje lica odgovornih za nasilnu smrt članova porodica apelanata i njihovo kažnjavanje u skladu sa zakonom. Međutim, nadležne vlasti su u periodu dugom skoro deset godina propustile da preduzmu razumne korake s ciljem da otkriju lica odgovorna za smrt članova porodica apelanata, te informisanja apelanata o mjerama koje su preduzeli. U navedenom Ustavni sud i vidi propust u neizvršavanju pozitivne obaveze države i entiteta, koja se sastoji u preduzimanju razumnih koraka s ciljem da se sprovede nepristrasna istraga povodom nasilne smrti članova porodica apelanata, što je dovelo do povrede prava iz člana 3 Evropske konvencije. Shodno tome, Ustavni sud zaključuje da su apelanti bili izloženi nehumanom postupanju zbog nesprovođenja službene istrage povodom nestanka i nasilne smrti članova njihovih porodica, odnosno nedostavljanja informacija o tome, zbog čega je došlo do povrede člana II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine³³ i člana 3 Evropske konvencije.

³³ Član II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine glasi: "Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2 ovog člana, što uključuje: (...) b) Pravo da ne budu

Pored toga, Ustavni sud je utvrdio da su povrijeđena i prava apelanata, članova porodica lica nasilno lišenih života, na poštovanje porodičnog života iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije. Naime, član 8 Evropske konvencije ne samo da primorava državu da se uzdrži od uplitanja, nego nadležnim organima Bosne i Hercegovine nameće pozitivnu obavezu da preduzmu neophodne mjere za efikasnu zaštitu prava na privatni i porodični život, dom i prepisku. Dom za ljudska prava priznao je pravo članova porodica nestalih lica na pristup informacijama o nestalim članovima njihovih porodica³⁴. Kada takva informacija postoji u posjedu ili pod kontrolom tužene strane, a tužena strana proizvoljno i bez opravdanja odbija da otkrije članu porodice, koji je podnio uredan zahtjev nadležnom organu tužene strane ili Međunarodnom komitetu Crvenog krsta, onda može da se smatra da tužena strana nije ispunila svoju pozitivnu obavezu da obezbijedi članu porodice pravo zaštićeno članom 8 Evropske konvencije³⁵. Ustavni sud je u predmetu broj AP 129/04 od 27. maja 2005. godine, rješavajući o apelacijama lica čiji su članovi porodica nestali u toku rata u Bosni i Hercegovini i o čijim sudbinama apelanti još ništa ne znaju, donio odluku kojom je, između ostalog, utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije, iz razloga što: “[...]su se nestanci desili na područjima današnjih entiteta Bosne i Hercegovine (Federacija i Republika Srpska), koji i pored obaveze da ispituju prijave o nestancima na njihovoj teritoriji, nisu ništa učinili po tom pitanju, odnosno ni jednom od apelanata nisu dostavili pojedinačnu informaciju o tome šta se desilo sa njihovim članovima porodice[...]”.

U konkretnom slučaju, apellantima je bilo poznato da članovi njihovih porodica više nisu živi, odnosno apelanti su nakon dugotrajnog traženja na kraju saznali za sudbinu svojih najbližih. Međutim, iako je *prima facie* jasno da su članovi porodica apelanata umrli nasilnom smrću na teritoriji današnje Bosne i Hercegovine, odnosno današnjih entiteta Bosne i Hercegovine, vlasti i pored pozitivne obaveze da ispituju okolnosti pod kojima se to desilo nisu ništa učinile s tim u vezi, odnosno apellantima nisu dostavili informacije o tome šta je eventualno preduzeto.

podvrgnuta mučenju ili nehumanom i ponižavajućem postupku ili kazni”.

³⁴ U predmetu Unković protiv Federacije Bosne i Hercegovine, Dom za ljudska prava je smatrao da informacija o sudbini i mjestu gdje se nalazi član porodice spada u okvir prava na poštovanje njegovog porodičnog života, zaštićenog članom 8 Evropske konvencije.

³⁵ Vidi predmet broj CH/99/2150 Unković protiv Federacije Bosne i Hercegovine, odluka od 6. maja 2002. godine, tačka 126, kao i predmet broj CH/99/3196, Palić protiv Republike Srpske, odluka o prihvatljivosti i meritumu od 9. decembra 2000. godine, tač. 82–84. Vidjeti takođe odluku Evropskog suda, Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 7. jula 1989. godine, serija A–160.

a) Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj AP 2582/05 od 16. januara 2007. godine

Pravo lica da ne bude podvrgnuto mučenju, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kazni istaknuto je i u odluci Ustavnog suda broj AP 2582/05 od 16. januara 2007. godine. Ustavni sud podsjeća da je članom II(3b) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 3 Evropske konvencije zajemčena jedna od osnovnih vrijednosti demokratskog društva. Čak i pod najtežim okolnostima, kao što su borba protiv terorizma i zločina, bezuslovno je zabranjeno mučenje, neljudsko ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje. Nikakvo odstupanje nije moguće, niti u situacijama kada opšta opasnost prijeti naciji³⁶. U pogledu lica koja su lišena slobode, svaka primjena nasilja ili mjera koje nisu neophodne zbog ponašanja uhapšenog lica umanjuje ljudsko dostojanstvo i, u principu, predstavlja povredu člana 3 Evropske konvencije³⁷.

Shodno jurisprudenciji organa Evropske konvencije, pojam neljudskog postupka obuhvata najmanje takav postupak kao što je namjerno izazivanje teških mentalnih i fizičkih patnji, koje su u datoj situaciji neopravdane, uz uslov da su dostigle minimalni nivo ozbiljnosti. Evropski sud je ustanovio kršenje prava lica da ne bude podvrgnuto neljudskom i ponižavajućem postupku iz člana 3 Evropske konvencije u slučaju kada je lice prilikom ispitivanja bilo prisiljeno da dugo stoji na nožnim prstima, glava mu je prekrivana crnom kukuljicom, podvrgnuto je intenzivnoj buci uz uskraćivanje sna i dovoljno hrane³⁸.

U situaciji kada vlasti Bosne i Hercegovine nisu preduzele mjere da ispituju uslove za hapšenje i pritvor apelanata i kada u odgovoru na apelaciju nisu osporeni navodi iz apelacije³⁹, Ustavni sud ne smatra potrebnim da dalje ispituje uslove za pritvor

³⁶ Vidi Evropski sud, Aksoy protiv Turske, presuda od 18. decembra 1996. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1996–VI, paragraf 62.

³⁷ Vidi Evropski sud, Ribitsch protiv Austrije, presuda od 4. decembra 1995. godine, serija A, br. 336, paragraf 38.

³⁸ Vidi Evropski sud, Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 18. januara 1978. godine, serija A. 25, str. 66 i 67.

³⁹ Shodno članu 13 Evropske konvencije, postoji pozitivna obaveza države da obezbijedi djelotvorni pravni lijek pred domaćim organima vlasti. U konkretnom slučaju apelanti su preduzimali razumne aktivnosti u pogledu zaštite svojih ustavnih prava, obraćajući se raznim organima. S obzirom na to da ni jedan organ nije preduzeo bilo kakve mjere, niti su uputili apelante kako da zaštite svoja prava, smatrajući da domaći organi nisu nadležni da postupaju u konkretnom predmetu, očigledno je da takav pristup ostavlja apelante bez ikakvog djelotvornog pravnog lijeka, čime se dovodi u pitanje zaštita zagarantovanih prava. U takvoj situaciji ni upućivanje apelanata na redovne sudove, shodno mišljenju Ustavnog suda, ne bi dalo nikakav rezultat. Ustavni sud posebne okolnosti vidi u činjenici da se radi o posljedicama postupaka pripadnika SFOR-a, koji je u Bosni i Hercegovini prisutan na osnovu Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, njegovih aneksa i drugih međunarodnih instrumenata i koji uživaju imunitet i ne podliježu jurisdikciji domaćih organa, te opšti pravni i politički kontekst u Bosni

apelanata uprkos mogućim sumnjama. Ustavni sud zaključuje da postupak prema apelantima za vrijeme hapšenja i pritvora, te držanje u stanju produžene neizvjesnosti u pogledu njihove sudbine, predstavljaju neljudski postupak i kršenje člana II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije⁴⁰.

Bosna i Hercegovina je potpisivanjem Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i njegovih aneksa, a radi njegove implementacije, prenijela jedan dio svoje nadležnosti, koje ima kao država, na međunarodnu zajednicu i njene organe i organizacije, između ostalih i IFOR, odnosno kasnije SFOR. Tačno je da, prema članu 6 Aneksa 1 uz ovaj sporazum, IFOR, odnosno SFOR ima pravo da preduzme svaku akciju za koju smatra da je neophodna s ciljem da izvrši svoj mandat, te da je, shodno članu 12 ovog aneksa, vojni zapovjednik IFOR-a (SFOR-a) konačni autoritet što se tiče tumačenja odredbi navedenog aneksa. Neophodno je da Bosna i Hercegovina, kao subjekat međunarodnog prava, poštuje svoje obaveze koje je preuzela međunarodnim sporazumima. Međutim, Ustavom Bosne i Hercegovine koji je kao Aneks 4 takođe sastavni dio Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, kao i Aneksom 6, Bosna i Hercegovina je preuzela obavezu da garantuje najviši nivo ljudskih prava svim licima na svojoj teritoriji, odnosno svim licima pod njenom jurisdikcijom.

Nijedna odredba Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, niti pravilo međunarodnog prava ne nameću Bosni i Hercegovini obavezu da dâ

i Hercegovini. S druge strane, postoji neodgodiva potreba da se svim licima na teritoriji Bosne i Hercegovine obezbijedi najviši nivo zaštite garantovanih ustavnih prava, pri čemu činjenica da ljudska prava eventualno krše lica koja ne spadaju pod domaću jurisdikciju – ne može da bude značajna za obavezu države u pogledu zaštite tih prava. Dakle, Ustavni sud smatra da ima nadležnost da odlučuje u ovom predmetu zbog toga što apelanti prethodno nisu imali na raspolaganju djelotvorno i adekvatno pravno sredstvo za zaštitu svojih prava (vidi Ustavni sud, Odluka o meritumu broj AP 696/04 od 23. septembra 2005. godine, objavljena u “Službenom glasniku BiH” broj 86/05).

⁴⁰ U konkretnom slučaju apelanti navode da su prilikom hapšenja vezani liscama, preko očiju su im stavljene zatamnjene naočale kroz koje se ništa ne vidi, preko ušiju slušalice od kojih ništa nisu čuli i preko glave kapu. Jedan apelant navodi da je boravio u kontejneru u kom je klima-uređaj bio uključen na hlađenje, da su mu obukli kombinezon na golo tijelo, da su mu sve vrijeme bile vezane noge i ruke i da je spavao na podu. Sve vrijeme bilo je upaljeno svjetlo, te nije imao orijentaciju o vremenu, a puštana je i glasna muzika. Kada bi išao u toalet stavljane su mu tamne naočale, kapa preko glave i antifon slušalice. Drugi apelant takođe navodi da su ga obukli u kombinezon na golo tijelo, smjestili ga u kontejner gdje je bio izložen ekstremno niskim temperaturama, puštanju glasne muzike, lavežu pasa i krikovima životinja, dezorijentaciji u vremenu zbog upaljenog svjetla. Navodi da su ga izvodili pred streljački vod i da je bio primoran da 15 minuta stoji ispred streljačkog voda gledajući u oružje upereno ka njemu. Treći apelant navodi da su mu prilikom hapšenja vezali noge lancima, ruke liscama, stavili tamne naočale, kapu preko glave, slušalice na uši i sve vrijeme držali oružje prislonjeno na glavu. U pritvoru je skinut do gola, obučen u kombinezon, puštana je klima na hladno, glasna muzika i sl.

prednost primjeni odredbi Aneksa 1 u odnosu na Ustav Bosne i Hercegovine, koji sam, kako je već navedeno, predstavlja Aneks 4 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini ili Aneks 6, a posebno ne dopušta da se naruši princip zaštite i ostvarivanja najvišeg nivoa garantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naprotiv, Bosna i Hercegovina dužna je da u svakom trenutku obezbijedi licima na svojoj teritoriji ostvarivanje garantovanih ljudskih prava. I Evropski sud je u svojim odlukama usvojio stanovište da Evropska konvencija ne isključuje mogućnost da se prenesu nadležnosti na međunarodne organizacije pod uslovom da prava propisana Evropskom konvencijom i dalje budu obezbijeđena. Zbog toga se odgovornost države ugovornice nastavlja i nakon takvog prenosa nadležnosti⁴¹. Dalje, Evropski sud smatra da država na čijoj teritoriji dođe do povrede prava zagarantovanog Evropskom konvencijom zadržava odgovornost da preduzme odgovarajuće korake da zaštiti žrtve, iako je povreda rezultat radnji predstavnika nad kojima spomenuta država nema de facto kontrolu⁴².

Cilj Evropske konvencije je da garantuje prava koja nisu teoretska ili iluzorna, nego praktična i efikasna⁴³. Zbog toga, činjenica da radnje kojima se krše ustavna prava apelantata mogu da se pripišu SFOR-u ne oslobađa državu da preduzme odgovarajuće mjere da zaštiti ta prava. Evropski sud je, u principu, u slučaju Banković i drugi⁴⁴ potvrdio da su, shodno Evropskoj konvenciji, strane ugovornice odgovorne za aktivnosti koje njihovi predstavnici preduzimaju izvan njihovih teritorija, kao što su, npr., pripadnici NATO-a, pod uslovom da imaju stvarnu kontrolu u području u kom djeluju. Ustavni sud smatra da se ovo primjenjuje na države iz kojih dolazi SFOR, i to u periodu dok se one smatraju stranama ugovornicama Evropske konvencije. Dokazi u konkretnom slučaju sugerišu da osoblje SFOR-a koje je uhapsilo apelanta pripada oružanim snagama SAD, koja nije jedna od strana ugovornica Evropske konvencije. Međutim, SAD je potpisnica Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, koji je jedan od instrumenata koji su sadržani u Aneksu 1 Ustava Bosne i Hercegovine, koji nameće jednake obaveze onima koji potpadaju pod Evropski sud za ljudska prava.

Shodno odredbi člana 1 Evropske konvencije, države ugovornice svim licima pod svojom jurisdikcijom "jemče" prava i slobode utvrđene Konvencijom. Ova odredba ne obavezuje države ugovornice samo da se uzdrže od kršenja tih prava i sloboda,

⁴¹ Vidi Evropski sud, Matthews protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 18. februara 1999. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1999–I.

⁴² Vidi Evropski sud, Ilascu protiv Moldavije i Rusije, presuda od 8. jula 2004. godine.

⁴³ Vidi Evropski sud, Akdivar protiv Turske, presuda od 30. avgusta 1996. godine, Izvještaji 1996–IV, stav 66.

⁴⁴ Vidi Evropski sud, Banković i drugi protiv Belgije, Češke Republike i drugih, presuda od 12. decembra 2001. godine.

nego i da zaštite ta prava i spriječe da treća strana (lica i organizacije za koje država nije odgovorna) krši prava pojedinaca⁴⁵. Shodno tome, Evropska konvencija nameće državi ugovornici pozitivnu obavezu da temeljno istraži navode o namjernom lišavanju slobode čak i u predmetima u kojima ne može da se utvrdi da lišavanje slobode može da se pripíše organima vlasti⁴⁶.

Odgovorne domaće vlasti mogu da se suoče sa teškim zadatkom ukoliko je potrebno da preduzmu odgovarajuće mjere prema pripadnicima SFOR-a, kao međunarodne organizacije koja uživa imunitet, a pored toga raspolaže mnogo jačim sredstvima i mjerama prinude nego sama država. One su, međutim, obavezne da preduzmu korake koji su primjereni takvoj situaciji. Obaveza da se zaštiti, npr., pravo na slobodu i bezbjednost ličnosti, kao i pravo da se ne bude podvrgnut torturi i neljudskom postupku je u vezi sa opštim obavezama države iz člana 1 Evropske konvencije da obezbijedi svakome pod njenom jurisdikcijom prava i slobode definisane u Evropskoj konvenciji. Zbog toga su nadležni domaći organi bili dužni da sprovedu istragu o povredi prava apelanata⁴⁷. Pri tome takva istraga ne mora da u svakom slučaju da pozitivne rezultate. Evropska konvencija ne nameće obavezu državi da dođe do određenog rezultata, nego da sprovede odgovarajući postupak. Pošto je obaveza postupanje, a ne rezultat, moguće je da organi ispune svoje pozitivne obaveze prema Evropskoj konvenciji čak i ako ne dođe do konkretnog utvrđivanja činjenica i okolnosti u kojima je došlo do povrede prava⁴⁸.

Međutim, i pored toga što su apelanti i njihove porodice tražili zaštitu svojih ustavnih prava od organa koje su smatrali nadležnim shodno domaćem zakonu, oni ne samo da nisu preduzeli odgovarajuće korake s ciljem da zaštite ta prava, niti su sproveli odgovarajuću istragu u tom pogledu, nego nisu preduzeli ni najmanji korak u tom pravcu, sa ciljem da utvrde istinu o predmetnom događaju. Sama ta činjenica mora da se smatra najozbiljnijim propustom, pošto lišava apelante elementarnih garancija o ljudskim pravima. Time što nije sprovedena nikakva istraga nakon saznanja o tome šta se desilo sa apelantima, vlasti ne mogu da se oslobode odgovornosti za kršenje ustavnih prava apelanata. Sem toga, činjenično

⁴⁵ Vidi Evropski sud, X i Y protiv Holandije, presuda iz 1985. godine, serija A, br. 91; Platform "Arzte fur das Leben" protiv Austrije, presuda iz 1988. godine, serija A, broj 139, te McCann i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 27. septembra 1995. godine, serija A, broj 324.

⁴⁶ Vidi odluku Doma za ljudska prava, broj CH/02/9851 i ostali, M.Č. i drugi protiv Republike Srpske, odluka o prihvatljivosti i meritumu od 4. decembra 2003. godine, tačka 60 i već citiranu presudu Evropskog suda, Ilascu protiv Moldavije i Rusije.

⁴⁷ Vidi Ustavni sud, Odluku broj AP 696/04 od 23. septembra 2005. godine.

⁴⁸ Vidi Odluku Doma za ljudska prava, broj SH/98/668, Čebić protiv Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine, odluka o prihvatljivosti i meritumu od 2. juna 2003. godine, tač. 80 i 85.

stanje ne pokazuje da lokalne vlasti nisu mogle da garantuju da će SFOR da oslobodi apelante i da im isplati štetu, te da one nisu obavezne da apelantima naknade štetu koja je izazvana povredom njihovih ustavnih prava (ako SFOR odbije da to učini). U jednom prijašnjem slučaju⁴⁹ Ustavni sud je smatrao da imunitet međunarodnih snaga (UNPROFOR) shodno međunarodnim propisima ne izuzima državne vlasti od odgovornosti ukoliko međunarodne snage djeluju kao predstavnici države u održavanju mira i bezbjednosti ili, kao u ovom slučaju, u implementaciji jednog međunarodnog sporazuma (Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini), čiji je potpisnik i Bosna i Hercegovina (kako se danas naziva tadašnja Republika Bosna i Hercegovina).

b) Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj AP 2171/05 od 21. decembra 2006. godine

U apelaciji broj AP 2171/05 od 21. decembra 2006. godine, uz član 3 Evropske konvencije, pokrenuto je i pitanje povrede prava na život iz člana II/3a) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 2 Evropske konvencije⁵⁰. Ovo ustavno pravo sadrži kako pozitivne tako i negativne obaveze države u smislu da se uzdržava od pojedinih radnji, a sve s ciljem da zaštiti pravo na život svakog pojedinca koji je pod njegovom jurisdikcijom. Pravo na život iz člana II/3a) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 2 Evropske konvencije predstavlja jednu od najznačajnijih odredbi Evropske konvencije, odnosno Ustava Bosne i Hercegovine i, zajedno sa članom 3 Evropske konvencije, znači osnovnu demokratsku vrijednost za koju se zalaže Savjet Evrope. Zbog važnosti zaštite koja se garantuje članom 2 Evropske konvencije, neophodno je da Ustavni sud krajnje oprezno utvrdi činjenice koje se navode u apelacijama i da brižljivo i tačnu ocjenu nalaza do kojih je došao.

U sličnim situacijama, kada se radilo o ustavnom pravu na život, Dom za ljudska prava je u jednom svom predmetu naveo da se “Dom prisjeća da je Evropski sud za ljudska prava presudio ‘da prva rečenica člana 2 stav 1 [Evropske konvencije] nalaže državi ne samo da se uzdrži od namjernog i nezakonitog oduzimanja života već i da preduzme odgovarajuće korake da zaštiti živote onih koji su pod njenom jurisdikcijom”⁵¹. Obaveza države u ovom pogledu jeste da donošenjem djelotvornih

⁴⁹ Vidi Ustavni sud, Odluka o dopustivosti broj U 28/00 od 28. novembra 2003. godine.

⁵⁰ Pravo na život je zagarantovano članom II/3a) Ustava Bosne i Hercegovine koji u relevantnom dijelu glasi: “Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i osnovne slobode iz stava 2 ovog člana, a ona obuhvataju a) Pravo na život”. Dalje, u članu 2 Evropske konvencije u relevantnom dijelu je navedeno: “1. Pravo na život svakog čovjeka zaštićeno je zakonom. Niko ne može biti namjerno lišen života osim kod izvršenja smrtne kazne po presudi suda, kojom je proglašen krivim zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom”.

⁵¹ Vidi Evropski sud, L.C.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 9. juna 1998, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-III, str. 1403, tačka 36.

odredbi krivičnog zakona odvrti od činjenja krivičnih djela protiv lica uz podršku mehanizma za provođenje zakona radi sprečavanja, obuzdavanja i sankcionisanja kršenja takvih odredbi⁵². Tu se, između ostalog, zahtijeva da dođe do 'nekog oblika djelotvorne zvanične istrage kad neko bude nasilno ubijen'⁵³. Najbitniji cilj takve istrage 'je da se obezbijedi djelotvorna implementacija domaćih zakona koji štite pravo na život'⁵⁴, a ta istraga mora da bude djelotvorna u smislu da može da dovede '[...] do identifikacije i kažnjavanja onih koji su za to odgovorni', a tom obavezom se ne nameće 'ishod, već sredstvo'⁵⁵. Pri ispitivanju da li su ove obaveze iz člana 2 ispoštovane, Evropski sud je uzeo u obzir ne samo adekvatnost policijske istrage već i radnje organa gonjenja i sudova u relevantnom krivičnom postupku⁵⁶.

U vezi sa apelantovim navodima da mu je povrijeđeno pravo zagarantovano članom 2 Evropske konvencije, činjenicom da je njegov bliski rođak umro tokom izdržavanja zatvorske kazne, Ustavni sud podsjeća na stav Doma za ljudska prava u sličnom predmetu koji glasi: "Dom zapaža da postoji odavno uspostavljena jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava da Sud nalazi kršenje člana 2 Konvencije u predmetima koji se nađu pred njim, a podnesu ih srodnici ubijenog lica zato što nije provedena djelotvorna istraga u vezi sa smrću tog lica"⁵⁷. U konkretnom slučaju, dakle, neophodno je da se ispita da li su zatvorske vlasti učinile sve što je neophodno da, ako su znale u kakvom je fizičkom i mentalnom stanju apelant, preduzmu sve mjere da se zaštiti njegovo pravo na život⁵⁸.

Obaveza je da se preispita pružena zaštita prava na život shodno članu 2 Evropske konvencije kada je pojedinac umro u zatvoru. To pitanje mogu pokrenuti i rođaci umrlog⁵⁹. Ova obaveza podrazumijeva određeno postupanje u skladu sa zakonom, a ne i rezultat, odnosno ishod postupka.

Prva rečenica člana 2 Evropske konvencije zahtijeva da se država ne samo uzdrži od namjernog i nezakonitog oduzimanja života nego i da preduzme odgovarajuće

⁵² Vidi Evropski sud, Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstv., presuda od 28. oktobra 1998, Izvještaji o presudama i odlukama 1998–VIII, str. 3159, tačka 115.

⁵³ Vidi, npr., Evropski sud, McKerr protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 4. maja 2001, tačka 111.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem, tačka 113.

⁵⁶ Vidi, npr., ibidem, tač. 130–136 i E.M. i Š.T. protiv Federacije Bosne i Hercegovine, Odluka Doma za ljudska prava o prihvatljivosti i meritumu od 8. marta 2002. godine, CH/01/6979, tačka 50.

⁵⁷ Vidi, npr., Akdeniz, presuda Evropskog suda od 31. maja 2001. godine ili McKerr, presuda od 4. maja 2001. godine i E.M. i Š.T. protiv Federacije Bosne i Hercegovine, Odluka Doma za ljudska prava o prihvatljivosti i meritumu od 8. marta 2002. godine, CH/01/6979, tačka 61.

⁵⁸ U tu svrhu Ustavni sud je zatražio zvaničan izvještaj od Kazneno–popravnog zavoda Sarajevo i Ministarstva pravde Federacije Bosne i Hercegovine.

⁵⁹ Vidi Akdeniz protiv Turske, odluka od 31. maja 2001. godine.

korake da se spasu životi ugroženih pojedinaca koji su pod njenom jurisdikcijom. Ali to samo u slučaju da država zna da postoji određeni rizik (bolest i sl.) kod zatvorenika koji može da ugrozi njegov život. Uzimajući u obzir sve teškoće sa kojima se država suočava kad se radi o obezbjeđenju adekvatnih uslova za izdržavanje zatvorskih kazni, težište pozitivne obaveze države za zaštitu prava na život mora da bude tumačeno tako da ne postavlja nemoguć i nesrazmjeran teret državi u pogledu te zaštite. U tom smislu, ne predstavlja svaki rizik po život za koji država ne zna zahtjev da se, u skladu sa Evropskom konvencijom, preduzmu operativne mjere za otklanjanje tog rizika⁶⁰. Nečija prikrivena bolest, sklonost nasilničkom ponašanju, sklonost konačno ka samopovređivanju moraju da budu poznate prije izdržavanja kazne.

c) Druge odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

U ostalim odlukama koje se tiču člana 3 Evropske konvencije Ustavni sud je zaključio:

– povrijeđeno je apelantičino pravo da ne bude izložena nehumanom postupku u periodu od nastanka saobraćajne nezgode u kojoj je smrtno stradao njen suprug, do okončanja krivičnog postupka koji se vodi protiv lica optuženog za nastanak ove nezgode⁶¹ (naktivnost organa u krivičnom gonjenju učinioca krivičnog djela);

– žalba apelanata u vezi sa povredom ovog člana je proizvoljna, a apelanti nisu priložili nikakve dokaze u prilog žalbi. Činjenica da su redovni sudovi odbili njihovu tužbu za naknadu štete se nikako ne može tumačiti kao radnja kojom su izloženi ponižavajućem i neljudskom postupku u smislu člana 3 Evropske konvencije⁶²;

– apelantov prigovor kako je odveden u pritvor vezanih ruku, bez njegove dodatne argumentacije o ovom postupanju, može se tumačiti kao uobičajena dozvoljena mjera obezbjeđenja i sprečavanja bjekstva, koja ne predstavlja prekomjernu i neopravdanu upotrebu sile, niti predstavlja, samo po sebi, kršenje prava iz člana 3 Evropske konvencije⁶³;

– nema povrede apelantovog prava iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije kada su nadležni organi nakon ubistva apelantove majke preduzeli odgovarajuće aktivnosti, te i sad preduzimaju aktivnosti s ciljem pronalaska osumnjičenih za predmetno ubistvo, pa su time ispunili svoje obaveze u skladu sa pozitivnopravnim propisim⁶⁴ (nestala lica, nema povrede);

– tvrdnja o ponižavajućem tretmanu je ozbiljna stvar i mora biti potkrijepljena jasnim dokazima o povredi, patnji ili trpljenju. Pored toga, tretman mora uzrokovati

⁶⁰ Vidi UČAR protiv Turske, aplikacija broj 52392/99 od 11. aprila 2006. godine.

⁶¹ Vidi odluku AP 12/02 od 19. aprila 2004. godine, str. 9 i 10, st. 29 i 33.

⁶² Odluka AP 173/02 od 15. juna 2004. godine.

⁶³ Odluka o dopustivosti i meritumu AP 81/04 od 28. januara 2005. godine, stav 27.

⁶⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu AP 2058/05 od 17. novembra 2006. godine, stav 32.

visok stepen patnje žrtve da bi se ustanovila povreda člana 3 Evropske konvencije. S obzirom na to da nijedan apelant nije dostavio dokaze koji bi potkrijepili tvrdnju da je došlo do povrede prava da se ne bude podvrgnuo mučenju, nečovječnom ili ponižavajućem tretmanu, Ustavni sud je ove tvrdnje odbio kao neosnovane⁶⁵ (krivični postupak – policijsko iznuđivanje iskaza).

⁶⁵ Odluka broj U 22/03 od 26. marta 2004. godine, str. 13, stav 24.

Davor Krapac*

PRESUDA NA ZAHITJEV STRANAKA U STADIJU ISTRAGE U HRVATSKOM KAZNENOM POSTUPKU

(Judgement on the parties' request in the investigation stage
in Croatian criminal procedure)

Sažetak

Autor u radu razmatra jednu od nekoliko procesnih formi tzv. konsenzualnog postupanja stranaka u kaznenom postupku: donošenje presude na zahtjev stranaka u istrazi (čl. 190.a ZKP). Ona je u hrvatsko pravo uvedena 2002. godine, slijedeći dobro poznati talijanski model patteggiamento. U početnim godinama njezina je primjena bila zanemarena, štoviše, moglo bi se reći i egzotična iznimka; novelom Kaznenog zakona pod kraj 2006. godine međutim, pooštrenjem kaznenih okvira kod brojnih kaznenih djela, stvoren je motivacijski preduvjet kod krivih okrivljenika za njezinim češćim korištenjem. U analizi relevantnih odredbi i prikazu rezultata jednog manjeg empirijskog istraživanja na Županijskom sudu u Zagrebu, autor iznosi nekoliko pozitivnih zaključaka o praktičnoj primjeni čl. 190.a te ukazuje pri tome na značaj uloge istražnog suca.

Ključne riječi: kazneni postupak – sporazum između stranaka u postupku – plea bargaining

Summary

In this paper, the author considers one of a number of procedural forms in what is known as the consensual proceedings of parties in criminal procedure: rendering a judgement on the parties' request in investigation (Article 190a of the Criminal Procedure Act). This form was introduced in Croatian law in 2002, following the well-known Italian "patteggiamento" model. In the first few years, the application of this legal provision was neglected; it can even be said that it was considered an exotic exception. However, through the amendment of the Criminal Code at the end of 2006, and by introducing stricter criminal frames in relation to numerous criminal offences, a motivational precondition was created for its more frequent use by guilty parties. At the end of the paper, in analysing relevant provisions and examining the results of a small empirical study at the County Court in Zagreb,

* Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu i sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske/Full professor, Faculty of Law, University of Zagreb and Judge on the Constitutional Court of the Republic of Croatia.

the author presents positive conclusions about the provisions of Article 190a of the Criminal Procedure Act, advocating an active role of the investigating judge in their practical application.

Key words: Criminal Procedure – Agreements between Parties in the Procedure – Plea Bargaining

1. Uvodne napomene

Povećanje broja zadaća državne uprave i sudstva u odgovoru na kriminalitet koje je donijela ideja resocijalizacije i humanizacije kaznenog prava u školama kaznenog prava druge polovice XX. stoljeća u velikoj mjeri mijenja shvaćanje prema kojemu se kazneni postupak mora pokrenuti i voditi u državnom interesu te služiti isključivo kao instrument funkcionalnosti javnog kažnjavanja počinitelja kaznenih djela, bez obzira na privatne interese oštećenika ili okrivljenika.¹ Zahtjev da se već u kaznenom postupku, a pogotovo donošenjem odluke u njemu, djeluje resocijalizacijski na počinitelja kaznenog djela traži da se proširi djelokrug tijela državne vlasti kojima je povjereno pokretanje kaznenog progona (državno odvjetništvo), kako bi se, sada legitimni ciljevi rehabilitacije i resocijalizacije počinitelja, mogli ostvariti i bez obzira na zakonom načelnu predviđenu uporabu državne sile za kažnjavanje počinitelja kaznenog djela. U kontinentalnom kaznenom pravosuđu javili su se, pod utjecajem američkog plea bargaining², različiti konsenzualni oblici postupanja (njem. Absprachen im Strafverfahren; španjol. conformidad, tal. patteggiamento³) koji državnom odvjetniku dopuštaju da u suglasnosti s počiniteljem kaznenog djela, već i prije započinjanja kaznenog postupka, na potonjega primijeni određeni oblik kaznenopravne sankcije. Time se izbjegava pokretanje kaznenog postupka. Kako se kod konsenzualnih načina postupanja država ne konfrontira sa počiniteljem

¹ V. Ž. Horvatić, u: Horvatić/Novoselec, *Kazneno pravo – Opći dio*, Zagreb, 2001, str. 89-90; za detalje usp. L. Cvitanović, *Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu*, Zagreb, 1999, str. 257 i sl.; 265 i sl.

² O povijesti i suvremenim aspektima ove američke institucije usp. monografski članak G. Fishera, *Plea Bargaining's Triumph*, *Yale Law Journal*, 5/2000, 857-1076.

³ O talijanskim propisima, među kojima su neki su utjecali i na hrvatsko pravo usp. B. Pavišić, *Talijanski kazneni postupak*, Rijeka, 2002, *Posebni postupci*, str. 204-212. Talijanski autori posebne konsenzualne postupke nazivaju formalnim procedurama radi "deflacije" ili "prevencije" glavne rasprave (usp. Siracusano/Galati/Tranchina/Zappala, 1996 II, 227-262. Kritički prikaz nagodbi stranaka u talijanskom kaznenom postupku oko uporabe dokaza te oko izricanja kazne daje S. Maffei (*Negotiations 'on Evidence' and Negotiations 'on Sentence': Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure*, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004) 1050-169) upozoravajući da je talijanski zakonodavac odredbe o nagodbama oko izricanja kazne nakon 1999. godine značajno mijenjao u pokušaju da se otklone ili barem ublaže prijepori koje ta konsenzualna forma izaziva u procesnoj teoriji i praksi.

kaznenog djela, smatra se da oni pridonose rehabilitativnim kriminalnopolitičkim ciljevima te rasterećuju državni proračun., a prema stajalištima Europskog suda za ljudska prava, pod pretpostavkom da se okrivljenik kod njih valjano odrekao prava na suđenje na raspravi za optuženo kazneno djelo, oni ne krše jamstva “pravičnog postupka” iz čl. 6.st.1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴

U hrvatskom kaznenom postupku postoji nekoliko slučajeva konsenzualnog postupanja stranaka u kojima je državnom odvjetniku dopušteno da u suglasnosti svoje i osumnjičenikove volje u pogledu nepokretanja kaznenog progona kod određenih kaznenih djela ne pokrene kazneni progon u javnom interesu ili od njega odustane u ranijem stadiju kaznenog postupka. Ti su, dakle, slučajevi iznimke od načela oficijelnosti kaznenog progona (shvaćenog u užem smislu kao obveze državnog odvjetnika da kazneni progon pokreće po službenoj dužnosti). U nekima od njih državni odvjetnik odlučuje na temelju načela svrhovitosti, a u nekima na temelju načela legaliteta kaznenog progona. To su:

a) slučajevi u kojima se državni odvjetnik može, primjenjujući načelo svrhovitosti kaznenog progona, s osumnjičenikom sporazumjeti o uvjetnom odustanku od kaznenog progona počinitelja određenih kaznenih djela (čl. 175. i 291. st.3. Zakona o kaznenom postupku⁵ te čl. 30. Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta te neki slučajevi kaznenog postupka prema maloljetnicima, u kojima državni odvjetnik može svoju odluku o nepokretanju postupka uvjetovati spremnošću maloljetnika da prema vlastitim mogućnostima popravi ili nadoknadi štetu nanесenu kaznenim djelom, da se uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove komunalnog ili ekološkog značenja, da se podvrgne postupku odvikavanja od droge ili drugih ovisnosti ili da se uključi u pojedinačni ili skupni rad u savjetovalištu za mlade (čl. 64. Zakona o sudovima za mladež);

b) slučajevi u kojima se državni odvjetnik primjenjujući načelo legaliteta kaznenog progona, s okrivljenikom može nagoditi, oko načina okončanja bilo tzv. redovnog (čl. 190a) bilo skraćenog postupka. U slučajevima iz redovnog postupka radi se o nagodbi prema kojoj stranke (okrivljenik i tužitelj odnosno državni odvjetnik, čl. 170.toč.7.) mogu, do završetka istrage u kaznenom postupku za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora do deset godina, od istražnog suca zatražiti da

⁴ U presudi u predmetu Deweer c/a Belgije od 27.II.1980 (6903/75) Sud je izrekao da postupak u kojem se okrivljenik može odreći prava na suđenje pred nadležnim sudom svojim plaćanjem ponuđene novčane kazne za kažnjivo djelo sam po sebi nije u neskladu sa jamstvima čl. 6 ali da takav sporazum okrivljenika sa državnim tijelima mora biti slobodan, “..free from constraint”.

⁵ Zakon o kaznenom postupku od 3. X. 1997. sa kasnijim izmjenama i dopunama (NN 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 115/06), skraćeno: ZKP. U daljem tekstu oznaka članka bez navoda zakona odnosi se na ZKP.

okrivljeniku izrekne kaznu zatvora u visini od najviše jedne trećine gornje granice propisane kazne (čl. 190a. st. 1.)⁶. Postupak sklapanja te nagodbe zakon nije propisao, već samo postupak istražnog suca nakon što mu stranke tu nagodbu podnesu kao zahtjev za donošenje presude što znači da zakon polazi od pretpostavke da će se stranke najprije usuglasiti oko uzajamnih činidbi i protučinidbi u postupku pred istražnim sucem (čl. 190a. st. 3.). Taj postupak predviđa da državni odvjetnik i okrivljenik mogu zajedno istražnom sucu podnijeti pisani zahtjev (kojeg okrivljenik mora potpisati u nazočnosti branitelja) a zatim traži da nagodbu na određeni način provjeri i “prihvati” istražni sudac (usp. čl. 190a. st. 5, 7, 10.). Kod slučajeva iz skraćenog postupka može se raditi o prethodnom dogovoru prema kojem će okrivljenik pred sudom, na glavnoj raspravi dobrovoljno prihvatiti kaznu predloženu u optužnom prijedlogu, što mu zauzvrat osigurava da mu presudi neće biti izrečena kazna veća od predložene (čl. 442. st. 5.).

U skraćenom postupku postoji još jedan oblik “prešutnog” dogovora između stranaka prema kojem okrivljenik neće, nakon što državni odvjetnik u skraćenom postupku protiv njega zatraži izdavanje tzv. kaznenog naloga, taj nalog pobijati prigovorom nego će dopustiti da postane pravomoćan (čl. 446-450.)⁷. No ovdje nećemo govoriti o tom obliku stranačkog “dogovora” već samo o onom koji omogućava donošenje presude na zahtjev stranaka u istrazi kao prvom stadiju redovnog kaznenog postupka. Najprije ćemo opisati normativnu konstrukciju ove ustanove,⁸ a zatim kratko iznijeti podatke o njezinoj primjeni u praksi.

⁶ Odredba čl. 190.a ZKP uvedena je novelom ZKP od 20. V. 2002. godine (NN 58/02) i primjenjuje se od 1. I. 2003.

⁷ Odredbe o kaznenom nalogu (čl. 446-450.) postoje u ZKP od njegovog donošenja 3. X. 1997. (NN 110/97) i primjenjuju se od 1. I. 1998. godine.

⁸ Ovdje će izostati poredbenopravna razmatranja jer je literatura o konsenzualnim oblicima u suvremenim kaznenim postupcima gotovo nepregledna. Temeljne razlike između procesnih instrumenata koji služe razmjeni koncesija između države i okrivljenika u anglo-američkom i kontinentalnom kaznenom postupku izvrsno opisuje M. Damaška u radu “Napomene o sporazumima u kaznenom postupku”, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (skraćeno: HLJKPP) vol.11, 1/2004, str. 3-20. Također, za dobar komparativnopravni prikaz prava u SAD, Engleskoj, Italiji, Njemačkoj, Francuskoj, Poljskoj, Portugalu, Austriji i Bosni i Hercegovini usp. monografiju A. Krstulović, Nagodbe stranaka u suvremenom kaznenom postupku, Zagreb 2007, posebice str. 35-121 te str. 123 i sl. gdje autorica izlaže konsenzualne forme u međunarodnom kaznenom sudovanju, dokumentima Vijeća Europe i projektima Europske unije. O nedostacima “sporazuma o priznanju krivice” koji je uveden u površno pripremanom i u kratkom roku donesenom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2006. godine, usp. V. Đurđić, Sporazum o priznanju krivice, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu i Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi” u Skopju posvećenom F. Bačiću, Zagreb/Skopje 2007, str. 483-502.

2. Zakonske odredbe o donošenju presude na zahtjev stranaka u istrazi

Presudu na zahtjev stranaka u istrazi može izreći sudac u slučajevima kaznenih djela za koja je propisana kazna zatvora do 10 godina koja nominalno predstavljaju najbrojniju skupinu kaznenih djela iz posebnog dijela KZ ali ne svih, budući da se za kaznena djela zapriječena kaznom zatvora do pet godina ne vodi istraga nego skraćeni postupak koji započinje glavnom raspravom o optužnom prijedlogu na kojoj se optuženik može, kako je rečeno, odmah suglasiti s optužnim prijedlogom. U zahtjevu stranke mogu od istražnog suca zatražiti da okrivljeniku izrekne kaznu zatvora u visini od najviše jedne trećine gornje granice kazne propisane zakonom, dakle, ne neku "arbitrarnu" kaznu koju bi izrekao po svojem slobodnom uvjerenju.⁹

Stranke mogu svoj suglasni zahtjev¹⁰ podnijeti nakon rješenja o provođenju istrage (arg. iz čl. 190.a st.3)¹¹ do završetka istrage (tj. upućivanja spisa predmeta državnom odvjetniku) što je krajnji, prekluzivni rok čijim istekom stranke gube tu mogućnost (arg. iz čl. 190.a st.10). Samostalno može okrivljenik podnijeti svoj zahtjev nakon podnesenog istražnog zahtjeva državnog odvjetnika prije donošenja rješenja o provođenju istrage, o čemu će istražni sudac izvijestiti državnog odvjetnika, kako bi mu omogućio da se nakon toga rješenja, "pridruži" zahtjevu okrivljenika i tima omogućiti okončanje postupka. No, okrivljenik podnošenjem samostalnog zahtjeva ne može prejudicirati oblik kaznenog postupka odnosno stvarnu nadležnost suda pred kojim će se postupak voditi tako što bi svojim zahtjevom "preduhitrio" istražni zahtjev državnog odvjetnika (koji npr. može smatrati da se uopće ne radi o kaznenom djelu iz nadležnosti županijskog suda nego o kaznenom djelu za koje

⁹ Tom odredbom je ZKP modificirao raspone kazni od onih koje Kazneni zakon predviđa za pojedino kazneno djelo. A. Krstulović u cit. djelu (173 i sl.) ispravno primjećuje da je hrvatsko rješenje "jasnije i pravičnije" od onoga u talijanskom čl. 444. st. 1. CPP koje je poslužilo kao uzor: ono naime, dopušta smanjenje do jedne trećine izrečene kazne čime otvara pitanje ravnopravnosti okrivljenika s državnim odvjetnikom u procjeni otegotnih i olakotnih okolnosti kao i mogućnost zlouporaba do kojih bi došlo "ako bi državni odvjetnici, u želji da okrivljenik prihvati mjeru kazne koju predlažu, zastrašivali okrivljenike mogućnošću izricanja znatno teže kazne od one koju bi bilo realno očekivati".

¹⁰ Suglasnost se mora odnositi ne samo na vrstu presude nego i na vrstu i mjeru kazne. Premda čl. 190.a u st. 2. propisuje da u zahtjevu "stranka" točno naznačuje vrstu i mjeru kazne koju traži, ipak iz odredbe st. 3., koji kaže da stranke mogu "zajedno" podnijeti zahtjev izlazi da se u jednom te istom zahtjevu ne mogu nalaziti različite naznake zatražene kazne.

¹¹ M. Mrčela, Presuda na zahtjev stranaka u istrazi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2002, 362 i sl. smatra da bi istražni sudac mogao donijeti konsenzualnu presudu već nakon pokretanja kaznenog postupka, a prije odluke o istražnom zahtjevu, pa čak i prije podnošenja istražnog zahtjeva ako bi nakon završenih izvida stanje stvari bilo "jasno". No to bi se protivilo akuzatornom načelu iz čl. 2. st. 1. koje je izljev ustavne odredbe iz čl. 29. st. 5. Ustava RH da se kazneni postupak može provesti samo pred sudom na zahtjev ovlaštenog tužitelja.

se vodi skraćeni postupak). Preuranjeni samostalni zahtjev okrivljenika istražni bi sudac morao odbaciti.¹²

Zahtjev stranaka mora istražnom sudcu omogućiti donošenje takve presude, dakle, mora kao i svaki optužni akt sadržavati podatke potrebne kako bi presuda imala propisani sadržaj (čl. 355). Zakon ne propisuje na temelju kakvih "pregovora" između državnog odvjetnika i osumnjičenika/branitelja stranke podnose taj zahtjev i kakvim sporazumom ti "pregovori" trebaju završiti, pa se iz toga može zaključiti da premda postizanje suglasnosti volja državnog odvjetnika i okrivljenika ne pripada području privatnog prava na koje bi se primjenjivale odredbe Zakona o obveznim odnosima, ipak se iz određenih razloga,¹³ mora smatrati da postignuto suglasje volja obvezuje stranke. No kako zahtjev mora biti pisan (čl. 190.a st.3) i zakon traži da branitelj prisustvuje njegovom potpisivanju (čl. 190.a st. 3) očito je da tim pregovorima u uredu državnog odvjetnika mora prisustvovati branitelj. Ipak, ako ga okrivljenik nije uzео, istražni sudac će na prvom ročištu zatražiti da se okrivljeniku postavi branitelj po službenoj dužnosti (čl. 190.a st.3). Sporazum može ali i ne mora uključivati priznanje okrivljenika jer se podnošenje zahtjeva ne smatra priznanjem (čl. 190.a st. 4). Državni odvjetnik nije ovlašten da o podnošenju zajedničkog zahtjeva s okrivljenikom odlučuje izvan načela legaliteta kaznenog progona, pa ne može dodavanjem ili oduzimanjem pravno relevantnih činjenica u opisu kaznenog djela optužbu umanjiti tako da ju svede na okvir kaznenog djela za koje se može izreći kazna zatvora do deset godine ili je prethodno povećavati kako bi njome vršio pritisak na okrivljenika.

Zajednički zahtjev stranaka za izricanje umanjene kazne okrivljeniku iznimka je od pravila da pravna kvalifikacija tužiteljevog akta o pokretanju istrage ne veže istražnog suca i vijeće (čl. 190. st. 5.). Točno označavanje vrste i mjere kazne odnosno uvjetne osude čije se izricanje traži prema stavku 2. i 3. ovoga članka, koje nije ništa drugo do cjelovita supsumpcija konkretnog kriminalnog ponašanja pod određeni zakonski opis kaznenog djela, veže istražnog suca tako da on, ukoliko prihvati zahtjev, može izreći samo presudu vezanu na zahtjev kako u pogledu činjeničnog opisa kaznenog djela, tako i na vrstu kazne (sukladno općim pravilima o svrsi kažnjavanja, kazni zatvora, zamjeni kazne zatvora s radom za opće dobro na slobodi, te općim pravilima o izboru mjere kazne te o izricanju jedinstvene kazne zatvora za

¹² Time okrivljeniku nije uskraćena mogućnost nagodbe sa državnim odvjetnikom: ako potonji smatra da je riječ o kaznenom djelu za koje se vodi skraćeni postupak, okrivljenik se može nakon optužnog prijedloga suglasiti s vrstom i mjerom predložene kaznenopravne sankcije uz isti način ublažavanja kazne (čl. 442. st. 5) ili već i prije optužnog prijedloga postići sporazum sa državnim odvjetnikom da neće prigovoriti kaznenom nalogu (čl. 446. i 449. st. 2).

¹³ O tome pobliže: D. Krapac, Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2003, r. br. 102-103.

kaznena djela u stjecaju Kaznenog zakona). Pri tome izbor najviše mjere kazne ne smije prijeći, kako smo rekli, jednu trećinu gornje granice propisane kazne.

Ako je u zahtjevu zatraženo izricanje uvjetne osude ili uvjetne osude sa zaštitnim nadzorom, istražni sudac koji se slaže s predloženom mjerom kazne zatvora ali ne i sa primjenom ove mjere upozorenja iz Kaznenog zakona, ne može prihvatiti zahtjev nego mora, prema stavku 2. ovoga članka, zatražiti odluku vijeća županijskog suda.

Od zajedničkog zahtjeva stranka može odustati do donošenja odluke istražnog suca (čl. 190.a st.6). To je jednostrani raskid ranijeg sporazuma između stranaka, koji eliminira mogućnost izricanja presude u istrazi. Stranke u postupku koji se nastavlja zadržavaju u punom opsegu svoja procesna prava; no, postavlja se pitanje smije li se državni odvjetnik na raspravi pozivati na to da je u fazi istrage postojao sporazum stranaka koji je zapravo značio okrivljenikovo prihvaćanje točaka optužbe iz istražnog zahtjeva. Odgovor na to pitanje ovisan je o različitim konstelacijama stanja stvari na ročištu pred istražnim sucem. Važna je ona u kojoj je okrivljenik odustao od zahtjeva jer otvara pitanje tumačenja okrivljenikovog odricanja od prava obrane kao pretpostavke za valjanost rezultata procesnih radnji koje su uslijedile nakon odricanja: za nju je jedino prihvatljivo rješenje po kojem bi se ti rezultati trebali smatrati neupotrebljivim za svrhe dokazivanja na glavnoj raspravi.¹⁴

Ročište na kojem istražni sudac odlučuje o zahtjevu za izricanjem umanjene kazne okrivljeniku je kontradiktorno ročište sa strankama (čl. 190.a st. 7) na kojem se ne izvode dokazi. Moguće je da to bude i tzv. prethodno ročište za “razjašnjenje važnih okolnosti za odluku o istražnom zahtjevu” iz čl. 189. st. 2. i 3. Tada istražni sudac mora okrivljenika upozoriti na prava obrane (čl. 189. st. 2.) te oštećenika upoznati s pravima iz čl. 54. (čl. 54. st. 4.).

Na ročištu istražni sudac mora obaviti dvije važne zadaće: prvo, okrivljenika upozoriti na to da nakon podnesenog zahtjeva, koji se doduše ne smatra priznanjem kaznenog djela, više ne može iznositi u postupku dokaze o isključenju protupravnosti ili krivnje u odnosu na onu točku optužbe u pogledu koje je pristao na zahtjev tužitelja (osim ako je za dokaze saznao nakon zahtjeva) i drugo, uvjeriti se da su stranke suglasne “u pogledu cijelog sadržaja zahtjeva” i to konstatirati u zapisniku (čl. 190.a st. 4. i 5). Potonja dužnost istražnog suca da pazi na potpunu i nepomućenu okrivljenikovu volju na prihvrat sadržaja iznesenog u zahtjevu za izricanje umanjene kazne važna je zato što se okrivljenika nikad ne smije siliti da iskazuje protiv sebe “ili da prizna krivnju” (čl. 29. st. 3. Ustava RH). Svaka sumnja u to mora rezultirati iznošenjem zahtjeva pred vijeće. Zakon ne dopušta okrivljeniku da svoj pristanak na izricanje umanjene kazne uvjetuje npr. prethodnim rješenjem pitanja je li nastupila zastara kaznenog progona.

¹⁴ Tako A. Krstulović, cit. djelo, 182, pozivom na odredbe čl. 9. st. 2. o nezakonitom dokazu koji je pribavljen kršenjem okrivljenikova prava na obranu.

Ako se neka pravno relevantna činjenica pokaže istražnom sucu kao nejasna, on može odgoditi ročište i na prijedlog stranke, za sljedeće prikupiti dokaz poduzimanjem odgovarajuće istražne radnje. Budući da donošenje presude o zahtjevu stranaka zavisi od njihova raspolaganja predmetom zahtjeva, ako i nakon takve istražne radnje činjenica ostane sporna za stranke, istražni sudac može samo ustanoviti da prikupljeni dokazi o činjenicama važnim za izbor i odmjeravanje kazne ne opravdavaju izricanje smanjene kazne zatvora prema stavku 1. ovoga članka te zatražiti da o zahtjevu odluči vijeće (stavak 10.).

Ako istražni sudac prihvati zahtjev, izreći će na ročištu sa strankama presudu u okviru koje mu postavlja čl. 190.a st.7. i u njoj odrediti da se optuženik u cijelosti oslobađa troškova kaznenog postupka. Tu presudu odmah objavljuje te pisano izrađuje, u skraćenoj formi, u roku od 8 dana (čl. 190.a st.8). Ta se presuda ne može pobijati žalbom zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja osim ako je optuženik za dokaze o isključenju protupravnosti ili krivnje saznao nakon njezinog donošenja (čl. 190.a st.9).

Ako sudac ne prihvati zahtjev stranaka za izricanjem presude, zatražit će da o njemu odluči vijeće županijskog suda. To se može dogoditi u dvije grupe slučajeva: a) ako prikupljeni dokazi o činjenicama važnim za izbor i odmjeru kazne, prema stanju stvari u spisu, ne opravdavaju izricanje konsenzualne presude te b) ako za nj ne postoje "zakonski uvjeti". Prvi se odnose na različite situacije nedokazanosti pravno relevantnih činjenica, kada bi izricanje osuđujuće presude prekršilo pretpostavku okrivljenikove nedužnosti a drugi na situacije u kojima ne bi postojale materijalne ili procesne pretpostavke za konsenzualnu presudu¹⁵. Protiv rješenja sudskog vijeća stranke se mogu žaliti. O toj žalbi u Hrvatskoj odlučuje Vrhovni sud RH (čl. 21.t.1.). Ako se žalba ne uvaži, svoj zahtjev stranke ne mogu ponoviti na glavnoj raspravi (čl. 190.a st.10). Na sjednicu vijeća županijskog suda iz stavka 10. ovoga članka, stranke se pozivaju prema ocjeni vijeća: čl. 208.

3. Praksa u primjeni čl. 190.a ZKP u Republici Hrvatskoj

U svojem istraživanju praktične primjene čl. 190.a u Hrvatskoj A. Krstulović je u razdoblju od 2002. do 2005. godine pronašla svega 13 predmeta, od toga 8 u Varaždinu, dva u Koprivnici, te po jedan u Bjelovaru, Puli i Zagrebu. U svim tim slučajevima istražni sudac je prihvatio prijedlog stranaka: bezuvjetna kazna zatvora izrečena je u 4 predmeta (30,7%), a uvjetna osuda u preostalih 9 (69%), kod pet od

¹⁵ U prve spadaju situacije u kojima bi stranke zatražile izricanje smanjene kazne izvan zakonskih okvira o ublažavanju (jedan takav slučaj opisuje A. Krstulović u cit. djelu, str. 176); u druge situacije u kojima bi istražni sudac ustanovio mane u volji stranaka ili defekte u okrivljenikovo formalnoj obrani.

njih kazna je ublažena i potom primijenjena uvjetna osuda; premda su se stranke odrekle prava na žalbu samo u dva slučaja, niti u jednom nisu izjavile žalbu.¹⁶

Razlog iznimno rijetke primjene čl. 190.a bio je vjerojatno mali interes državnog odvjetništva i okrivljenika: s jedne strane, državni odvjetnik može na razne načine ubrzati kazneni postupak pa tako i “preskakanjem” istrage putem podnošenja tzv. neposredne optužnice u slučajevima zapriječene kazne zatvora do 15 godina pod uvjetima iz čl. 191.st.1. – 5. ZKP ili u češćim slučajevima, pod pojednostavljenim i “olakšanim” uvjetima iz čl. 191.st. 6. za kaznena djela zapriječena kaznom zatvora do 8 godina, koja čine najveći dio njegove nadležnosti¹⁷. S druge strane, okrivljenik i njegova obrana, u uvjetima u kojima je postotak bezuvjetnih kazni zatvora u Republici Hrvatskoj ispod 14% (podatak se odnosi na razdoblje 1998-2003; u prijašnjim razdobljima je bio nekoliko postotaka veći)¹⁸, nemaju pravih motiva za sklapanje nagodbe s državnim odvjetnikom i pristanak na donošenje presude u istrazi uz izricanje (makar smanjene) kazne zatvora, kada se može očekivati da će glavna rasprava donijeti optuženiku znatne šanse barem za uvjetnu osudu ako ne već i za oslobađajuću presudu.

Međutim, novela Kaznenog zakona od 9. VI. 2006. (NN 71/06) pooštrila je represiju za pojedina kaznena djela povisivši donju mjeru propisanih kazni za veći broj kaznenih djela te reduciravši mogućnost ublažavanja kazne i izricanja uvjetne osude time što je mogućnost izricanja uvjetne osude svela samo na tzv. zakonsko ublažavanje kazne.¹⁹ Tako je sada krivom okrivljeniku stvorena motivacija za donošenje osuđujuće presude u istrazi sa kaznom prema značajnom “popustu” kojeg mu čl. 190.a st.1. osigurava za njegovu kooperativnost, bez čekanja glavne rasprave i rizika da će na glavnoj raspravi biti strože kažnjen. Stoga nas je zanimalo da li je tom normativnom promjenom otvorena nova perspektiva za primjenu čl. 190.a. Malo istraživanje prakse, koje smo proveli na Županijskom sudu Zagreb²⁰, potvrdilo je

¹⁶ A. Krstulović, cit. djelo, str. 184-86. (podaci su prikupljeni u DORH, zahvaljujući ljubaznosti zamjenika Glavnog državnog odvjetnika RH, D. Novosela). Pri tome je u jednom predmetu istražni sudac povrijedio kazneni zakon jer je primijenio uvjetnu osudu na počinitelja kaznenog djela za koje je propisana kazna od 1 do 8 godina (čl. 292. st. 2. KZ) izrekavši mu kaznu od dvije godine zatvora, čime je ispunjen uvjet za uvjetnu osudu vezan uz irečenu ali ne i propisanu kaznu jer je kod takvih kaznenih djela primjena uvjetne osude moguća jedino ako su primijenjene odredbe o ublažavanju, što sud nije učinio. Ažuriranje tih podataka, koje je obavljeno u listopadu 2007., pokazalo je da je takvih slučajeva u Hrvatskoj bez Županijskog suda u Zagrebu, bilo: u 2003.: 3, 2004.: 9, 2005.: 6; 2006.: 3 i 2007. (do početka listopada): 8.

¹⁷ B. Pavišić, Komentar Zakona o kaznenom postupku, 5. izdanje, Rijeka, 2005, str. 264.

¹⁸ Usp. I. Bedrač, Statistički prikaz izbora vrste i mjere kazne u RH, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2004, str. 923-945.

¹⁹ O tome: P. Novoselec, Opći dio kaznenog prava, 2. izdanje, Zagreb, 2007, str. 54, 425.

²⁰ Istraživanje je obavio M. Bonačić, asistent na Pravnom fakultetu u Zagrebu. Pregledom istraživanih spisa i sudskih upisnika ustanovljeno je da je čl. 190.a od 1.I. 2003. do 1. X. 2007. primijenjen u predmetima sljedećih službenih oznaka:

ovu pretpostavku: rezultati su pokazali da je broj kaznenih postupaka sa primjenom čl. 190.a ZKP značajno porastao: samo na području Županijskog suda u Zagrebu je u jednoj, 2007. godini (do 1. X. 2007) broj slučajeva bio veći nego gore spomenuti ukupni broj na području Republike Hrvatske u prethodnom razdoblju.

Preliminarni²¹ podaci prikupljeni istraživanjem pokazuju sljedeće:

- u razdoblju od 1. I. 2003. (kada je odredba čl. 190.a stupila na snagu) do 12. X. 2007. na Županijskom sudu Zagreb doneseno je ukupno 21 presuda na zahtjev stranaka u istrazi. Od toga je u godinama 2003-2006 bilo svega 5 presuda a samo u 2007. godini, nakon stupanja novele KZ na snagu, 19 presuda;
- svim predmetima prijedlog su, nakon rješenja o istrazi, podnijeli zajedno okrivljenik i državni odvjetnik (pri čemu je, na strani državnog odvjetništva, u 18 predmeta (86%) nastupao Ured za suzbijanje korupcija i organiziranog kriminaliteta, USKOK);
- niti u jednom slučaju istražni sudac nije izrazio neslaganje sa zahtjevom stranaka i zatražio da o njemu odluči sudsko vijeće;
- u svim slučajevima je okrivljenik propisno imao branitelja na ročištu pred istražnim sucem, ali je u većini slučajeva (15 ili 71%) bio u pritvoru (pri tome je prosječno trajanje pritvora iznosilo 4 mjeseca i 20 dana);

A) Presude prema **godini**, poslovnom broju, inicijalima okrivljenika te datumu donošenja presude

2003.: VIII – KIO – 258/03, okr. N.H., 3.10.2003; **2004.:** V – Kio – 34/04, okr. T.J., 3.6.2004.; **2005.:** n.a. **2006.:** XXIV – KIO-Us-38/05, okr. I.T., 24.2.2006. i XXIV – KIO-Us-38/05, okr. K.Z., 4.4.2006.; V-Kio-286/05 pd 18.IX.2006., okr. A.M.; **2007.:** XXIV- KIO-Us-15/06, okr. B.L., 29.3.2007; XXIV- KIO-Us-15/06, okr. B.M., 29.3.2007.; XXIV- KIO-Us-15/06, okr. S.V., 29.3.2007; XXX–KIO-23/07, okr. G.T., 16.3.2007.; Kio-Us-8/07, okr. H.A., 11.5.2007.; Kio-Us-8/07, okr. D.J., 15.5.2007.; Kio-Us-8/07, okr. D.P., 29.5.2007; Kio-Us-8/07, okr. E.F., 5.6.2007.; Kio-Us-8/07, okr. S.M. 6.6.2007.; Kio-Us-8/07, okr. V.F., 6.7.2007; Kio-Us-8/07, okr. K.B., 20.07.2007; VII-Kio-156/07, okr. D.K., 24.7.2007; Kio-Us-8/07, okr. N.A., 18.9.2007; XXIV –KIO-Us-27/07, okr. A.A., 19.9.2007; Kio-Us-8/07, okr. Ž.K., 25.9.2007; XXIV –KIO-Us-24/07, okr. A.H., 1.10.2007; Kio-Us-8/07, okr. S.V., 1.10.2007; XVI Kio-Us-8/07 okr. Lj.G., 5.10.2007; XVI Kio-Us-8/07, okr. Z.Z. 12.X.2007.

B) Presude prema službenim **oznakama predmeta**

VIII – KIO – 258/03 1 presuda; V – Kio – 34/04 1 presuda; XXIV – KIO-Us-38/05 2 presude; XXIV- KIO-Us-15/06 3 presude; XXX–KIO-23/07 1 presuda; Kio-Us-8/07 10 presuda; VII-Kio-156/07 1 presuda; XXIV –KIO-Us-27/07 1 presuda i XXIV –KIO-Us-24/07 1 presuda.

²¹ U prvoj fazi istraživanja, dovršenoj do početka pisanja ovoga rada, nastojalo se najprije identificirati sve slučajeve primjene čl. 190.a te prikupiti osnovne podatke o izrečenim presudama. U drugoj fazi zamišljeno je da se detaljnije analizira svaki spis predmeta sa tavkom presudom, posebice u pogledu kriminološkog profila okrivljenika, stanja stvari na početku istrage koje bi moglo indicirati na motivaciju stranaka prema konsenzualnoj "pravdi" (npr. kao posljedicu kriminalističke taktike sa potencijalnim "krunskim" svjedocima), dokaza sa kojima je raspolagao državni odvjetnik u času podnošenja zahtjeva istražnom sucu i dr.

-
- struktura počinjenih kaznenih djela pokazuje ukupno 27 primijenjenih inkriminacija: 11 slučajeva kaznenog djela protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice (čl. 177.st.1. i 3. KZ), po tri slučaja kaznenog djela izbjegavanja carinskog nadzora (čl. 298.st.1. i 2. KZ) i kaznenog djela nedozvoljenog posjedovanja oružja i eksplozivnih tvari (čl. 335.st.2. KZ), po dva slučaja kaznenog djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292.st.1. i 2. KZ), pronevjere (čl. 345.st.1. i 3. KZ), davanja mita (čl. 348.st.1) i neodazivanja pozivu i izbjegavanja vojne službe (čl. 364.st.1. i 3) te po jedan slučaj kaznenog djela zlouporabe opojnih droga (čl. 173.st.1. KZ), krivotvorenja službene isprave (čl. 312.st.1) i davanja mita (čl. 348.st.1. KZ);
 - kaznenopravne sankcije koje su izrečene u presudama na zahtjev stranaka u istrazi jesu: (a) 13 kazni zatvora i 8 uvjetnih osuda (pri čemu je u jednom slučaju kao sporedna kazna uz uvjetnu osudu izrečena i novčana kazna); prosječna visina izrečene bezuvjetne kazne zatvora iznosila je 1 godinu, tri mjeseca (i devet dana) a prosječna visina uvjetne kazne zatvora i roka kušnje iznosila je 12 mjeseci (i četiri dana) s rokom kušnje od 2 godine (i 10,5 mjeseci). (b) 10 sigurnosnih mjera (oduzimanje predmeta u 6 predmeta, protjerivanje stranca iz zemlje u 3 predmeta, zabrana obavljanja zvanja, djelatnosti ili dužnosti u jednom predmetu). (c) Imovinska korist ostvarena kaznenim djelom oduzeta je (čl. 82.st.2. Kaznenog zakona) u 6 predmeta,
 - U izboru i odmjeri kazne u presudi na zahtjev stranaka, istražni sudac je u 20 slučajeva utvrdio olakotne okolnosti okrivljeniku, pri čemu su u 3 slučaja utvrđene i otegotne; samo u jednom slučaju sudac je konstatirao postojanje samo otegotne okolnosti. Kao olakotna okolnost najčešće je konstatirano priznanje (u 17 slučajeva), ranija neosuđivanost (u 10 slučajeva), obiteljske prilike i ranije uzorno ponašanje (u četiri slučaja), naknada štete počinjene kaznenim djelom (u dva slučaja) te kajanje počinitelja zbog kaznenog djela (u jednom slučaju) i ranije "uredno javljanje državnom tijelima" (u jednom slučaju). Kao otegotna okolnost spominje se: opasnost kaznenog djela i mogućnost ugrožavanja većeg broja ljudi (kod prodaje oružja na ilegalnom tržištu), ranija osuđivanost za istovrsno kazneno djelo te broj počinjenih kaznenih djela;
 - Naposljetku, u 90% pronađenih slučajeva stranke su se nakon donesene presude odrekle prava na žalbu, što je i logično očekivati kod primjene konsenzualnih procesnih ustanova u kaznenom postupku;
 - Prosječno trajanje postupka od započinjanja istrage do donošenja presude temeljem čl. 190.a ZKP iznosilo je 4 mjeseca i 7,5 dana ali su ustanovljena značajna odstupanja od prosjeka u pojedinim slučajevima budući da je u trinaest od njih trajanje postupka variralo od 1 preko 2, 49, 66, 70, 84, 91, 92, 105 i do 122 dana a u osam slučajeva iznad prosjeka, tj. od 151, 120, 190, 196 preko 201 i 209 do čak 290 dana ili 7 mjeseci i 6 dana (u tri slučaja).

4. Zaključne napomene i kratki osvrt na podatke prikupljene istraživanjem

Nagodba između stranaka u našem kaznenom postupku, na kojoj se temelji zahtjev za donošenje presude u istrazi predstavlja relativnu novost u našem kaznenom postupku. Prilikom donošenja novele ZKP 2002. godine kojom su uvedene odredbe čl. 190.a, nije bilo u našoj stručnoj javnosti odbojnih stavova prema konsenzualnim procesnim formama,²² kao što je to slučaj u angloameričkoj pa i kontinentalnoj literaturi²³, možda i zato što je hrvatski zakonodavac primjenu čl. 190.a u st. 1. rezervirao za lakša i srednje teška kaznena djela,²⁴ a u st. 4. isključio izjednačavanje ponošenja zahtjeva sa polaganjem priznanja okrivljenika, čime je izbjegnuto prigovor da bi se osuđujuća presuda temeljila na okrivljenikovom aktu samooptuživanja, protivnom ustavu i jamstvima odredbe čl. 6.st.2. Europske konvencije o ljudskim pravima. No unatoč toga, primjena ove odredbe je u praksi ostala zanemariva i nejednaka na području pojedinih županijskih sudova. Kao iznimka se pojavio

²² Usp. M. Mrčela, cit. rad, 368 i sl. Iznimku predstavlja stajalište D. Matijeveća koji smatra da procjenjivanje branitelja hoće li okrivljeniku savjetovati podnošenje zahtjeva s državnim odvjetnikom, davanje sugestija da se prizna krivnja koje okrivljenik može shvatiti kao gubitak međusobnog povjerenja i dr. predstavljaju nedopustivo opterećenje za odvjetničku etiku (Nove zadaće i stare nedaće branitelja u kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2002, str. 343-345).

²³ Posebice njemačku, koja je sve do nedavno kao "nedodirljiv" smatrala zahtjev da se presuda okrivljeniku u kaznenom postupku može izreći samo na temelju javne, neposredne (i kontradiktorno provedene) glavne rasprave povodom optužnog akta podignutog prema načelu legaliteta kaznenog progona i na kojoj sud mora u okviru raspoloživih zakonskih sredstava, utvrditi "istinu" o optuženikovoju krivnji ili nedužnosti. Nakon duljeg oklijevanja, u nedostatku zakonske regulative, "minimalne standarde" za valjanost stranačkih nagodbi u kaznenom postupku njemački je savezni vrhovni sud u jednoj odluci iz 1997. godine (BGHSt 43, 195; kritički prikaz i komentar odluke v. T. Weigend, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2/1999, 57-63) izveo iz načela pravičnog postupka, ali su te nagodbe, prihvaćene u praksi kao "reines Richterrecht" koje egzistira paralelno sa zakonskim proceduralnim pravilima, za dio teorije i dalje ostale sporne (jedan od najoštrijih kritičara je B. Schünemann; usp. njegov rad "Wohin treibt der deutsche Strafprozess", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 114, 2002, H.1, 26-29, 55 i sl.). Za preglednu usporedbu problematike usp. W. Beulke, Strafprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg, 2006, r.br. 394-396b. U presudi od 3. III. 2005. njemački je savezni vrhovni sud ponovio načela pod kojima se stranke mogu sporazumijevati u kaznenom postupku (npr. sud ne smije sudjelovati u pregovorima oko odricanja od prava na žalbu, nakon svake "dogovorene" presude optuženik mora biti upoznat sa pravom na žalbu bez kojeg je upozorenja optuženikovo odreknuće od toga prava nevaljano) apelirajući ujedno na zakonodavca da to i druga pitanja konačno riješi novelom ZKP (usp. prikaz presude u časopisu Neue juristische Wochenschrift 2005, str. 1440).

²⁴ Doduše, teža od onih kod kojih talijanski ZKP dopušta tzv. applicazione della pena sulla richiesta delle parti kod koje se prema CPP nakon novele iz 2003. može izreći kazna zatvora do sedam i pol godina, tzv. patteggiamento allargato (ali se ne radi o kaznenom djelu organiziranog kriminala ili o okrivljeniku koji ima "loš karakter"; Maffei, rad cit. u bilj. 4, str. 1062).

Županijski sud u Varaždinu, posebice kod kaznenog djela neodazivanja pozivu i izbjegavanja vojne službe te organiziranju protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice iz koristoljublja. Međutim, nakon novele KZ iz 2006. godine primjetljiv je brojčani porast te primjene te proširenje dijapazona na kaznena djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju (čl. 292.st.1. i 2. KZ), pronevjere (čl. 345.st.1. i 3. KZ), davanja mita (čl. 348.st.) te zlouporabe opojnih droga (čl. 173.st.1. KZ), krivotvorenja službene isprave (čl. 312.st.1) i davanja mita (čl. 348.st.1. KZ). Time se nagodbena "volja" stranaka u našem kaznenom postupku približava onoj u stranim kaznenim postupcima, gdje se takvi sporazumi prakticiraju u slučajevima gospodarskog i financijskog kriminaliteta i kaznene odgovornosti pravnih osoba, a u "običnoj" delinkvenciji kod lakših oblika zlouporabe opojnih droga. Motiv za to kod nas leži u noveliranim, pooštrenim propisima KZ o izboru i odmjeri kazne.

S obzirom na još uvijek mali broj slučajeva u kojima je primijenjen čl. 190.a u odnosu na ukupni broj kaznenih postupaka, nemoguće je precizno kalkulirati koristi koje za praksu znači donošenje presude na zahtjev stranaka u istrazi. Činjenica je doduše, da je prosječno trajanje postupka u tim predmetima iznosilo 4 mjeseca i 7,5 dana što je u usporedbi s prosječnim trajanjem kaznenog postupka za ista ili slična kaznena djela znatno kraće: prema podacima Državnog zavoda za statistiku RH u 2006. godini, od ukupno 24216 osoba koje su proglašene krivima, postupak protiv 4250 od njih trajao je od 6-12 mjeseci a čak 12025 preko jedne godine, što znači da kod nas preko 67% kaznenih postupaka protiv punoljetnih osoba traje dulje od šest mjeseci²⁵. Ekonomska korist je dakle, brzina ovog konsenzualnog postupka i uštede koje on donosi. Pored ekonomskih koristi, on okrivljeniku, osim blaže kazne, donosi druge značajne koristi: pošteđuje ga javnosti glavne rasprave i javnog priznanja krivnje te oslobađa od većine troškova kaznenog postupka.

Pitanja koja su se kod nas postavila u komentaru čl. 190.a odnosila su se pretežno na moralne dileme okrivljenikovog branitelja pri odlučivanju o stupanju u pregovore s državnim odvjetnikom a ne, kao u inozemstvu, na sukladnost sa pretpostavkom nedužnosti, dostatnost jamstava okrivljeniku da u pregovorima s državnim odvjetnikom te na ročištu pred istražnim sucem potpuno slobodno izrazi svoje suglasje na predloženu presudu ili na okvire za predlaganje kaznenopravne sankcije (stranke mogu npr. predložiti i uvjetnu osudu, pa ako ju istražni sudac ne prihvati, mora zatražiti da o zahtjevu stranaka odluči sudsko vijeće).

Praktična pitanja koja su se postavila u svezi sa čl. 190.a pokazuju da naše stranke, u slučaju obostrane spremnosti na nagodbu, ponekad nisu "marile" za procesne formalnosti: činjenica je da u registriranim slučajevima nije pronađen

²⁵ Usp. CroStat: Punoljetni počinitelji kaznenih djela u 2006., statistička izvješća DZS RH br. 1339, Zagreb 2007, str. 138-139.

nitima jedan u kojem bi bila podnesena žalba na sporazumnu presudu ili na postupak koji joj je prethodio ne znači doduše, da povreda zakonske paradigme ovog oblika konsenzualnog postupanja nije bilo nego samo to da stranke te povrede nisu smatrale bitnima²⁶. Koliko se takva procesna komocija može tolerirati s aspekta načela zakonitosti, ostaje otvoreno pitanje koje baca važno svjetlo na ulogu istražnog suca kao “čuvara” javnog interesa pri donošenju presude na zahtjev stranaka u istrazi.

²⁶ Usp. A. Krstulović, cit. djelo, 176.

Lyudmila Zaitseva*

КРИТЕРИИ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

(Kriteriji kaznene jurisdikcije u Republici Bjelorusiji;
The Criteria of Criminal Jurisdiction in the Republic of Belarus)

Sažetak

Klasifikacija kaznenih djela može utjecati na organizaciju istraživanja i suđenja. U tom smislu stanovite države izabrale su dosljedniji put i u svom pravu uspostavile izravnu ovisnost klasifikacije kaznenih djela i diferenciranja jurisdikcije, postupovnog ustroja. U aktualnom vremenu u Republici Bjelorusiji klasifikacija kaznenih djela u Kaznenom zakoniku nije podloga za postupovnu diferencijaciju. Bjeloruski kriteriji su: određene vrste i najveće mjere kazne predviđene kaznenim zakonom i pravna oznaka djela. Primjena tih kriterija pomaže razdvajanju jurisdikcija različitih tijela u skladu s društvenim razvojem i u nastojanju da se postigne veća djelotvornost istraživanja.

Ključne riječi: jurisdikcija – klasifikacija kaznenih djela – postupovna diferencijacija – istražna tijela

Summary

The classification of crimes can influence on organization of investigation and trial. In addition a number of states has chosen more consistent way and established in their law direct dependence between classification of crimes and differentiation of jurisdiction, procedural orders. Nowadays in the Republic of Belarus the classification of crimes, which is fixed in the Criminal Code, is not used as criterion of procedural differentiation. The Belorussian criteria are: the certain kind and maximum measure of penalty establishing by criminal law and qualification. Application of these criteria helps to make separation of the jurisdiction among different bodies more optimal in accordance with social development and also to make investigation and trial more competent.

Key words: Jurisdiction – Classification of Crimes – Procedural Differentiation – Investigation Bodies

* Профессор Юридического факультета Университета в Минске/Redovita profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Minsku/Full professor, Faculty of Law, University of Minsk.

Любая дифференциация уголовно процессуальной формы, в том числе разграничение подследственности и подсудности между различными юрисдикционными органами, во многом определяется материальным правом. К такому выводу уже давно пришло большинство авторов,¹ в связи с тем, что различные категории преступлений и соответственно дела о них существенно отличаются друг от друга.

“Рассматривая в современных кодексах область деяний, запрещенных под страхом наказания, – писал еще в начале прошлого века профессор Н. С. Таганцев, – мы найдем между ними крайнее разнообразие, как по размеру определяемого за них наказания, так и по их юридической структуре, по тому отношению, в котором они стоят к охраняемым интересам, по самой природе этих интересов, даже по тем условиям, при наличности коих к этим посягательствам применяется наказание”².

В связи с таким разнообразием в свойствах отдельных категорий преступлений в уголовном праве признана необходимость классифицировать их³.

В теории и истории уголовного права существуют различные точки зрения по поводу системы и оснований классификации преступлений. Так, Статут Великого Княжества Литовского 1588 г. делил все преступления на “речи кровавые, где о горле идет” и на “речи меньшие, не кровавые, где о горле не идет”⁴. Уголовное уложение Российской империи 1903 г. подразделяло преступления на три основные группы: тяжкие преступления, за которые предусматривалась смертная казнь, каторга или ссылка на поселение; преступления, за которые в качестве меры наказания предусматривалось заключение в исправительном доме, крепости или тюрьме; проступки, за которые высшим наказанием являлся арест или денежный штраф⁵. Таким образом, принятая в уголовном законодательстве система классификации преступлений определялась “юридическим свойством и наказуемостью по закону деяния”⁶.

В настоящее время в мире существуют двух-, трех- и даже четырехчленные классификации преступлений. Как правило, их основой выступает чисто

¹ См. Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 33-37.

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая. СПб, 1902. С. 110.

³ Там же. С. 110 и др.; Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. М., 1912. С. 134 и др.

⁴ Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.М. Хомича. Мн., 2002. С. 435.

⁵ Там же. С. 447.

⁶ Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 119.

формальный признак – установленный законом размер наказания. По Уголовному Кодексу Германии все преступные деяния подразделяются на две группы: преступления, за которые грозит наказание в виде лишения свободы на 1 год и больше, и проступки, за которые грозит лишение свободы на меньший срок или штраф⁷. В Нидерландах также существует двухчленная классификация уголовных правонарушений⁸.

В Уголовном Кодексе Франции 1992 г. существует трехчленное деление преступных деяний: тяжкие преступления, уголовные деликты и проступки. К тяжким преступлениям отнесены деяния, которые наказываются лишением свободы на срок не менее 10 лет. К числу проступков относятся деяния, которые наказываются арестом до 2 месяцев или штрафом на сумму до 10000 франков⁹.

В некоторых странах имеются более сложные системы классификации преступлений. Так, законодательство американских штатов подразделяет преступные деяния на две категории: фелонии и мисдиминоры. К фелониям относятся более тяжкие деяния, которые наказываются лишением свободы на срок свыше одного года, а к мисдиминорам – менее тяжкие преступления. В свою очередь фелонии и мисдиминоры делятся на несколько классов¹⁰.

Классификации преступлений придается не только уголовно-правовое, но и важное процессуальное значение. Оно заключается в том, что классификация преступлений тесно связана с разграничением подведомственности уголовных дел, а порой и с различиями в порядке их расследования и судебного разбирательства. Причем в законодательстве ряда государств влияние существующей классификации на разграничение подведомственности и дифференциацию порядка производства проводится довольно последовательно и характеризуется прямой зависимостью. Так, например, во Франции и Нидерландах каждая группа уголовных правонарушений подсудна определенному суду.

В Нидерландах компетенция различных судов обусловлена разделением преступлений на две группы. Дела об уголовных проступках рассматриваются по первой инстанции субокружными (кантональными) судами, каждый из которых обслуживает 3-4 субокруга (кантона), а дела о преступлениях – окружными судами¹¹. Во Франции в исключительную компетенцию суда

⁷ Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира. Справочник. М., 1993. С. 55.

⁸ Правовая система Нидерландов. Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. М., 1998. С. 157.

⁹ Решетников Ф.М. Указ. соч. С. 209-210.

¹⁰ Там же. С. 117.

¹¹ Правовая система Нидерландов. С. 91, 266.

присяжных входит рассмотрение уголовных дел о тяжких преступлениях, исправительные трибуналы рассматривают по первой инстанции дела об уголовных деликтах, полицейские трибуналы – о наименее значительных уголовных деяниях – проступках¹².

В других странах такая зависимость выражена с меньшей последовательностью и не является определяющим критерием подведомственности. К этой группе относятся Германия, США и многие другие государства. Такое же положение было характерно для советского уголовно-процессуального законодательства и оно сохранилось в ныне действующих кодексах России, Беларуси, Украины, Казахстана.

Если уголовное законодательство первых лет Советской власти не предусматривало никакой классификации преступлений, то ст. 5 УК БССР 1928 г. в основу разделения преступлений на группы положила политический критерий. Все преступления делились на две категории: направленные против основ советского строя и все остальные. За первые устанавливался низший предел наказания, ниже которого суд не мог назначить меру социальной защиты, за вторые – только высший его размер¹³.

Уголовный кодекс БССР 1960 г. классифицировал преступления на четыре группы: тяжкие (ст. 7¹ УК), за которые предусматривается применение смертной казни или лишение свободы на срок до 15 лет; менее тяжкие; не представляющие большой общественной опасности; малозначительные. Однако в данной классификации отсутствовала тесная связь с возможной мерой наказания, что являлось причиной разнобоя в понимании преступлений небольшой общественной опасности и малозначительных¹⁴.

Поэтому в литературе по уголовному праву того времени указывалось и на трех-, и на пятичленную классификацию уголовных правонарушений¹⁵. Вероятно, в связи с этим и подсудность уголовных дел не зависела от такой несовершенной классификации преступлений.

Действующий Уголовный кодекс Республики Беларусь 1999 г. подразделяет преступления на категории в зависимости от вида и размера наказания и формы вины на: преступления, не представляющие большой общественной опасности; менее тяжкие; тяжкие и особо тяжкие (ст. 12 УК). Существующая стройная и всеобъемлющая классификация преступлений по степени общественной опасности, несомненно, учитывается законодателем при

¹² Решетников Ф.М. Указ. соч. С. 214-215.

¹³ Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.М. Хомича. Мн., 2002. С. 452.

¹⁴ Уголовное право БССР. Часть общая. Учебник / Под ред. проф. И.И. Горелика. Мн., 1978. С. 38-40.

¹⁵ Советское уголовное право. М., 1981. С. 79.

определении предметной компетенции различных юрисдикционных органов. Но прямой зависимости между ними также, как и в прошлом, не наблюдается. То есть перечисленные четыре категории преступлений не распределяются между четырьмя органами предварительного следствия и тремя звеньями судебной системы, хотя их количественное соотношение вполне позволяет это сделать. Лишь при определении подследственности в ч. 13 ст. 182 УПК РБ упоминаются категории преступлений, установленные в УК: не представляющие большой общественной опасности и менее тяжкие с целью разграничения полномочий между органами дознания и следствия.

В России сложилась аналогичная ситуация, когда классификация преступлений не влияет на их подследственность и подсудность. Указание на тяжкие и особо тяжкие преступления содержится лишь при определении подсудности коллегиального состава суда (п. 3 ч. 2 ст. 30 УПК РФ).

Совершенно прав Ю. К. Якимович утверждая, что дифференциация уголовного судопроизводства должна основываться на дифференциации уголовного законодательства¹⁶. Это в полной мере относится по-нашему мнению и к разграничению подведомственности между различными юрисдикционными органами.

При этом не имеет принципиального значения, из скольких групп будет состоять классификация преступлений в зависимости от степени их общественной опасности. Главное, чтобы уголовный закон содержал четкое понятие каждой из групп и перечень преступлений, относящихся к каждой из них. Не имеет также принципиального значения, какое наименование получит та или иная группа (например, “малозначительные преступления” или “уголовные проступки”), при том условии, что эти деяния и впредь будут считаться уголовными, а не иными правонарушениями¹⁷.

Именно такая дифференциация уголовного законодательства и должна являться основой для дифференциации уголовного судопроизводства, в том числе и подведомственности уголовных дел. При наличии в уголовном законе перечней, различающихся по степени общественной опасности преступлений, необходимо будет руководствоваться ими при решении вопроса о подведомственности конкретного уголовного дела. Тогда будет возникать меньше трудностей в правоприменительной деятельности: достаточно будет определить, к какой группе относится преступление, чтобы установить его подведомственность соответствующему юрисдикционному органу.

¹⁶ Якимович Ю.К. Структура советского уголовного процесса: система стадий и система производств. Основные и дополнительные производства. Томск, 1991. С. 38.

¹⁷ Там же. С. 39-40.

Пока такое положение еще не достигнуто, в основу дифференциации процессуальной формы положена не классификация преступлений, установленная в УК, а иные материально-правовые критерии, не вполне идентично формулируемые различными авторами. Так, одни считают таким критерием степень общественной опасности деяния¹⁸, другие – вид и меру наказания, которые могут быть применены к обвиняемому¹⁹, третьи – комбинацию указанных свойств²⁰. Наиболее верной представляется позиция М. К. Свиридова, считающего главным основанием дифференциации уголовно-процессуальной формы вид и максимальный размер наказания, предусмотренного законодателем за совершение данного преступления²¹. Именно это основание является показателем степени общественной опасности совершенного преступления и лежит в основе классификации уголовных правонарушений в законодательстве многих стран мира.

Следует отметить, что противниками дифференциации выдвигались возражения против данного основания разграничения уголовно-процессуальной формы. Указывалось, в частности, что это свойство не поддается формализации, что наказание, предусмотренное соответствующей статьей УК, не всегда характеризует степень общественной опасности конкретного преступления, что степень сложности дела не всегда соответствует общественной опасности преступления. Из чего делается вывод, что данный критерий не оправдан в теоретическом отношении и оставляет свободу для его произвольного применения государственными органами и должностными лицами, ведущими уголовный процесс²².

Убедительная критика таких взглядов дана Ю. К. Якимовичем. Он указывает, что данное основание, напротив, поддается четкому определению путем установления максимальной границы наказания. Ссылка же на то, что размер наказания, указанный в законе, может не соответствовать общественной опасности данного преступления, представляется необоснованной. Наоборот, при установлении границ наказания

¹⁸ Арсеньев В.Д. О едином порядке производства по уголовным делам и пределах его дифференциации // Вопросы борьбы с преступностью. Иркутск, 1970. С. 69; Его же. Упрощение не равнозначно упрощенчеству // Соц. законность. 1975. № 3. С. 64.

¹⁹ Свиридов М.К. О сущности и основаниях дифференциации уголовного процесса // Актуальные вопросы государства и права в период совершенствования социалистического общества. Томск, 1987. С. 241-242.

²⁰ Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном процессе. М., 1981. С. 103-104.

²¹ Свиридов М.К. Указ. соч. С. 241-242.

²² См. Элькин П.С. К вопросу о суммарном производстве // Сибирские юридические записки. Иркутск. Омск, 1973. Вып. 3. С. 149-151.

законодатель исходит из оценки общественной опасности данного деяния²³. Так, за преступления, общественная опасность которых значительна, предусмотрены наказания в виде лишения свободы на длительные сроки, пожизненное заключение или даже смертная казнь. Преступления, не представляющие большой общественной опасности, наказываются лишением свободы на непродолжительные сроки, исправительными работами, штрафом либо другими более мягкими наказаниями. Для учета колебаний в уровне общественной опасности конкретного преступления существует “вилка” наказаний, предусматривающая как низший, так и высший предел общественной опасности для преступлений данного вида. Если и могут встречаться случаи, когда необходим выход за пределы такой “вилки”, то лишь в сторону признания более низкого уровня общественной опасности конкретного преступления. При этом суд может назначить наказание ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК, либо назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрено этой статьей (ст. 70 УК).

Таким образом, основным материально-правовым критерием дифференциации уголовно-процессуальной формы, в том числе разграничения подведомственности уголовных дел между различными юрисдикционными органами, является вид и максимальный размер наказания, предусмотренный за совершение данного преступления уголовным законом.

Этот критерий считался основным признаком предметной подсудности еще российскими процессуалистами XIX века И. Я. Фойницким, С. И. Викторским, которые оценивали его как “наиболее удобоузнаваемый, легко уловимый для практики и весьма удобно укладываемый в законодательную систему”²⁴.

При этом И. Я. Фойницкий особо указывал на необходимость определять тяжесть наказания как основание подсудности по “высшему наказанию, положенному в статье уголовного закона, которой соответствует деяние обвиняемого”. Наказание, которое может быть реально, фактически назначено за данное преступление с учетом личности обвиняемого и других смягчающих ответственность обстоятельств, по его мнению, ни в коем случае не должно являться основанием подсудности. Ибо при таком гипотетическом определении подсудности преобладающее значение придается субъективному

²³ Якимович Ю.К., Ленский А.В., Трубникова Т.В. Дифференциация уголовного процесса / Под ред. М.С. Свиридова. Томск, 2001. С. 104-105.

²⁴ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Том II. СПб., 1996. С. 93; Викторский С.И. Русский уголовный процесс. Учеб. пособие. М., 1997. С. 175.

усмотрению обвинительной власти, что подрывает право обвиняемого на суд, даваемый ему законом, и нарушает равноправие сторон в процессе²⁵.

Таким образом, для установления подсудности принимается во внимание не то наказание, которое может фактически понести обвиняемый, когда определяются во всех подробностях обстоятельства дела, влияющие на назначение наказания, а то, которое угрожает всякому, совершившему определенного рода преступление.

В дореволюционном отечественном законодательстве тяжесть меры наказания являлась основным критерием подсудности уголовных дел мировым судьям. Последние рассматривали проступки, за которые определялись: 1) выговоры, замечания и внушения; 2) денежные взыскания не свыше трехсот рублей; 3) арест не свыше трех месяцев; 4) заключение в тюрьму не свыше года (ст. 33 Устава уголовного судопроизводства 1864 г.). Уголовные дела о преступлениях, за которые в законе были положены более тяжкие наказания либо соединенные с лишением или ограничением прав состояния, рассматривались окружными судами (ст.ст. 200, 201 Устава уголовного судопроизводства)²⁶.

В первые годы Советской власти, когда еще не было кодифицировано уголовно-процессуальное законодательство, при определении подсудности уголовных дел по предметному признаку руководствовались также возможной мерой наказания. Об этом свидетельствует ст. 2 Декрета СНК № 1 “О суде” от 24 ноября 1917 г.²⁷. Причем подследственность уголовного дела определялась его подсудностью. В дальнейшем законодатель отказался от определения подсудности в зависимости от тяжести наказания и вернулся к нему лишь в конце XX века.

Сегодня в Российской Федерации с применением данного критерия устанавливается подсудность уголовных дел только мировым судьям (ч. 1 ст. 31 УПК РФ). В Беларуси, Украине и Казахстане тяжесть меры наказания определяет предметные полномочия второго звена судебной системы – областных и приравненных к ним судов (ч. 1 ст. 268 УПК РБ; п. 2 ч. 1 ст. 34 УПК Украины; ч. 2 ст. 291 УПК Республики Казахстан). В этих государствах разграничение подсудности между единоличным судьей и коллегиальным составом суда при рассмотрении уголовных дел по первой инстанции также осуществляется с помощью максимально возможного наказания за

²⁵ Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 93-94.

²⁶ Российское законодательство X-XX веков. Т. 8. Судебная реформа. М., 1991. С. 123, 139.

²⁷ СУ РСФСР 1917. № 4. Ст. 50.

совершенное преступление, предусмотренного законом (ч. 2 ст. 267 УПК РБ; ч.ч. 2 и 3 ст. 17 УПК Украины; ч. 2 ст. 58 УПК Республики Казахстан).

При применении указанного критерия на практике не исключены и определенные коллизии. Так, например, уголовное дело о совершении преступления, за которое может быть назначена смертная казнь, подсудно второму звену судебной системы. В то же время заранее известно, что несовершеннолетнему за совершение такого преступления смертная казнь не может быть назначена согласно п. 1 ч. 2 ст. 59 УК РБ. Такой же запрет существует и по отношению к женщинам, а также мужчинам, достигшим ко дню постановления приговора 65 лет (п.п. 2 и 3 ч. 2 ст. 59 УК РБ). Однако это не является основанием изменения подсудности дела и его передачи для рассмотрения в нижестоящий суд. Поскольку в данном случае, как уже указывалось, необходимо руководствоваться максимально возможным наказанием, предусмотренным уголовным законом за совершение такого преступления и отражающим степень его общественной опасности.

Тем не менее, не следует забывать, что характер и степень общественной опасности того или иного преступления определяется, прежде всего, его объектом, то есть теми общественными отношениями, на которые посягает данное деяние. Именно родовый объект преступления является критерием для построения системы Особенной части УК и позволяет определить принадлежность конкретного преступления к определенной главе Уголовного Кодекса.

Социальная значимость и ценность той или другой группы общественных отношений, образующих родовый объект преступления, позволяет определить тот орган, который должен осуществлять производство по данному уголовному делу. Чем важнее защищаемые уголовным законом общественные отношения, тем выше общественная опасность данного преступления. Следовательно, должен быть выше и уровень органа, который будет осуществлять его расследование и судебное разбирательство.

Однако такой важный материально-правовой критерий как родовый объект преступления крайне редко используется в качестве самостоятельного основания для разграничения подсудности уголовных дел. Как правило, этот критерий применяется в совокупности с другими материально-правовыми признаками уголовного дела. И лишь в УПК Беларуси 1999 г. родовый объект преступления частично определяет подсудность областных и приравненных к ним судов, указывая, что последние рассматривают по первой инстанции уголовные дела о преступлениях против мира и безопасности человечества и преступления против государства (п. 1 ст. 268 УПК). А в Украине апелляционные суды областей рассматривают дела о преступлениях против основ национальной безопасности (п. 1 ч. 1 ст. 34 УПК Украины).

В то же время самым распространенным материально-правовым критерием подследственности и подсудности уголовных дел на протяжении длительного времени остается квалификация преступления, то есть уголовно-правовая оценка совершенного деяния. Она выражается в полном соответствии признаков совершенного деяния признакам конкретного состава преступления, предусмотренного уголовным законом.

Не случайно В. М. Хомич указывает, что конфликтные охранительные уголовно-правовые отношения между государством и физическим лицом возникают в связи с совершением последним деяния, подпадающего под признаки запрещенного уголовно-правовой нормой, его уголовно-правовой оценкой в качестве преступления и уголовной ответственностью лица в случае признания данного деяния преступлением²⁸.

В квалификации преступления находит свое выражение степень общественной опасности деяния, юридическая и социальная оценка этого деяния как преступления и лица, виновного в его совершении. Квалификация преступления определяется путем точного указания на соответствующие части (пункты) статей как Общей, так и Особенной части УК, в которых так или иначе сформулированы признаки установленного состава преступления.

Вывод о том, что данное деяние содержит признаки состава преступления, предусмотренного соответствующей уголовно-правовой нормой, является необходимым требованием для принятия важнейших уголовно-процессуальных решений: постановления о возбуждении уголовного дела (ч. 2 ст. 175 УПК), постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого (п. 3 ч. 2 ст. 241 УПК), постановления о передаче уголовного дела прокурору для направления в суд (п. 4 ч. 2 ст. 260 УПК) и обвинительного приговора (п. 3 ч. 1 ст. 361 УПК).

Квалификация преступления традиционно является основным материально-правовым критерием разграничения предметных полномочий между органами дознания и предварительного следствия, а также следственными аппаратами различных ведомств.

Так, в ст. 182 УПК РБ 1999 г., как и в ст. 123 УПК БССР 1960 г., содержится подробный перечень преступлений с указанием части и статьи УК, дела о которых подследственны тому или иному органу предварительного следствия. В ней также перечисляются преступления, дела о которых вправе рассматривать органы дознания в полном объеме (ч. 12 ст. 182 УПК). Аналогичный критерий определения подследственности сохранен и в УПК России, Украины и Казахстана (ст. 151 УПК РФ; ст. 112 УПК Украины; ст. 192 УПК Республики Казахстан).

²⁸ Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.М. Хомича. Мн., 2002. С. 8.

Кроме того, в отличие от белорусского законодательства, в УПК России с помощью квалификации преступлений разграничивается также подведомственность уголовных дел между различными органами дознания (ч. 3 ст. 151 УПК РФ). К сожалению, этот универсальный материально-правовой критерий не используется в ст. 37 УПК РБ, перечисляющей существующие органы дознания, для определения их предметной компетенции.

Белорусский законодатель устанавливает подведомственность этих органов в общем виде указывая лишь на отдельные категории дел без ссылки на статьи уголовного кодекса, т.е. их квалификацию. Например, органы государственного пожарного надзора осуществляют дознание по уголовным делам о пожарах и нарушениях противопожарных правил (п. 8 ч. 1 ст. 37 УПК); начальники учреждений, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы, следственных изоляторов – по уголовным делам о преступлениях против установленного порядка несения службы (п. 4 ч. 1 ст. 37 УПК). Представляется, что подведомственность уголовных дел различным органам дознания должна определяться в УПК, прежде всего, на основании квалификации преступления путем указания на конкретные статьи УК и их части. А другие критерии подведомственности (субъект преступления, место его совершения) следует применять лишь в совокупности с основным юридическим признаком уголовного дела – квалификацией преступления.

Подсудность уголовных дел областному и Минскому городскому судам ранее также определялась на основании лишь квалификации преступления, путем перечисления соответствующих статей УК (ст. 32 УПК БССР 1960 г.). Этот же критерий был положен в основу определения предметных полномочий единоличного судьи по рассмотрению уголовных дел (ч. 2 ст. 31 УПК БССР 1960 г.). Причем в последнем случае перечень статей УК, предусматривающих ответственность за преступления, дела о которых подсудны судье единолично, занимал полторы страницы. Это в определенной степени затрудняло поиск нужной статьи в таком обширном списке. Вероятно поэтому действующее уголовно-процессуальное законодательство Республики Беларусь для определения подсудности этот критерий не использует, применяя для этой цели другой материально-правовой критерий – вид и максимальный размер наказания, предусмотренного законом за совершение данного преступления.

В УПК Республики Казахстан эти два материально-правовых критерия действуют одновременно при определении подсудности второго звена судебной системы. Так, в ч. 2 ст. 291 УПК указывается на максимальное наказание и перечисляются статьи УК, которые такое наказание предусматривают. Думается, что такое дублирование вряд ли необходимо и оправдано.

В России квалификация преступления используется для исключения из подсудности мировых судей определенных категорий уголовных дел (ч. 1 ст.

31 УПК РФ), а также для частичного определения подсудности областных и краевых судов (п. 1 ч. 3 ст. 31 УПК РФ). Последнее имеет место также и в УПК Украины (п. 1 ч. 1 ст. 34 УПК Украины).

В тех случаях, когда квалификация совершенного преступления на всем протяжении производства по делу остается неизменной, определение подведомственности уголовного дела не представляет трудностей. Обычно возникают затруднения тогда, когда в процессе предварительного расследования и судебного разбирательства первоначальная квалификация преступления существенно изменяется, и это влечет за собой изменение подведомственности данного уголовного дела.

В отечественном уголовном процессе изменение квалификации преступления возможно на протяжении всего периода расследования и разрешения уголовного дела. Первоначальная квалификация дается при возбуждении уголовного дела (ч. 2 ст. 175 УПК), затем эта квалификация уточняется в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого (п. 3 ч. 1 ст. 241 УПК) и указывается в постановлении о передаче уголовного дела прокурору для направления в суд (п. 4 ч. 2 ст. 260 УПК). При этом квалификация преступления в двух последних из названных уголовно-процессуальных актов должна быть одинаковой.

Прокурор может изменить квалификацию преступления в постановлении о передаче дела в суд, но лишь с применением закона о менее тяжком преступлении (п. 1 ст. 264 УПК). В противном случае прокурор должен возвратить уголовное дело следователю или органу дознания для предъявления нового более тяжкого обвинения (п. 3 ст. 264 УПК).

Квалификация преступления, указанная в постановлении о направлении дела в суд, может быть изменена прокурором лишь в стадии судебного разбирательства и судом при постановлении приговора. Так, если в ходе судебного следствия возникает необходимость в изменении обвинения на более тяжкое, то суд по ходатайству государственного обвинителя объявляет перерыв до десяти суток для составления им нового постановления о привлечении в качестве обвиняемого, которое затем объявляется последнему (ч. 2 ст. 301 УПК). Как указано в Постановлении № 9 Пленума Верховного Суда от 28 сентября 2001 года "О приговоре суда", более тяжким признается обвинение, квалифицированное по закону, предусматривающему более строгое наказание или иным образом ухудшающее положение обвиняемого²⁹.

Государственный обвинитель вправе также квалифицировать действия обвиняемого по статье УК, предусматривающей ответственность за менее

²⁹ Судовы веснік. 2001. № 4. С. 23.

тяжкое преступление, чем то, в совершении которого лицу было предъявлено обвинение. В этом случае составление нового постановления о привлечении в качестве обвиняемого не требуется, а позиция государственного обвинителя заносится в протокол судебного заседания (ч. 4 ст. 301 УПК).

Как известно, судебное разбирательство уголовного дела проводится лишь по тому обвинению, которое предъявлено обвиняемому либо в стадии предварительного расследования, либо прокурором в судебном следствии (ч. 1 ст. 301 УПК). Однако при постановлении приговора суд вправе изменить квалификацию преступления независимо от позиции государственного обвинителя, если это не ухудшает положение обвиняемого и не требует изменения сущности обвинения (ч. 5 ст. 301 УПК).

Возникает вопрос: исходя из какой квалификации, если она неоднократно изменялась, следует определять подведомственность уголовного дела по этому важному материально-правовому критерию?

Общий ответ на этот вопрос был дан еще Л. Н. Гусевым: подведомственность уголовного дела определяется последней квалификацией совершенного преступления³⁰. Орган, который изменяет или уточняет квалификацию преступления обязан и правомочен одновременно определить и подведомственность данного дела. Так, если следователь или орган дознания изменил квалификацию преступления в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого, что повлекло изменение подведомственности уголовного дела, то только прокурор вправе передать его из одного органа уголовного преследования в другой (ч. 9 ст. 182 УПК). Если решение об изменении квалификации преступления, данной следователем или органом дознания, принято прокурором, то последний обязан при направлении дела в суд определить и его подсудность (ст. 266 УПК).

В соответствии с ранее действовавшим уголовно-процессуальным законодательством изменить квалификацию преступления можно было и в стадии предания суду, которая сегодня в УПК называется стадией назначения и подготовки судебного разбирательства. Такое же решение могло быть принято судом в распорядительном заседании путем применения уголовного закона о менее тяжком преступлении (ч. 1 ст. 229 УПК БССР 1960 г.). Если требовалось изменить квалификацию на статью, предусматривающую более строгую меру наказания, дело подлежало направлению на доследование для предъявления другого более тяжкого обвинения (п. 3 ч. 1 ст. 234 УПК БССР). После этого такое дело подлежало направлению уже в тот суд, которому оно было подсудно, исходя из новой квалификации преступления.

³⁰ Гусев Л.Н. Подсудность уголовных дел. М., 1955. С. 22.

Таким образом, на практике нередко складывалось положение, когда суд, принявший дело к своему производству на основании квалификации данной органами уголовного преследования, затем приходил к выводу о необходимости ее изменения на такую статью уголовного закона, по которой дело уже будет подсудно другому суду.

В связи с этим в юридической литературе 60-х годов прошлого века активно обсуждался вопрос: вправе ли вышестоящий суд в стадии предания суду переквалифицировать преступление и после этого передать уголовное дело на рассмотрение нижестоящего суда?

И. М. Гальперин, В. З. Лукашевич и некоторые другие процессуалисты считали, что если вышестоящий суд принял решение о новой квалификации, то тем самым решил вопрос о предании суду. Поэтому этот суд и должен рассматривать данное дело по существу в судебном заседании, не передавая его по подсудности в нижестоящий суд³¹.

С.А. Альперт, М.И. Бажанов, Л.Н. Гусев и другие авторы придерживались иной точки зрения. По их мнению, вышестоящий суд, переквалифицируя преступление в распорядительном заседании, не обязан решать вопрос о предании суду и поэтому вправе после этого передать дело в нижестоящий суд³².

Разделяя эту точку зрения, следует отметить, что вопрос о предании суду должен был рассматриваться и разрешаться лишь тем судом, которому оно подсудно для рассмотрения по существу. Как правильно указывали С.А. Альперт и М.И. Бажанов, если обязать вышестоящие суды рассматривать такие дела по существу – значит неоправданно расширять их компетенцию как судов первой инстанции, а самое главное – без достаточных к тому оснований ограничивать подсудность дел основному звену судебной системы – районному суду³³.

С целью разрешения указанной коллизии Л.Н. Гусевым было высказано вполне обоснованное предложение о том, чтобы вопрос о подсудности уголовного дела данному суду рассматривался судьей или распорядительным заседанием суда после того как будет определена статья Уголовного кодекса, по которой следует квалифицировать преступление, вменяемое в вину обвиняемому³⁴.

³¹ Гальперин И.М., Лукашевич В.З. Предание суду по советскому уголовно-процессуальному праву. М., 1965.

³² Альперт С.А., Бажанов М.И. Рецензия на работу И.М. Гальперина, В.З. Лукашевича “Предание суду по советскому уголовно-процессуальному праву” // Правоведение. 1965. № 4. С. 150; Гусев Л.Н. Подследственность и подсудность в советском уголовном процессе. М., 1974. С. 19.

³³ Альперт С.А., Бажанов М.И. Указ. соч. С. 150.

³⁴ Гусев Л.Н. Подследственность и подсудность в советском уголовном процессе. С. 18.

Новый УПК Республики Беларусь 1999 г. не предусматривает изменение квалификации преступления в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства. Поэтому, на первый взгляд, может показаться, что рассмотренные проблемы сегодня не актуальны. Однако действующее законодательство ряда постсоветских республик свидетельствует об обратном.

В отличие от белорусского УПК в России и Казахстане изменение квалификации преступления возможно только по ходатайству прокурора в ходе предварительного слушания (ч. 5 ст. 236 РФ, ч. 5 ст. 301 УПК Республики Казахстан). Причем такое изменение допускается лишь на более мягкое обвинение. Если изменение прокурором обвинения влечет изменение подсудности дела, то в России суд направляет его по подсудности. А в Казахстане возвращает дело прокурору для пересоставления обвинительного заключения, протокола обвинения и направления по подсудности.

Уголовно-процессуальное законодательство Украины в основном сохранило ранее действующий порядок изменения квалификации преступления при предварительном рассмотрении дела судьей. Так, при наличии оснований для квалификации действий обвиняемого по статье УК, предусматривающей ответственность за более тяжкое преступление, судья может возвратить дело для дополнительного расследования (ч. 2 ст. 246 УПК Украины). Однако такое решение возможно лишь по ходатайству прокурора, потерпевшего или его представителя, а не по инициативе суда, как было ранее.

Полагаем, что белорусскому законодателю также следует допустить возможность изменения квалификации преступления по ходатайству прокурора в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства, для чего предусмотреть проведение предварительного слушания. Такое предложение объясняется тем, что согласно действующему УПК Беларуси изменение квалификации преступления, как уже отмечалось, разрешается только в судебном разбирательстве. Следовательно, решение вопроса о новой подсудности уголовного дела целиком переносится в эту центральную, основную стадию процесса, что вряд ли является обоснованным.

Так, изменение прокурором в судебном заседании квалификации преступления на менее тяжкое или принятие такого же решения судом в совещательной комнате при постановлении приговора может повлиять на подсудность уголовного дела, в результате чего последнее станет подсудным нижестоящему суду. В этом случае закон запрещает направлять такое уголовное дело по подсудности. Поскольку передача в нижестоящий суд дела, начатого рассмотрением в судебном заседании вышестоящего суда, не допускается (ч. 2 ст. 273 УПК).

Однако, если изменение квалификации преступления, осуществленное прокурором в суде, приведет к изменению подсудности уголовного дела и оно станет подведомственным вышестоящему или военному суду, то продолжение судебного разбирательства будет невозможным. В этом случае нижестоящий суд не правомочен рассматривать такое дело и обязан передать его по подсудности в вышестоящий или военной суд (ч. 1 ст. 273 УПК). Несомненно, что в целях процессуальной экономии решение об изменении квалификации преступления, влекущее передачу дела по подсудности в вышестоящий суд, целесообразно принимать в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства, а не в заседании суда первой инстанции, что приводит к неоправданным затратам времени и финансовых средств.

В дореволюционном уголовном процессе одним из материально-правовых критериев подсудности, наряду с тяжестью наказания, признавался также размер гражданского иска, заявленного с целью возмещения причиненного преступлением вреда и подлежащего рассмотрению вместе с обвинением. Так, уголовное дело, подсудное местному суду выходило из его компетенции, если к нему присоединился гражданский иск на сумму свыше 300 рублей для земских начальников и городских судей и 500 рублей для мировых судей и уездных членов³⁵. В первые годы Советской власти этот признак также применялся при определении подсудности. Так, согласно ст. 2 Декрета СНК № 1 “О суде” от 24 ноября 1917 года местным судам были подсудны уголовные дела, по которым обвиняемому угрожало наказание не свыше 2 лет лишения свободы и гражданский иск не превышал 3000 руб³⁶. В дальнейшем законодатель от последнего признака отказался.

В действующем уголовном законодательстве размер причиненного преступлением имущественного вреда учитывается при квалификации общественно опасных деяний против собственности и порядка осуществления экономической деятельности (раздел VIII УК). А квалификация, в свою очередь, влияет на подведомственность уголовных дел о таких преступлениях.

Вышеизложенное приводит к выводу о том, что в настоящее время основными материально-правовыми критериями подведомственности уголовных дел различным юрисдикционным органам Республики Беларусь являются вид и максимальный размер наказания, предусмотренного законом за совершенное преступление, и квалификация последнего, то есть уголовно-правовая оценка содеянного.

³⁵ Фойницкий И.Я. Указ. соч. Т. II. С. 94; Викторский С.И. Указ. соч. С. 176.

³⁶ СУ 1917. № 4. Ст. 50.

Velinka Grozdanić*

NEKA PITANJA ŽENA U KAZNENIM DJELIMA SREDNJOVJEKOVNIH JADRANSKIH STATUTA NA PODRUČJIMA ISTOČNE JADRANSKE OBALE

(Some Issues Concerning Women in Criminal Offences of the Medieval
Adriatic Statutes in the East Adriatic Coastal Area)

Sažetak

U radu se razmatra tematika kaznenopravnog statusa žena u oglednim primjerima nekih statuta na području istočne jadranske obale. Pri tome se analiziraju odredbe kaznenomaterijalnog prava – kaznena djela i kazne ukupno sedamnaest statuta u kojima su žene, bilo kao počiniteljice ili žrtve kaznenih djela, posebno naglašene. Analiza normativnog sadržaja daje jasnu sliku kaznenopravnog statusa žena u periodu srednjeg vijeka na otocima i priobalju Jadrana.

Ključne riječi: žene – statuti – kazneno pravo

Summary

The author in this article addresses the issue of criminal legal statuses of women in some statutes which have been characteristic for the East Adriatic coast. Detailed analysis of the criminal substantial law – criminal offences and punishments from seventeen statutes all together, in which women were particularly emphasized as perpetrators or victims, has been given. The analysis of normative content shows a clear picture of criminal legal status of women on Adriatic islands and coastal area in the Middle Ages.

Key words: women – statutes – criminal law

1. Uvod

Statutarno pravo kao izraz partikularizma feudalnog društva obilježilo je pravni sustav jadranskih gradova u periodu od nekoliko stoljeća. Prvi pisani statuti kojima primorski gradovi autonomno reguliraju svoju unutrašnju organizaciju i društvene odnose javljaju se u 13. stoljeću. Ovaj pomak od usmenog, običajnog prava

* Redovita profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci/Full professor, Faculty of Law, University of Rijeka.

(consuetudo) prema pisanju statuta i kodifikaciji ostvaruju samo najrazvijenije društvene zajednice, s najvećim opsegom zasebnosti.¹ Mnogi gradovi na jadranskoj obali imali su svoje statute, odnosno svoje kodifikacije starog običajnog prava. U većini slučajeva to je bio samo djelomičan prijelaz s običajnog na pisano pravo i propisan je bio samo onaj dio običajnog prava koji je po nekim određenim mjerilima i trenutačnim ocjenama kodifikatora trebao u tom trenutku biti kodificiran.² Stoga statuti nisu regulirali niti jedno područje života u potpunosti, već su sadržavali norme starog običajnog prava koje su nastojali sačuvati, zatim odredbe kojima su se mijenjali dotadašnji običaji, ili potpuno nove odredbe, a kao izraz potrebe za rješavanjem novih slučajeva.³ Iako, dakle, nisu bili cjeloviti, jadranski statuti reguliraju gotovo sve pravno relevantne društvene odnose, osim onih koji su bili prepušteni regulaciji običajnog prava.

Bez obzira na sve razlike u statutima dalmatinskih gradova Bizantske Dalmacije, u statutima hrvatskih kraljevskih gradova u Dalmaciji i Slavoniji, ili statutima istarskih gradova, uvijek se radilo o nastojanjima da se osigura autonomna municipalna uprava, te gradska samouprava i autonomija, koja je u pravilu obuhvaćala i autodikciju, samostalnu sudbenost, pravo da građani, držeći se propisa koje su sami donijeli, vrše u gradu tu sudbenost, pa su svi ti statuti sadržavali i propise o kaznenim djelima i kažnjavanju.⁴ Što više, u mnogim statutima upravo su kaznene odredbe najbrojnije pa se može govoriti o značajnoj ulozi kaznenog prava u tadašnjoj regulativi koje je tada, kao i danas, bila u funkciji očuvanja reda i mira

¹ Raukar, T.: Hrvatsko srednjovjekovlje, Zagreb, 1997., str. 193.

² Milović, Đ.: Sjeverno-kvarnerski statuti i neka pitanja krivičnog prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 3/1982., str. 15.

³ Tako se npr. u preambuli Treće knjige reformacija otoka Brača navodi " ...vidjevši da se iz dana u dan rađaju mnogi sporovi u kojima ne postoji odredba niti statutarna odluka, a htijući to regulirati da bi se ubuduće ti slučajevi mogli propisno i uredno presuditi za opće dobro i na korist svih koji stanuju na otoku Braču ...", v. u Cvitanić, A.: Srednjovjekovni statut Bračke komune iz godine 1305., Brački zbornik, br. 7/1968, str. 190.; Mošćenički zakon iz 1637. g. u svojim uvodnim odredbama navodi: "I zato za mirnije živet kmeti z gospodum, i gospoda z kmeti vaveki, oće bit zapisano sve ovde zdola pravo i verno, kako se je overševalo.", v. u Margetić, L.: Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru, Knjiga prva, Mošćenički zakoni i statuti, Rijeka, 2006., str. 37.; Potpuno jasan cilj kodifikacije nalazimo u preambuli Vinodolskog zakona iz 1288. g.: ".izabraše od svakog grada vinodolskog ... one za koje su znali da se bolje sjećaju zakona svojih otaca i onih o kojima su slušali od svojih djedova te im narediše i naložiše zapovjednim načinom da sve dobre stare prokušane zakone vinodolske zapišu, kojih bi se mogli sjetiti ... tako da bi se od sada unaprijed mogle izbjeći zablude u tim stvarima te da njihova djeca ubuduće ne dvoume o tim zakonima.", v. u Margetić, L.: Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru, Knjiga treća, Grobnik, Bakar, Hreljin, Grižane, Bribir, Vinodol, Rijeka, 2007., str. 223.

⁴ Bačić, F.: Opći pogled na srednjovjekovno krivično pravo (XI-XIV. vijek), Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, br. 5/1988., str. 695-696.

u nekoj zajednici i kažnjavanju onih koji su ih svojim ponašanjem narušavali. U tim odredbama zrcalila se slika srednjovjekovnog kaznenog prava, a kroz nju i slika društvenih, ekonomskih, političkih i kulturnih prilika tog vremenskog perioda. Tako se kao najčešće karakteristike srednjovjekovnog kaznenog prava naglašavaju: zakonska neodređenost kaznenih djela i kazni (neodređeni, kazuistični zakonski opisi), široka primjena analogije, sudska arbitrarnost (osobito kod odmjeravanja kazne po tzv. "razumnoj prosudbi"), okrutne i stroge kazne (smrtna kazna i tjelesna kažnjavanja, ali i razne "kazne sramote"), nejednakost u kažnjavanju obzirom na pripadnost staleškoj grupi bilo počinitelja bilo žrtve kaznenog djela itd.⁵

Iako je u odredbama jadranskih statuta nejednakost obzirom na stalešku pripadnost očigledna, mnogo suptilnija je nejednakosti s obzirom na rodnu pripadnost. Naime, unatoč tome što se većina statutarnih odredbi materijalnog kaznenog prava na jednak način odnosi i na žene i na muškarce, ipak postoje pojedine odredbe statuta koje polaze od posebnosti rodnih karakteristika precizno naglašavajući razliku u kaznenopravnom statusu muških i ženskih članova zajednice. I upravo su te odredbe jadranskih statuta predmet daljnjeg istraživanja u ovom radu. Istraživanje se ograničilo na određeni broj važnijih statuta, koji su omogućili donošenje razmjerno pouzdanih zaključaka. Potpunije analize zahtijevale bi monografsku obradu tematike. Riječ je o slijedećim statutima: Korčulanski iz 1214. i 1265., Vinodolski iz 1288., Brački iz 1305., Splitski iz 1312., Trogirski iz 1322., Rapski iz 1326., Hvarski iz 1333., Krčki/Vrbanski iz 1388., Senjski iz 1388., Kastavski iz 1400., Buzetski iz 1435., Poljički iz 1440., Balski iz 1477., Veprinački iz 1507., Riječki iz 1530., Mošćenički iz 1637. i Trsatski iz 1640. godine.

2. Kaznenopravni status žena

Uranjati u kaznenopravne sadržaje srednjovjekovnih jadranskih statuta jedan je od načina da se tek približimo spoznajama o pravnom statusu žena toga doba. Naime, niti jedna analiza normativnih sadržaja sama po sebi ne može dati uvid u pravni, a osobito ne u stvarni položaj žena u kaznenom pravu. Za to bi bilo potrebno mnogo više. Izučavanje prakse postupanja u pojedinačnim slučajevima i osobito politike kažnjavanja mnogo bi nas više približilo cilju. Ipak, i sama pravna analiza ima svoje značenje jer su pravna pravila uvijek jasna poruka zakonodavca o pravnom statusu pojedinih kategorija osoba i upravo se kroz njih vjerno iskazuje vrijednosni sustav

⁵ Više o kaznenom pravu srednjeg vijeka v. Margetić, L. i dr.: Hrvatska pravna povijest u europskom kontekstu, Zagreb, 2006., str. 87.; Maurach, R., Zipf, H.: Strafrecht – Allgemeiner Teil, Heidelberg, 1992., str. 47.; Novoselec, P.: Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2007., str. 33.-35.; Horvatić, Ž.: Povijest hrvatskog materijalnog kaznenog prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4, br. 2/1997., str. 753.-808.

određene zajednice, ali i odnosi moći kroz represivne mehanizme. Veći problem u ovoj pravnoj analizi proizlazi iz činjenice da je u statutima sadržan tek dio kaznenopravnih odredbi. Običajno pravo u tom periodu igra važnu ulogu i niz kaznenopravnih sadržaja još uvijek pripada regulativi običajnog prava.⁶ Stoga ne preostaje drugo već sve nepoznanice, nejasnoće, nedorečenosti pokušati nadomjestiti, koliko je to moguće, logičnim razmišljanjem i zaključivanjem, a ako se i ta metoda pokaže nedostatnom, uvijek se može posegnuti za neznanstvenom metodom intuitivnog pristupa.⁷

Kaznenopravni status žena u kaznenim djelima statuta s područja istočne jadranske obale može se promatrati na dva načina: izučavanjem odredbi u kojima se žene pojavljuju kao počiniteljice kaznenih djela i odredbi u kojim su žene žrtve kaznenih djela.

2.1. Žene kao počiniteljice kaznenih djela

Žene su mogle biti počiniteljice gotovo svih kaznenih djela, osim onih rijetkih koja su zbog prirode samih kaznenih djela mogli počiniti samo muškarci, kao npr. kazneno djelo silovanja ili otmice djevojke. Ipak, u odredbama nekih statuta, a kod pojedinih kaznenih djela uočavaju se razlike s obzirom na rodnu pripadnost i to najčešće u kažnjavanju. Pored toga neka kaznena djela su mogle počiniti samo žene. Stoga slijedi prikaz samo onih kaznenih djela kod kojih je žena kao počiniteljica posebno naglašena, odnosno kaznenih djela kod kojih je statutarno pravo zbog činjenice da su počinjena od strane žena predvidjelo posebne pravne konsekvence:

2.1.1. Kazneno djelo ubojstva

Kazneno djelo ubojstva oduvijek je smatrano najtežim kaznenim djelom. Stoga ne iznenađuje da su statuti za ovo kazneno djelo predviđali i najtežu, smrtnu kaznu. Međutim, u nekim se statutima pravila razlika u načinu izvršenja smrtne kazne ovisno o tome tko je počinitelj kaznenog djela. Pa tako npr. Statut bračke komune u III knjizi, glavi XXVII za počinitelje kaznenog djela ubojstva predviđa slijedeće načine izvršenja smrtne kazne: vješanje za pučanina, spaljivanje za ženu, a sječenje glave za plemića.⁸ Identično rješenje nalazimo i u odredbama Hvarskog statuta.⁹ U

⁶ Tako npr. Mošćenički statut iz 1637.g. ne sadrži odredbe o osnovnim kaznenim djelima kao što su ubojstvo, krađa, silovanje itd. Isto tako ne pronalazi se odredba o kaznenom djelu ubojstva u Krčkom (Vrbanskom) statutu iz 1388. godine, ili o kaznenom djelu silovanja u Veprinačkom zakonu iz 1507., što ne znači da su takva ponašanja ostala nekažnjena. Kažnjavala su se prema općeprihvaćenom i u zajednici održavanom običajnom pravu.

⁷ Sličan savjet nalazimo kod Goldsteina, I.: Hrvatski rani srednji vijek, Zagreb, 1995., str. 11.: "Kako su počeci i srednjovjekovne europske civilizacije i svih europskih naroda tamni, nejasni, tako svaki istraživač, pa i njegov čitatelj, može često uživati u izgradnji hipotetskih konstrukcija koje zamjenjuju izgubljene izvore".

⁸ Cvitanić, A., op. cit. u bilj. 3., str. 119.

⁹ Prve tri knjige Hvarskog statuta vrlo su slične po svom sadržaju prvim trima knjigama Bračkog jer su hrvatski plemići sastavljajući Statut 1331. godine jednostavno upotrijebili već redigirani

ovim odredbama uočljiva je ne samo staleška (odsijecanje glave smatralo se časnom, a vješanje sramotnom smrću), već i rodna razlika između počinitelja kaznenih djela. Sličnu odredbu s jasnim rodnim razlikama kod načina izvršenja smrtne kazne za kazneno djelo ubojstva nalazimo i u Statutu grada Bala: "Statuiramo i zapovijedamo da se svakome koji bi ubio neku osobu, ako živi u Balama ili njihovu distriktu i može ga se uhvatiti, odmah mu se glava siječe i potpuno odvaja od vrata, tako da bude odvojena od ramena. Ako je riječ o ženi neka bude spaljena" (glava 7. – O ubojstvima).¹⁰ Sve su se smrtne kazne provodile javno, djelujući kao ritual koji može potaknuti kolektivne katarzične procese i kao opomena koja ostavlja trajni trag u duši pojedinca koji im je prisustvovao.¹¹

Spaljivanje jedan je od najčešćih načina izvršenja smrtne kazne za žene. Što više može se reći da je spaljivanje kao kazna rezervirana isključivo za žene. Kod muškaraca spaljivanje nalazimo sasvim izuzetno i to kada se oni javljaju kao počinitelji kaznenih djela koji se inače smatraju ženskim djelima kao npr. čarobnjaštvo.¹² Iako ni do današnjih dana nisu pronađeni humani načini izvršenja smrtne kazne, nema sumnje da je spaljivanje jedan od najtežih jer izaziva užasne muke i patnje. U kontekstu srednjovjekovne filozofije i religije spaljivanje je simbolički određivalo put u pakao, a suštinski značilo totalno i nepovratno uništavanje osobe i to ne samo njezina tijela već i duše.

U okviru kaznenog djela ubojstva može se spomenuti i kazneno djelo čedomorstva koje po prirodi stvari može počiniti samo žena i to majka ubijenog djeteta. Ovo djelo nalazimo u Trsatskom statutu koji je predvidio razlikovanje hotimičnog od nehottičnog čedomorstva. Za hotimično (namjerno) ubojstvo predviđena je smrtna kazna, čak i za osobu (muškarca ili ženu) "ki bi je naputil".¹³ U drugom slučaju kada bi majka smrt djeteta izazvala svojim nemarom i nepažnjom bila je predviđena visoka novčana kazna u iznosu od 50 libara koja se dijelila popola sudu i crkvi. Kazneno djelo čedomorstva nalazimo i u Poljičkom statutu u kojem je za čedomorku predviđena smrtna kazna spaljivanjem, a novčana kazna od 25 libara za svaku osobu (mušku ili žensku) koja čedomorku zatekne, ali je ne uhvati.¹⁴ Iako se s današnje pozicije čedomorstva kao privilegiranog ubojstva ove kazne mogu smatrati drastičnima, one se dobro uklapaju u kažnjavanje čedomorki u srednjem vijeku u

Brački statut iz 1305. godine. V. Hvarski statut, Split, 1991., str. 6.

¹⁰ Margetić, L.: Statut grada Bala, Rijeka, 2007., str. 114.

¹¹ Lonza, N.: Pod plaštem pravde, Dubrovnik, 1997., str. 142.

¹² Tako npr. Rapski statut u gl. 51. O travarima spaljivanje vatrom predviđa "ako neka osoba bilo muška ili ženska pripremi škodljive stvari drugoj osobi i to se dokaže. Margetić, L., Strčić, P.: Statut rapske komune iz 14. stoljeća, Rab/Rijeka, 2004., str. 205.

¹³ Margetić, L.: Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru, Knjiga druga, Veprinac, Kastav, Trsat, 2007., str. 186.-187.

¹⁴ Pera, M.: Poljički statut, Split, 1988., str. 489.

europskim državama jer se gotovo uvijek radilo o smrtnoj kazni s vrlo okrutnim načinom izvršenja – zakopavanje, nabijanje na kolac, davljenje u vodi itd.¹⁵

2.1.2. Kazneno djelo trovanja

U većini jadranskih statuta kazneno djelo trovanja pod vrlo različitim nazivima (npr. o travarima, o trovanju, o ženskom trovanju, o vješticama i čarobnicama, o čarolijama, o trovanju i čarolijama) bilo je predviđeno kao samostalno kazneno djelo. Radilo se o vrlo teškom zločinu, u skladu s vjerovanjima o nekoj tajanstvenoj moći onih koji se bave liječenjem travama. Zapravo, opasnost kaznenog djela trovanja proizlazila je iz njegovog izričitog ili prešutnog povezivanja s vraćanjem i prizivanjem u pomoć misterioznih i nečastivih sila.¹⁶ Drugim riječima, sama pomisao da otrov ima skriveno djelovanje i da škodi tijelu na nepoznati način i u starim znanstvenim medicinskim knjigama podržava predodžbu o demonima i magiji.¹⁷ Stoga ne iznenađuje da je za kazneno djelo trovanja bila uglavnom predviđena najteža moguća kazna – spaljivanje na lomači. Iako spaljivanje uvijek znači potpuno uništenje osobe, kod ovih kaznenih djela ne može se ne uočiti prisutnost još jednog simboličkog značenja vatre – njezine moći pročišćavanja kroz toplinu i svjetlost koju daje te na taj način uništavanja i zlih demona, čime se štutila zajednica od loših utjecaja ne samo spaljene osobe, već i duhova koji su je opsjedali.

Dabi se razumio taj prijelaz od liječenja travama kao pozitivne aktivnosti do trovanja kao izrazito teškog kaznenog djela treba imati u vidu opće prihvaćeno vjerovanje u realnost čarobnjačkih pojava tog doba, uz činjenicu ne postojanja kriterija po kojem bi se čarobnjačko liječenje moglo odvojiti od čarobnjačkog nanošenja štete.¹⁸ Stoga su ljudi za nevolje koje su ih snalazile, a za koje nisu imali racionalno objašnjenje (elementarne nepogode, smrt ili bolest u obitelji, pomor stoke itd.) okrivljavali one za koje su smatrali da imaju tajanstvene moći i da se bave čarobnjaštvom. Budući je postojalo opće uvjerenje da se žene, a ne muškarci bave liječenjem travama i to zbog prirodne podjela rada po kojoj je njega bolesnika povjeravana ženama ovo kazneno djelo pripisivalo se uglavnom ženama.¹⁹ Pored toga treba primijetiti da se žene

¹⁵ Više o povijesti čedomorstva v. Wachtershauser, W.: *Das Verbrechen des Kindsmords im Zeitalter der Aufklärung in der Reihe "Quellen und Forschungen zur Strafrechtsgeschichte"*, Bd. 3., Berlin, 1973.

¹⁶ Margetić, L.: *Istra i Kvarner*, izbor studija, Rijeka, 1996., str. 261.

¹⁷ Beier, B.: *Der nicht natürliche Tod und andere rechtsmedizinische Sachverhalte in den deutschen Volksmärchen unter besonderer Berücksichtigung der Kinder und Hausmärchen der Brüder Grimm* <<http://edoc.hu-berlin.de/dissertationen/medizin/beier-barbara/HTML/beier.html>>, posljednji put posjećeno 1. prosinca 2007.

¹⁸ O vjerovanjima u liječenje i vraćanje v. Ređep, J.: *Moć vradžbine*, u *Zbornik radova – Statut grada i otoka Korčule iz 1214. godine* (ur. Šeparović, Z.), Zagreb/Samobor, 1989., str. 237-249.

¹⁹ O procesima protiv čarobnjaka u Hrvatskoj v. Bayer, V.: *Ugovor s đavolom*, Zagreb, 1982., str. 215. i dalje.

smatralo fizički slabijima i psihički inferiornima muškarcima te stoga podmuklima, zavidnima, ljubomornima itd. i kao takvima sklonima upotrijebiti otrov.²⁰ Zato ne čudi da neki statuti predviđaju kao počinitelje ovog kaznenog djela samo žene. Tako npr. Krčki statut u glavi o ženskom trovanju propisuje "...ako bi neke žene prijetile otrovima, neka se stave u klade; ako bi se utvrdilo da je doista riječ o otrovima neka se stavi na mučenje. Ako na mukama prizna, neka bude spaljena."²¹ Kažnjavanje samo žena nalazimo također i u Trsatskom statutu: "ako bi se našla čarница ter bi imela s vragom dela, da ima biti važgana."²² Istovjetan stav da samo žene mogu biti vještice, čarobnice i vračare nalazimo u Poljičkom statutu uz propisivanje kazne bičevanja "kada se prva nađe", a spaljivanje se predviđa samo za onu "vješticu ili čarobnicu ili vračaru koja se nađe više puta."²³

Humaniji stav prema trovateljicama nalazimo u Vinodolskom statutu koji za vračarice predviđa novčanu kaznu od 100 libara, a spaljivanje tek za one koje tu kaznu ne mogu platiti.²⁴ Kako se radi o vrlo visokoj novčanoj kazni postavlja se pitanje – nije li ovo naizgled daleko povoljnije rješenje za žene zapravo licemjerno s obzirom na poznatu činjenicu da žene uglavnom nisu imale vlastitih prihoda, odnosno ako su ih i imale sasvim sigurno nisu raspolagale značajnijim iznosima.²⁵ Ipak, Vinodolski zakon u ovoj odredbi izjednačava položaj žena i muškaraca jer već u slijedećoj rečenici predviđa istu kaznu za "muškarca kojeg bi se pronašlo u istom zločinu."²⁶ Kažnjavanje i žena i muškaraca za trovanje nalazimo i u Statutu grada Bala s time da je za muškarca predviđena smrt vješanjem, a za ženu spaljivanje.²⁷

Jednako kažnjavanje i žena i muškaraca za kazneno djelo pod nazivom "O čarolijama" nalazimo i u Statutu grada Splita kroz formulaciju "da se nijedna osoba ne drzne baviti čarobnjaštvom ili vračanjem niti kome pomagati pri tome. A ako bi tko suprotno postupio, neka se ognjem sažeže, tako da umre, pa ako nema muške (ni ženske) djece kao nasljednike, neka sva njegova dobra pripadnu splitskoj komuni."²⁸ Iako su ovom odredbom pravno izjednačene žene i muškarci kao počinitelji ovog kaznenog djela, rodna neravnopravnost ogleda se u nastavku odredbe po kojoj

²⁰ Mišljenje o fizičkoj, biološkoj i psihološkoj inferiornosti žena nalazimo kod brojnih autora u okviru tradicionalne kriminologije koji su se upuštali u istraživanje etiologije kriminaliteta žena. Više o tome u Heidensohn, F.: *Women and Crime*, London, 1996., str. 111-121.

²¹ Margetić, L., Strčić, P.: *Krčki (Vrbanski) statut iz 1388. godine*, Krk, 1988., str. 109.

²² Margetić, L., op. cit. u bilj. 13., str. 187.

²³ Pera, M., op. cit. u bilj. 14., str. 513.

²⁴ Margetić, L., op. cit. u bilj. 3., str. 249.

²⁵ O položaju i ulozi žene u obitelji i društvu srednjeg vijka v. Janeković-Römer, Z.: *Rod i grad*, Dubrovnik, 1994.

²⁶ Margetić, L., op. cit. u bilj. 3., str. 249.

²⁷ Margetić, L., op. cit. u bilj. 10., str. 115.

²⁸ Cvitanić, A.: *Statut grada Splita*, Split, 1998., str. 681.

muškim potomcima počinitelja ostaje sva imovina, a ako “pak ima ženske djece, polovica (njegovih) dobara neka pripadne njegovoj ženskoj djeci, a druga polovica komuni (Gl. LXXXVII).

U vremenskom periodu koje u okviru kaznenog prava ne pozna načelo zakonitosti ne iznenađuju odredbe nekih jadranskih statuta po kojima su “gospodin knez i njegovi suci ovlašteni odrediti kaznu koja im bude izgledala pogodnom, svakoj osobi koja bi spravljala napitak od trave”.²⁹ I ovdje se radi o kažnjavanju već i samog pravljenja napitka od trave, a ne izvršenog trovanja kao potvrda da se i samo bavljenje pravljenjem napitka vezivalo uz neke čarolije ili vraćanje. Što se tiče arbitrarnog kažnjavanja od strane kneza i sudaca čini se realnim pretpostaviti da se kažnjavalo okrutno jer su susjedna mjesta (Split, Trogir, Poljice) za ovo kazneno djelo predviđala spaljivanje.

U nekim jadranskim statutima postoje mnogo sadržajnije odredbe o kaznenom djelu trovanja koje propisuju različito kažnjavanje ovisno da li se radi o pripremnim radnjama (samo spravljanje otrovnog napitka) ili o izvršenom djelu, pa čak prave razliku vezanu uz motivaciju ovog kaznenog djela, i pri tome u potpunosti izjednačavaju muške i ženske počinitelje trovanja. Primjera radi navodi se odredba O trovanju i čarolijama Riječkog statuta: “Naređujemo, neka se ne usudi nijedna osoba praviti čaroliju ili otrovni napitak u svrhu, da nekoga ubije ili učini kljastim, i ako se koja osoba zateče, da radi protivno i ako je došlo do izvršenja djela t.j. ako navedeni od takve čarolije ili otrovnog napitka ostane mrtav ili poludi i izgubi pamet ili neko udo, tada neka se ovakav zločinac – bio on muškarac ili žena – spali na lomači. Ako pak navedene čarolije čini ili daje činiti u ljubavne svrhe, neka se kazni po ocjenu riječke vlade. Ako pak ne dođe do nekog izvršenja djela, tada neka se krivac, a tako i onaj, koji je odredio da se to učini, kazni svaki s 25 libara. I u svim navedenim slučajevima, izuzevši slučaja spaljivanja, ako (presuđeni) ne bi imao odakle platiti, neka se šiba i neka se zauvijek izgna iz grada Rijeke.”³⁰

2.1.3. Kazneno djelo preljuba

Brojni jadranski statuti predviđaju kazneno djelo preljuba i upravo u regulativi ovog kaznenog djela dolaze u velikoj mjeri do izražaja rodne razlike. Obzirom na predviđene kazne radi se o teškom kaznenom djelu, a kao izraz zahtjeva crkve za vjernošću muža i žene. Iako je ovaj zahtjev vrijedio jednako za oba spola, pravni položaj preljubnica bio je daleko teži od pravnog položaja preljubnika. Što više postoje statuti

²⁹ V. npr. Hvarski statut iz 1331. godine, gl. X. u Hvarski statut, op. cit. u bilj. 9., str. 128. ili Brački statut iz 1305. godine, gl.VIII., u Cvitanić, A., op. cit. u bilj. 3., str. 115.

³⁰ Herkov, Z.: Statut grada Rijeke iz godine 1530., Zagreb, 1948., str. 288. Sadržajnije odredbe o kaznenom djelu trovanja nalazimo i u Statutu grada Dubrovnika iz 1272. i Korčulanskom statutu iz 1214. godine.

koji kažnjavanje predviđaju samo za preljubnice. Tako npr. Buzetski statut u poglavlju LXXXVII "O ženi zatočenoj u preljubu" predviđa gubitak cjelokupne njezine imovine, odnosno "...da dobra te žene pripadnu njezinom mužu, kojem je nanesena sramota i uvreda..."³¹ Lišenje svih dobara za preljubnicu predviđa i Rapski statut u glavi 12. "O ženi utvrđenoj za preljubnicu za života ili poslije smrti svoga muža" uz dodatnu kaznu istjerivanja iz muževog doma poslije njegove smrti.³² Sličnu reakciju na preljubničko ponašanje i to samo žena – gubitak cjelokupnog miraza uz istjerivanje i to ne samo iz muževljevog doma, već i iz grada nalazimo u Statutu garda Splita. U istom statutu, u istoj odredbi i to u njezinom prvom dijelu pod nazivom "O oženjenom čovjeku koji drži ljubavnicu" jasno dolazi do izražaja toleriranje nevjere i izvanbračne veze kada su muškarci u pitanju. Naime, za oženjenog muškarca nije predviđena nikakva kazna, a "priležnica, ljubavnica ili suložnica neka se kazni sa 10 libara i neka se posve istjera iz grada Splita ...i neka joj bude zabranjeno da se ikada više vrati u sam grad"³³ Najdetajniju regulativu kaznenog djela preljuba, odnosno u širem značenju "grijeha spolnog općenja" (kojim nisu obuhvaćeni samo supružnici kao kod preljuba, već sve osobe koje spolno opće izvan braka), nalazimo u Statutu grada Bala.³⁴ Ovaj statut sadrži čak šest odredbi u kojima razlikuje preljub žene koja ima djecu, žene koja nema djecu, žene koja ima muža, preljub neudate služavke, preljub žene koja ima oca ili majku, a nema muža i preljub muškarca. U svim slučajevima ženu se kažnjava gubitkom njezine cjelokupne pokretne i nepokretne imovine s time da se ženu koja ima djecu još i bičuje, ali isto tako i ženu koja ima roditelje, ukoliko oni to zatraže i, naravno, služavku ukoliko bičevanja zatraže njezin gospodar ili njezina gospodarica. Ukoliko "griješ spolnog općenja s nekom ženom" počini muškarac predviđeno je alternativno kažnjavanje – ili zatvor od 6 mjeseci ili novčana kazna u iznosu od 25 malih libara. Ovdje treba dodati i mogućnost oslobođenja od bilo kakvog kažnjavanja u slučaju da je bilo moguće među njima sklapanje braka.

Najstrožije kažnjavanje preljuba i to, što je iznenađenje, muškarca nalazimo u odredbi Mošćeničkog statuta koja predviđa u alternativni ili smrtnu kaznu ili konfiskaciju cjelokupne njegove imovine.³⁵ Istovremeno ovaj statut ne govori ništa o kažnjavanju preljubnica što se obzirom na ostale statute koji prije sveg kažnjavaju upravo žene, ne može tumačiti na način da je njihov preljub bio nekažnjiv. Očigledno je riječ o normi običajnog prava. Argument za ovu tvrdnju proizlazi iz činjenice da u Mošćeničkom statutu nisu regulirana niti neka druga kaznena djela kao

³¹ Zjačić, M.: Buzetski statut, Vjesnik historijskog arhiva u Rijeci, br. 10/1964.-1965., str. 176.

³² Margetić, L., Strčić, P., op. cit. u bilj. 12., str. 109.

³³ Cvitanić, A., op. cit. u bilj. 28., str. 637.

³⁴ Margetić, L., op. cit. u bilj. 10., str. 116.-118.

³⁵ Margetić, L., op. cit. u bilj. 3., str. 57.; Milović, Đ.: Kazneno pravo Mošćeničkog statuta iz 1637. godine, Mošćenički zbornik, god. 1., br. 1/2004., str. 62.

ubojstvo, krađa, silovanje, za koja nema nikakve sumnje da su se kao najopasnija ili najčešća sasvim sigurno kažnjavala prema običajnom pravu. Zapravo, možda bi se, imajući na umu razloge kodifikacije običaja, moglo zaključiti da su se preljubnice kažnjavale prema starom, običajnom pravu, a kažnjavanje muškaraca za preljub bilo je nekažnjivo sve do redakcije Mošćeničkog statuta 1648. g. kada se u statut i uvodi odredba o kažnjavanju preljubnika.

Kroz postojanje kaznenog djela preljuba i strogih kazni za preljubnike dolazi do izražaja značenje institucije braka u srednjem vijeku. Brak je bila vrlo stroga institucija koja je prije svega osiguravala reprodukciju društva, ali isto tako određivala položaj muškarca i žene. U ovoj prije svega funkcionalnoj zajednici temeljenoj ne materijalnim interesima koji su vodili računa o imovini i nasljedstvu nije smjelo biti sumnje u istinitost zakonskog nasljednika. Zapravo se smatralo da žene u braku i služe samo tome da daju legitimne nasljednike. To je razlog zašto se nevjera žena smatrala opasnijom od nevjere muškarca jer je mogla rezultirati podmetanjem tuđeg djeteta.³⁶ Pored toga ovim djelom se štitila i čast muža i njegov društveni ugled. Međutim, može se slobodno reći da se ujedno štitila i čast cijele obitelji (roditelja, djece, rodbine) jer se, kako je to vidljivo iz odredbi Statuta grada Bala, žena kažnjavala i kada nije imala muža, a imala je roditelje ili djecu.

Iz činjenice da se nisu kažnjavali samo supružnici za preljub, već i slobodni muškarci i slobodne žene za tzv. "grijech spolnog općenja" može se vidjeti veliki utjecaj stavova crkve koja je svaki spolni odnos izvan braka smatrala grijehom, pa čak i spolni odnos unutar braka ukoliko nije bio u funkciji reprodukcije.³⁷

Budući da se brak, u pravilu, nije zasnivao na emocijama i ljubavi, za pretpostaviti je da se potreba za ljubavlju realizirala izvan braka, što bi značilo da su se preljubi često događali, a za nadati se da se odredbe statuta ipak nisu u svojoj strogosti dosljedno primjenjivale.

2.1.4. Kazneno djelo krađe

Kazneno djelo krađe jedno je od najčešćih i najrazrađenijih kaznenih djela propisano u srednjovjekovnim jadranskim statutima kao očigledna potreba zaštite zajednice od takvih ponašanja. U pravilu kod kažnjavanja za krađu ne postoje ni klasne, niti rodne razlike, već vrijednost ukradene stvari određuje kaznu. Ipak, u Hvarskom, Dubrovačkom i Trogirskom statutu kažnjavanje se razlikuje ovisno je li počinitelj žena ili muškarac.

³⁶ Stoga ne iznenađuje da se kazneno djelo preljuba u nekim europskim kaznenim zakonima zadržalo sve do 19. stoljeća. Tako je npr. Kazneni zakon Austrije propisivao "da se ženska glava ima strožije kazniti, kad zarad učinjena preljubstva može nastati dvojba o zakonitosti budućeg poroda", Kazneni zakon o zločinstvima, prestupcima i prekršajima od 27. svibnja 1852. s naknadni zakoni i naredbama i sa svim važnijim rješenjima Vrhovnog suda u Beču, Zagreb, 1890.

³⁷ Brundage, J.: *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago, 1987., str. 92-93.

Tako Dubrovački statut za kradljivce i muškarce i žene predviđa novčano kažnjavanje u višestrukim iznosima od vrijednosti ukradene stvari ovisno o tome je li krađa počinjena prvi, drugi, treći ili četvrti put. Međutim ukoliko se kazna ne može platiti slijede tjelesne kazne koje opet ovise o vrijednosti ukradene stvari s time da se žene šiba, žigoše i u najtežem slučaju otkida im se nos i protjeruju se iz grada, a muškarce se za male vrijednosti krađe šiba i žigoše, zatim kod veće vrijednosti gube najprije jedno oko, pa desnu ruku, a za najveću vrijednost krađe gube oba oka.³⁸

U Statutu grada Hvara upravo se krađa kažnjavala najstrožom kaznom unutar imovinskih delikata. Tako je kradljivac bez obzira kojeg staleža ili spola bio morao platiti trostruku vrijednost ukradene stvari. Ukoliko takvu kaznu nije mogao platiti, muškarcu se izricala tjelesna kazna prema visini vrijednosti ukradene stvari s time što je za neznatnu vrijednost ukradene stvari sud mogao izreći kaznu po slobodnoj ocjeni. Za veće vrijednosti ukradene stvari bile su proporcionalno predviđene sve teže i teže tjelesne kazne kako se ta vrijednost povećavala, pa se tako osuđeni bičevao i žigosao, zatim gubio desno oko, pa desnu ruku i desno oko, pa gubitak oba oko i konačno desne ruke i vida. Međutim, ako je vrijednost ukradene stvari prelazila vrijednost od 50 malih libara, kradljivac se osuđivao na kaznu smrti vješanjem. Za žene su se tjelesne kazne, ukoliko nije mogla platiti novčanu kaznu, razlikovale od tjelesnih kazni za muškarce. I one su ovisile o vrijednosti ukradene stvari i slijedile su ovu gradaciju: najprije bičevanje i žigosanje, potom za veću vrijednost, gubitak desnog uha, pa gubitak nosa i desnog uha, zatim gubitak nosa s usnicom, te na kraju kao posljednja varijanta tjelesnog kažnjavanja istovremeno šibanje, žigosanje i gubitak nosa i usnice. Međutim, i kod kradljivica je za vrijednost ukradene stvari veće od 50 malih libara bila predviđena smrtna kazna koja se, kako su žene u pitanju, izvršavala na uobičajeni način – spaljivanjem. Stroge kazne Hvarskog statuta u funkciji zaštite imovine građana potvrđene su još jednom odredbom po kojoj svaka osobe koja je počinila kazneno djelo krađe u gradu, bez obzira na vrijednost ukradene stvari, ne smije biti kažnjena u novcu, već mora biti tjelesno kažnjena na ranije izneseni način.³⁹

Najstrože rješenje kažnjavanja za krađu nalazimo u Trogirskom statutu. Strogost kažnjavanja za krađu ogleda se u tome što su tjelesne kazne obvezne, a ne tek alternativna rješenja u slučajevima neplaćanja novčane kazne. Naime, ovaj statut kod ovog kaznenog djela ne predviđa novčano kažnjavanje u određenim iznosima, već nadoknadu ukradenog uz obvezatno tjelesno kažnjavane, i to kada su u pitanju žene šibanje, žigosanje ili odsijecanje nosa, a kod muškaraca ovisno o vrijednosti ukradene stvari najprije šibanje, pa šibanje i žigosanje, pa iskanpanje jednog oka i na

³⁸ Cvitanić, A.: Statut Grada Dubrovnika 1272., Dubrovnik, 1990., str. 175-176.

³⁹ Hvarski statut, op. cit. u bilj. 9., str. 138-140.

kraju iskapanje oba oka. Smrtna kazna vješanjem predviđena je za muškarce koji počine krađu koja premašuje vrijednost u iznosu od 25 libara. Kod žena počiniteljica ovog kaznenog djela smrtna kazna se izričito ne spominje, međutim kako postoji alternativa da “bude kažnjena još većom kaznom prema ocjeni i volji kneza uzimajući u obzir osobu i počinjenu krađu”,⁴⁰ može se s dosta vjerojatnoće pretpostaviti da bi ova odredba u praksi mogla značiti primjenu smrtne kazne spaljivanjem. Ova pretpostavka ima uporište u sličnosti, pa i identičnosti mnogih odredbi Hvarskog i Trogirskog statuta. Budući da je Trogirski stariji, nedvojbeno je da je Hvarski statut dobrim djelom prepisan od Trogirskog. Pa kako kasniji Hvarski izričito predviđa smrtnu kaznu spaljivanjem za kradljivice imovine velike vrijednosti, pretpostavka da je time samo preciznije propisao postojeće običajno pravo čini se prilično uvjerljivom. Pored toga, iz same odredbe slijedi uputa o većoj kazni od predviđene tjelesne kazne rezanja nosa, pa se i u tom kontekstu smrtna kazna čini logičnom.

Iako se za kazneno djelo krađe kod većine jadranskih statuta predviđalo jednako kažnjavanje i muških i ženskih počinitelja djela, navedene odredbe ova tri statuta ukazuju i na neke razlike među njima. Na prvi pogled, osobito kada su u pitanju odredbe Dubrovačkog statuta, može se zaključiti da su žene u nešto povoljnijem pravnom položaju jer su tjelesne kazne koje su za njih predviđene blaže od onih predviđenih za muškarce. Ipak, kako je tjelesno kažnjavanje u dva od navedena tri statuta predviđeno tek za slučajeve nemogućnosti plaćanja novčane kazne, uz dobro poznatu činjenicu o slabijem imovnom stanju žena u odnosu na muškarce, čini se realnim pretpostaviti da bolja pozicija žena na normativnom nivou u stvarnosti nije dolazila do izražaja.

2.1.5 Kazneno djelo uvrede

U malim srednjovjekovnim zajednicama priobalnih i otočnih gradova čast i ugled pojedinca bili su od velikog značaja. Zadržati čast osobnog i obiteljskog imena bilo je važno svima bez obzira na društveni ili imovinski status. Što više, može se pretpostaviti da je za žene pitanje njihova ugleda bilo od egzistencijalne važnosti budući je i sama njihova egzistencija ovisila o dobroj integriranosti u zajednici i to prije svega u obitelji. Stoga ne čudi da su brojni srednjovjekovni statuti u svojim kaznenopravnim odredbama predviđali i kazneno djelo uvrede. Tako je npr. Vinodolski zakon, ne praveći nikakvu rodnu razliku predvidio identično novčano kažnjavanje i za muškarca i ženu koji počine verbalnu uvredu (“reče nešto nepodobno ili izgovori psovku”) i to bez obzira da li se ta uvreda nanosi muškarcu ili ženi. Međutim, kada se radilo o realnoj, simboličnoj uvredi – zlonamjernom zbacivanju horvalice ili pokrivače s glave žene, pravila se velika razlike ovisno o tome je li počinitelj muškarac ili žena. Za muškarce je bila predviđena teža novčana kazna

⁴⁰ Statut grada Trogira, Split, 1988., str. 76-77.

u iznosu od 50 libara, a za žene dvije libre i dvije ovce.⁴¹ Teža kazna za muškarce može se objasniti pretpostavljenom motivacijom za činjenje ovog djela. Naime, kada muškarac na javnom mjestu zlonamjerno zbacuje pokrivalo s ženine glave time on pokazuje svoje mišljenje o moralu te žene. Kod žena počiniteljica pretpostavlja se da su motivirane nekom zlobom, zavišću, ljubomorom što je u odnosu na prvi slučaj, za čast i ugled napadnute žene imalo daleko manje posljedice.

Da se uvrede, kada ih žene čine ženi smatraju lakšim kaznenim djelom nego kada ih čine muškarci, vidimo i iz Statuta grada Trogira koji u odredbi O kažnjavanju zbog uvredljivih riječi, predviđa za žene upola manji iznos novčane kazne, od one predviđene za muškarce.⁴²

U nekim statutima navode se primjera radi sadržaji uvredljivih riječi. Iako se ovi sadržaji bitno razlikuju ovisno jesu li upućeni muškarcu ili ženi, u oba slučaja radi se najčešće o verbalnim napadima usmjerenim prije svega na seksualnu reputaciju žrtve. Tako npr. Statut grada Bala u odredbi pod nazivom "O nazivanju neke osobe rogonjom ili kradljivcem, a žene bludnicom" svoj niz bogatih atributa za muškarce započinje uvredom "rogonja", čime se neposredno umanjuje njegova spolna uloga, ali posredno se zapravo radi o vrijeđanju njegove žene. Najubičajeniji način vrijeđanja žene bio je nazvati je bludnicom čime se aludira na njezin promiskuitet, nevjeru, prostituciju itd.⁴³ U svim ovim slučajevima bila je predviđena novčana kazna i nije se pravila razlika je li počinitelj žena ili muškarac.

Teže kazne predviđene su u slučajevima kada žena na "zlu glasu" uvrijedi ženu "dobra glasa". Pri tome se može smatrati da je kriterij za razlikovanje žena na zlu glasu od žena na dobru glasu vezan uz njihovu moralnu i to prije svega seksualnu neporočnost, a naravno u skladu s mjerilima javnog morala tog vremena. Argument za ovu tvrdnju može se naći u Buzetskom statutu koji u XVI poglavlju pod nazivom "O nečasnim ženama koje nanesu uvredu ženama dobra glasa" izjednačuje ženu na zlu glasu s ženom uhvaćenom u preljubu, pa ako takva izrekne uvredu ženi dobra glasa plaća novčanu kaznu, a ako ne može platiti bičuje se i protjeruje iz bužetske tvrđave.⁴⁴

Iz navedenih kaznenih djela uvrede kod kojih žene nalazimo ponekad u ulozi počiniteljice, a ponekad žrtve, jasno je vidljiv zahtjev zajednice za njihovom neporočnošću, uzornošću, moralnošću. Obzirom da se od uvredljivih riječi vrlo

⁴¹ Margetić, L., op. cit. u bilj. 3., str. 235.

⁴² Statut grada Trogira, op. cit. u bilj. 40., str. 71.

⁴³ Margetić, L., op. cit. u bilj. 10., str. 122. Raznolikost i bogatstvo uvredljivih sadržaja, različitih za muškarce i žene nalazimo npr. i u Riječkom statutu čl. 24. O uvredama i pogrdama; u Buzetskom statutu – XV poglavlje O uvredama nanesenim drugoj osobi; U Rapskom statutu u gl. 53. O izrečenim uvredama itd.

⁴⁴ Zjačić, M., op. cit. u bilj. 31., str. 154.

teško obraniti, a da je uvreda značila vrlo ozbiljan atak na čast žene koja je mogla dovesti do za nju teških posljedica (npr. napuštanje od strane muža), nema nikakve sumnje da je ovaj naglašeni zahtjev za moralnom krijeposti žena, uz ostala društvena pravila i strogo podijeljene rodne uloge (vezanosti za kuću i djecu) ograničavao njihovu slobodu i bio u funkciji kontrole njihovog ponašanja.

2.2. Žene kao žrtve kaznenog djela

Iako u jadranskim statutima postoji više kaznenih djela kod kojih su isključivo žene žrtve, a što proizlazi bilo iz same prirode kaznenih djela (npr. kazneno djelo Silovanja, ili kazneno djelo Otmice djevojke), bilo iz potrebe za posebnom zaštitom nekih kategorija žena (npr. kazneno djelo Udaranje krčmarice, Udaranje prodavačice, Udaranje poštene žene, udovice, udane žene ili djevojke, koja prodaje vino u svojoj kući itd.) u nastavku slijedi detaljniji prikaz kaznenog djela silovanja budući da se kroz regulativu ovog kaznenog djela jasno uočava odnos društva prema ženi jer je riječ o deliktu koji u najvećoj mjeri traumatizira i ponižava ženu.

2.2.1. Kazneno djelo silovanja

U većini jadranskih srednjovjekovnih statuta mogu se naći prilično detaljne odredbe koje kažnjavaju ne samo dovršeno djelo, već i pokušaj silovanja. Obzirom na predviđene, uglavnom stroge kazne može se reći da se silovanje smatralo teškim i opasnim kaznenim djelom. Tako Senjski statut smrtnu kaznu kao najtežu sankciju propisuje samo za jedno kazneno djelo i to upravo za silovanje, odnosno “ako bi siloval divojku čistu ili ku poštenu ženu”.⁴⁵ Dakle, Senjski statut pružao je veliku kaznenopravnu zaštitu ženama od kaznenog djela silovanja, ali samo ako su bile djevice ili poštene žene, odnosno ako su bile seksualno neporočne. Smrtnu kaznu – odsijecanja glave za silovanje nalazimo i u Trsatskom statutu. Iako se u samom tekstu nigdje posebno ne spominje i ovdje je riječ samo o neporočnim ženama. Naime, Trsatski statut pod posebnim člankom regulira silovanje bludnica i za to kazneno djelo propisuje novčanu kaznu u iznosu od 50 libara.⁴⁶

I u brojnim drugim statutima jača kaznenopravna zaštita kroz propisivanje težeg kažnjavanja, pruža se neporočnim ženama. Dobar primjer gradacije težine kaznenog djela obzirom na dobru ili lošu reputaciju u društvu silovane žene nalazimo u odredbama Splitskog statuta. Pa tako najveća zaštita pripada djevicama, opaticama, udatim ženama i udovicama pod uvjetom da su na dobrom glasu i poštene jer je kazna za silovatelja novčana u visokom iznosu od 200 libara. Za silovanje ostalih žena koje isto tako žive pošteno, ali ne pripadaju niti jednoj od navedenih kategorija, propisana je novčana kazna u mnogo manjem iznosu od 50 libara. Međutim, kada

⁴⁵ Čulinović, F.: Statut grada Senja, Zagreb. 1940., str. 187.; Milović, Đ.: Kaznena prava šest sjevernojadranskih statuta, Rijeka 2005., str. 66.

⁴⁶ Margetić, L., op. cit. u bilj. 13., str. 186.

se radi o ženi na zlu glasu, tada se silovatelja kažnjava kaznom od 10 libara. I kao posljednja i najmanje zaštićena kategorija su javne bludnice, za čije silovanje treba platiti samo 100 solida.⁴⁷ Društveni ugled žene kao bitne odrednice u propisivanju različitog iznosa novčanog kažnjavanja, odnosno različitih tjelesnih kazni ako se novčani iznosi ne mogu platiti, nalazimo i u odredbama Rapskog statuta koji za silovanje djevice, udate žene ili udovice dobrog glasa predviđa globu u iznosu od 100 perpera, a ako nema odakle platiti “neka mu se iskopaju obje oči iz glave tako da nikad ne vidi”. “Ako pak netko silom spolno opći s nekom bludnicom – kako se ne pristoji da živi uz isti propis kao poštene i čiste žene – plaća 12 perpera Ako ne može platiti tu globu, neka mu se odreže desna šaka, tako da se odvoji od ruke”. Međutim ako se radi o silovanju bludnice koja javno drži javnu kuću, iznos globe je 6 perpera, a u slučaju neplaćanja predviđeno je bičevanje i žigosanje. Posebno je predviđeno kažnjavanje silovanja sluškinje, a po propisanoj kazni (12 perpera ili odsijecanje šake) uočava se veliki utjecaj staleške pripadnosti na moralno vrednovanje pripadnica pojedinih društvenih slojeva po kojem se sluškinja kroz kaznenopravnu zaštitu izjednačava s bludnicom.⁴⁸

Ovisnost težine kaznenog djela silovanja o staleškoj pripadnosti počinitelja ili žrtve nalazimo u odredbama Korčulanskog statuta. Tako se plemiću koji siluje udatu plemkinju “odmah bez praštanja odreže glava tako da baš umre”. Ista kazna sječenja glava slijedi mu ako siluje udatu seljanku. Međutim, ako siluje djevicu plemkinju slijedi novčana kazna u iznosu od 100 zlatnih dukata i šest mjeseci zatvora, a za djevojku seljanku upola manja novčana kazna od 50 dukata i upola manje vrijeme zatvaranja od tri mjeseca. A ako je počinitelj seljak, pa siluje plemkinju slijedi mu smrtna kazna vješanjem. Pored razlike u težini kaznenih djela obzirom na stalešku pripadnost, u navedenoj odredbi uočljiva je daleko jača zaštita udanih žena, bez obzira da li je riječ o udanim plemkinjama ili seljankama.⁴⁹ Nema nikakve sumnje da se kroz zaštitu udanih žena štitio i ugled njihovih muževa. Kasnije izmjene ovog statuta (1265. g.) ublažile su kazne za ovo kazneno djelo, ali je i dalje vrsta kazne ovisila o staleškoj pripadnosti počinitelja i žrtve. Tako ako se siluje žena jednaka po rodu predviđena je novčana kazna od 30 perpera ili, pod uvjetom da je žena slobodna, uzimanje za ženu. Međutim, ako seljak siluje ženu plemenitiju od sebe kažnjava se tjelesnom kaznom – odsijecanje noge i lijevog uha.⁵⁰

Mogućnost da se sklapanjem braka između počinitelja i žrtve, i to samo ako se radi o pripadnicima istih staleža, izbjegne kažnjavanje prisutna je u mnogim statutima.

⁴⁷ Cvitanić, A., op. cit. u bilj. 28., str. 637.

⁴⁸ Margetić, L., Strčić, P., op. cit. u bilj. 12., str. 213-215.

⁴⁹ Korčulanski statut: Statut Grada i otoka Korčule iz 1214. godine (ur. Šeparović, Z.), Zagreb/Korčula, 1987., str. 73.

⁵⁰ Korčulanski statut, ibidem str. 11.

Pri tome neki od njih ženidbu uvjetuju bilo pristankom djevojke (npr. Dubrovački statut, gl. VI. Silovanje žena), bilo pristankom i muškarca i žene (npr. Statut grada Bala, gl. 15. O silovanju neke djevice ili neke razdjevičene), ili pristankom oca i majke silovane djevojke (npr. Lastovski statut, gl. XV. O silovanoj ženi). Međutim, u većini ostalih statuta ne spominje se ničiji pristanak. Stoga se postavlja pitanje je li do vjenčanja između silovatelja i žrtve moglo doći i bez pristanka silovane djevojke? Pozitivan odgovor na ovo pitanje čini se prilično realnim. Naime, život žena u maloj srednjovjekovnoj zajednici, pored staleške pripadnosti u najvećoj je mjeri bio uvjetovan njezinim društvenim statusom i osobito ugledom koji je u svojoj sredini imala. Pri tome je, čini se, upravo bračni status bio najjači jamac ženinog poštenja i časti, a time i njezine sigurnosti i egzistencije u cjelini. Stoga su roditelji nastojali svoje kćerke što prije udati. Uloga oca, brata ili rođaka u udaji djevojaka nipošto nije bila samo formalne naravi. Oni su odlučivali za koga će djevojka poći i zaključivali brak u njezino ime.⁵¹ Volja djevojaka pri tome je bila potpuno nevažna. Što više svojevoljni brakovi, odnosno udaja bez pristanka roditelja, ili ženidba bez pristanka djevojčinih roditelja bila je u nekim sredinama zabranjena i kažnjavala se tako da je djevojka gubila čitavu svoju sadašnju i buduću imovinu koju bi od roditelja trebala dobiti, a mladić se kažnjavao novčanom kaznom u iznosu od 50 perpera, a ako nije mogao platiti slijedilo je njegovo zatvaranje na godinu dana.⁵² Budući, dakle, da u mnogim sredinama volja djevojaka nije bila važna ni kod sklapanja braka, može se pretpostaviti da je i do ženidbe žrtve s njezinim silovateljom moglo doći i bez njezinog pristanka. Pored toga, treba biti svjestan činjenice da silovana žena objektivno često i nije imala drugog izbora jer su joj šanse da sklopi brak s nekim drugim, upravo zbog silovanja bile gotovo nikakve.⁵³

Ovdje se može postaviti i pitanje je su li žene zloupotrebljavale ove odredbe na način da su lažnim prijavama za silovanje prisiljavale muškarce da ih ožene kako bi oni izbjegli tešku kaznu, ili možda čak bile i u dogovoru s njima kako bi se udavale po svojoj volji te na taj načini izbjegavale nametnute brakove? Na ovo pitanje se ne

⁵¹ Više o tome, Janeković – Römer, Z., op. cit. u bilj. 25., str. 65.

⁵² Glave LXXV. i LXXVI. Lastovskog statuta, Split, 1994., str. 243-244.

⁵³ I danas se u nekim državama Afrike i Azije kamenuju silovane žene i to od strane svoje najuže rodbine jer se smatra da su povrijedile čast i ugled obitelji. Upravo je ovih dana objavljen slučaj iz Saudijske Arabije u kojem je Apelacioni sud povodom žalbe odvjetnika žrtve silovanja, povišio izrečenu kaznu silovateljima, ali i kaznu udaraca bičem žrtvi s 90 udaraca na 200 i kumulativno kaznom zatvora od 6 mjeseci. Prema odluci suda djevojka je utjecala na medije da ocrnjaju počinitelje, a time i na porotu. Pred odvjetničkom komorom pokrenut je postupak oduzimanja odvjetničke dozvole odvjetniku koji je zastupao žrtvu. Zabranjeno mu je daljnje zastupanje žrtve. Više o ovome v. CNN News: Saudi court ups punishment for gang-rape victim, <<http://www.cnn.com/2007/WORLD/meast/11/17/saudi.rape.victim/>>, posljednji put posjećeno 3. prosinca 2007.

može argumentirano odgovoriti jer o tome nema nikakvih zapisa. Međutim, iako se takva mogućnost može činiti previše rizičnom, osobito u sredinama u kojima su statutarne odredbe predviđale podvrgavanje žene torturi (i to kako plemkinje, tako i seljanke), ako se smatralo da ne govori istinu, i njezino spaljivanje nakon priznanja da ne govori istinu (npr. Korčulanski statut 2. Knjiga, gl. 84.), ipak ne treba podcjenjivati ljudsku prirodu i posebice snagu očaja ili strasti kao afektivnih stanja koja bi se mogla naći u genezi lažnih prijavljivanja ovih kaznenih djela.

3. Zaključak

Oduvijek se smatralo da se kroz odredbe kaznenog prava kojima se određuju kaznena djela i kazne za počinitelje tih djela, odnosno kroz reakciju društva putem represivnih sankcija prema onim njezinim članovima koji svojim ponašanjima ugrožavaju temeljne vrijednosti tog društva, mogu sagledati sustavi vrijednosti, odnosi moći, a isto tako i dosegnuti stupanj u razvoju tolerancije, kulture i uopće civilizacije pojedine zajednice. Jadranski statuti koji su bili predmetom istraživanja u ovom radu pripadali su različitim sredinama, donošeni su u različitim vremenskim periodima i pod mnogobrojnim utjecajima različitih pravnih kultura proizašlih iz nestalnih i promjenljivih povijesnih okolnosti kojima su bili zahvaćeni jadranski otoci i priobalje. Ipak, i unatoč svim tim razlikama, u mnogim statutima postoje slične ili gotovo istovjetne odredbe. Ova sličnost dolazi do izražaja i kod statutarne odredbi koje određuju kaznenopravni status žena, i to kako njihov položaj kao počiniteljica tako i kao žrtvi kaznenog djela.

Tako gotovo svi statuti smrtnu kaznu nad ženama izvršavaju spaljivanjem, preljubnice kažnjavaju gubitkom cjelokupne imovine u korist muža, a negdje ih protjeruju iz muževljevog doma ili iz grada, novčane kazne za pojedina kaznena djela, za koje zbog visine iznosa nije realno očekivati da ih žene mogu platiti zamjenjuju tjelesnim kaznama kod kojih u načinu izvršenja dolazi do izražaja nanošenje sramote (stavljanje u klade, izlaganje na sramotnom stupu.). S druge strane velika kaznenopravna zaštita pripada neporočnim ženama, a to su prije svega udate žene dobra glasa, djevice i udovice dobra glasa. Iz toga se vidi da čast žene i osobito njezina seksualna neporočnost zauzimaju istaknuto mjesto u hijerarhiji sustava vrijednosti srednjovjekovnih zajednica.

Navedene i ostale ranije analizirane statutarne odredbe samo su pravni odgovor društva na ulogu koja se u skladu sa sustavom vrijednosti srednjovjekovnih primorskih gradova nametala ženama – vjerna supruga i majka, vezana uz muža, djecu i dom, poslušna kćerka djevice i udovica koja se u tuzi za suprugom odriče drugih partnera.

U društvenoj strukturi ženama je pripadao skućeni obiteljski prostor i ona je mogla sebe ostvarivati samo u okviru obitelji. Svako iskakanje iz ovih uloga predstavljalo

je prijetnju miru i redu u zajednici, a možda čak i opstojnosti malih primorskih zajednica u kojima je obitelj bila glavni oslonac, pa ga je trebalo sankcionirati. Kako žene ubojice, čedomorke, trovačice, preljubnice predstavljaju najveći otklon od očekivane društvene uloge za njih su predviđene i najteže kazne. I u tom djelu je poruka koja proizlazi iz normativnih sadržaja kaznenopravnih odredbi jadranskih statuta potpuno jasna i nedvojbena. Pri tome stvarni odnosi koji su u većoj ili manjoj mjeri mogli odstupati od navedene pravne regulative, a koji nisu bili predmetom ovog rada, sasvim sigurno ne mijenjaju sliku srednjovjekovne žene kao “čuvarice obitelji i garanta zakonitog potomstva” koja se najrepresivnijim instrumentom socijalne kontrole – kaznenim pravom nastojala ostvariti.

Vid Jakulin*

EUROPEAN UNION AND CRIMINAL LAW

(Europska unija i kazneno pravo)

Sažetak

Autor se bavi odabranim pravnim instrumentima EU koji su stvoreni sprječavanja prekograničnog kriminaliteta u EU. Autor predstavlja slijedeće prave instrumente EU: Odluku Vijeća o istrazi i progonu zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina, Okvirnu odluku Vijeća o minimalnim uvjetima za inkriminiranje kažnjivih djela u području nezakonitog prometa opojnim drogama, Odluku Europskog parlamenta i Vijeća o prevenciji uporabe financijskog sustava u svrhu pranja novca, uključujući financiranje terorizma; Okvirnu odluku Vijeća o suzbijanju trgovine ljudskim organima; Okvirnu odluku Vijeća o suzbijanju seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije.

Ključne riječi: prekogranični kriminalitet – genocide – zločin protiv čovječnosti – ratni zločin – nezakonit promet opojnim drogama – pranje novca – financiranje terorizma – trgovina ljudskim organima – seksualno iskorištavanje djece – dječja pornografija

Summary

The author deals with selected legal instruments of the EU which are aimed at preventing cross-border crime in the EU. The author presents the following legal instruments of the EU: Council Decision on the Investigation and Prosecution of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes, Council Framework Decision Laying Down Minimum Provisions on the Constituent Elements of Criminal Acts and Penalties in the Field of Illicit Drug Trafficking, Directive of the European Parliament and the Council on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering, Including Terrorist Financing; Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings; Council Framework Decision on Combating the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography.

Keywords: Cross-Border Crime – Genocide – Crimes against Humanity – War Crime – Illicit Drug Trafficking – Money Laundering – Terrorist Financing – Trafficking in Human Beings – Sexual Exploitation of Children – Child Pornography

* Redni profesor, Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani/ Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Ljubljani/Full professor, Faculty of Law, University of Ljubljana.

1. Introduction

The European Union is essentially a union (superstructure) of three European economic interest communities: the European Community for Coal and Steel, the European Community for Atomic Energy and the European Economic Community. From the very creation of the Union until entry into force of the Treaty Establishing a Constitution for Europe,¹ it has been indisputably the case that the Union is only responsible for regulating those fields for which member states transferred jurisdiction to it. The regulation of other fields was left to the exclusive jurisdiction of member states. Criminal law is such a field.

Should the Treaty Establishing a Constitution for Europe enter into force, the European Union would get the formal right to intervene in the field of criminal law. In accordance with the first paragraph of Article III-271 of the Treaty, the European Union could establish, with European framework laws, minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in areas of particularly serious crime with cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences, or from the special need to combat them on a common basis. These areas of crime are the following: terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime. On the basis of developments in crime, the Council may adopt a European decision identifying other areas of crime that meet the criteria specified in this paragraph. It shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament.

Although the European Union had no formal power to intervene in the field of criminal law, bodies of the Union have issued some statutory documents whereby they have also intervened in the field of criminal law. It occurred in the area relating to the protection of financial interests of the Communities and cross-border crime, because the nature and impact of such offences require them to be combated on a common basis.

Below I will present the documents of the European Union relating to genocide, crimes against humanity and war crimes, illicit drug trafficking, prevention of

¹ In accordance with the second paragraph of article IV – 446 the Treaty Establishing a Constitution for Europe should enter into force on 1. November 2006 if all the instruments of ratification would have been deposited or, failing that, on the first day of the second month following the deposit of the instrument of ratification by the last signatory State to take this step. With regard to well known interlacing in connection with the ratification of this treaty its destiny is very uncertain, and it is not possible to declare when it will enter into force, if at all. The National Assembly of the Republic of Slovenia has already ratified the Treaty Establishing a Constitution for Europe. The Treaty is published in the Official Journal of the Republic of Slovenia No 15/2005, International treaties No 1.

money laundering, trafficking in human beings and sexual exploitation of children and child pornography.

2. Investigation and Prosecution of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes

The Council of the European Union has adopted Decision 2003/335/JHA of 8 May 2003 on the investigation and prosecution of genocide, crimes against humanity and war crimes.² This Decision has a preamble and nine articles.

The Council made other finds in the preamble, among them that the Rome Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998, which has been ratified by all Member States of the European Union, affirms that the most serious crimes of concern to the international community as a whole, in particular genocide, crimes against humanity and war crimes, must not go unpunished, and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at national level and by enhancing international cooperation.

The Rome Statute recalls that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for such international crimes.

The Rome Statute emphasises that the International Criminal Court established under it is to be complementary to national criminal jurisdictions. Effective investigation and, as appropriate, prosecution of genocide, crimes against humanity and war crimes, should be ensured without interference with the jurisdiction of the International Criminal Court.

The competent authorities of the Member States are to ensure that, where they receive information that a person who has applied for a residence permit is suspected of having committed or participated in the commission of genocide, crimes against humanity or war crimes, the relevant acts may be investigated and, where justified, prosecuted in accordance with national law.

The successful outcome of effective investigation and prosecution of such crimes also requires close cooperation at trans-national level between authorities of the States which are Parties to the Rome Statute, including the Member States.

The aim of this Decision is to increase cooperation between national units in order to maximise the ability of law enforcement authorities in different Member States to cooperate effectively in the field of investigation and prosecution of persons who have committed or participated in the commission of genocide, crimes against humanity or war crimes as defined in Articles 6, 7 and 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998.

The second paragraph of article two binds Member States to take the necessary measures to ensure that the relevant national law enforcement and immigration

² Published in the Official Journal of the European Communities No L 118 of 14.5.2003.

authorities are able to exchange the information which they require in order to carry out their tasks effectively.

Article three regulates investigation and prosecution. Member States shall assist one another in investigating and prosecuting the crimes referred to in Article 1 in accordance with the relevant international agreements and national law.

Where, in connection with the processing of an application for a residence permit, the immigration authorities become aware of facts which give rise to a suspicion that the applicant has participated in the crimes referred to in Article 1, and where it emerges that the applicant has previously sought permission to reside in another Member State, the law enforcement authorities may apply to the competent law enforcement authorities in the latter Member State with a view to obtaining relevant information, including information from the immigration authorities.

Insofar as the law enforcement authorities in a Member State become aware that a person suspected of crimes as referred to in Article 1 is in another Member State, they shall inform the competent authorities in the latter Member State of their suspicions and the basis thereof. Such information shall be provided in accordance with the relevant international agreements and national law.

Article six binds Member States to comply with data protection legislation. Any kind of exchange of information or other kind of processing of personal data under this Decision shall take place in full compliance with the requirements flowing from the applicable international and domestic data protection legislation.

In accordance with article seven Member States shall take the necessary measures to comply with this Decision by 8 May 2005.

3. Illicit Drug Trafficking

The Council of the European Union has adopted Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 on laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking.³ This Framework Decision has a preamble and eleven articles.

There are some findings and stresses in the preamble which deserve particular attention. The Council of the European Union finds that illicit drug trafficking poses a threat to health, safety and the quality of life of citizens of the European Union, and to the legal economy, stability and security of the Member States.

It is necessary to adopt minimum rules relating to the constituent elements of the offences of illicit trafficking in drugs, and precursors which will allow a common approach at European Union level to the fight against such trafficking.

Penalties provided for by the Member States should be effective, proportionate and dissuasive, and include custodial sentences. To determine the level of penalties,

³ Published in the Official Journal of the European Communities No L 335 of 11.11.2004..

factual elements such as the quantities and the type of drugs trafficked, and whether the offence was committed within the framework of a criminal organisation, should be taken into account.

It is necessary to take measures to enable the confiscation of the proceeds of the offences referred to in this Framework Decision.

Measures should be taken to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences referred to by this Framework Decision which are committed for their benefit.

The first article of the Decision contains definitions of concepts. For the purposes of this Framework Decision:

1. “drugs”: shall mean any of the substances covered by the following United Nations Conventions: (a) the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs (as amended by the 1972 Protocol); (b) the 1971 Vienna Convention on Psychotropic Substances. It shall also include the substances subject to controls under Joint Action 97/396/JHA of 16 June 1997 concerning the information exchange risk assessment and the control of new synthetic drugs [4];
2. “precursors”: shall mean any substance scheduled in the Community legislation giving effect to the obligations deriving from Article 12 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 20 December 1988;
3. “legal person”: shall mean any legal entity having such status under the applicable national law, except for States or other public bodies acting in the exercise of their sovereign rights and for public international organisations.

Article two determines crimes linked to trafficking in drugs and precursors. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct, when committed without right, is punishable: (a) the production, manufacture, extraction, preparation, offering, offering for sale, distribution, sale, delivery on any terms whatsoever, brokerage, dispatch, dispatch in transit, transport, importation or exportation of drugs; (b) the cultivation of opium poppy, coca bush or cannabis plant; (c) the possession or purchase of drugs with a view to conducting one of the activities listed in (a); (d) the manufacture, transport or distribution of precursors, knowing that they are to be used in or for the illicit production or manufacture of drugs.

The conduct described in paragraph 1 shall not be included in the scope of this Framework Decision when it is committed by its perpetrators exclusively for their own personal consumption as defined by national law.

Article three regulates incitement, aiding and abetting and attempt. Each Member State shall take the necessary measures to make incitement to commit, aiding and abetting or attempting one of the offences referred to in Article 2 a criminal offence. A Member State may exempt from criminal liability the attempt to offer or prepare drugs referred to in Article 2(1)(a) and the attempt to possess drugs referred to in Article 2(1)(c).

Article four determines penalties and other sanctions. Each Member State shall take the measures necessary to ensure that the offences defined in Articles 2 and 3 are punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties.

Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the offences referred to in Article 2 are punishable by criminal penalties of a maximum of at least between one and three years of imprisonment.

Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the offences referred to in Article 2(1)(a), (b) and (c) are punishable by criminal penalties of a maximum of at least between 5 and 10 years of imprisonment in each of the following circumstances: (a) the offence involves large quantities of drugs; (b) the offence either involves those drugs which cause the most harm to health, or has resulted in significant damage to the health of a number of persons.

Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the offences referred to in paragraph 2 are punishable by criminal penalties of a maximum of at least 10 years of deprivation of liberty, where the offence was committed within the framework of a criminal organisation as defined in Joint Action 98/733/JHA of 21 December 1998 on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the Member States of the European Union [5].

Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the offences referred to in Article 2(1)(d) are punishable by criminal penalties of a maximum of at least between 5 and 10 years of deprivation of liberty, where the offence was committed within the framework of a criminal organisation as defined in Joint Action 98/733/JHA and the precursors are intended to be used in or for the production or manufacture of drugs under the circumstances referred to in paragraphs 2(a) or (b).

Without prejudice to the rights of victims and of other bona fide third parties, each Member State shall take the necessary measures to enable the confiscation of substances which are the object of offences referred to in Articles 2 and 3, instrumentalities used or intended to be used for these offences and proceeds from these offences or the confiscation of property, the value of which corresponds to that of such proceeds, substances or instrumentalities.

The terms “confiscation”, “instrumentalities”, “proceeds” and “property” shall have the same meaning as in Article 1 of the 1990 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime.

Article five regulates particular circumstances. Notwithstanding Article 4, each Member State may take the necessary measures to ensure that the penalties referred to in Article 4 may be reduced if the offender: (a) renounces criminal activity relating to trafficking in drugs and precursors, and (b) provides the administrative or judicial authorities with information which they would not otherwise have been able to obtain, helping them to: (i) prevent or mitigate the effects of the offence, (ii)

identify or bring to justice the other offenders, (iii) find evidence, or (iv) prevent further offences referred to in Articles 2 and 3.

Article six determines the liability of legal persons. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable for any of the criminal offences referred to in Articles 2 and 3 committed for their benefit by any person, acting either individually or as a member of an organisation of the legal person in question, who has a leading position within the organisation of the legal person, based on one of the following: (a) a power of representation of the legal person; (b) an authority to take decisions on behalf of the legal person; (c) an authority to exercise control over the legal person.

Apart from the cases provided for in paragraph 1, each Member State shall take the necessary measures to ensure that legal persons can be held liable where the lack of supervision or control by a person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of any of the offences referred to in Articles 2 and 3 for the benefit of that legal person by a person under his authority.

Liability of legal persons under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators or accessories in any of the offences referred to in Articles 2 and 3.

Article seven determines sanctions for legal persons and article eight determines jurisdiction and prosecution.

In accordance with the first paragraph of article nine, Member States shall take the necessary measures to comply with the provisions of this Framework Decision by 12 May 2006.

4. Money Laundering

Bodies of the European Union have until now issued three acts relating to the prevention of money laundering. The first act was the Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.⁴ This Directive was substantially amended by the Directive of European Parliament and the Council 2001/97/EC of 4 December 2001.⁵ The European Parliament and the Council adopted on 26 October 2005 the Directive 2005/60/EC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing which derogated the Directive 91/308/EEC.⁶ Below, I will present the contents of this Directive.

⁴ Published in the Official Journal of the European Communities No L 166 of 28.6.1991.

⁵ Published in the Official Journal of the European Communities No L 344 of 28.12.2001.

⁶ Published in the Official Journal of the European Communities No L 309 of 25.11.2005.

The Directive 2005/60/EC⁷ has extensive preamble and forty-seven articles. There are some findings and stresses in the preamble which deserve particular attention.

The European Parliament and the Council find that massive flows of dirty money can damage the stability and reputation of the financial sector and threaten the single market, and terrorism shakes the very foundations of our society. In addition to the criminal law approach, a preventive effort via the financial system can produce results.

The soundness, integrity and stability of credit and financial institutions and confidence in the financial system as a whole could be seriously jeopardised by the efforts of criminals and their associates either to disguise the origin of criminal proceeds or to channel lawful or unlawful money for terrorist purposes. In order to avoid Member States adopting measures to protect their financial systems which could be inconsistent with the functioning of the internal market and with the prescriptions of the rule of law and Community public policy Community action in this area is necessary.

In order to facilitate their criminal activities, money launderers and terrorist financiers could try to take advantage of the freedom of capital movements and the freedom to supply financial services which the integrated financial area entails, if certain coordinating measures are not adopted at Community level.

Money laundering and terrorist financing are frequently carried out in an international context. Measures adopted solely at national or even Community level, without taking account of international coordination and cooperation, would have very limited effects.

Although initially limited to drugs offences, there has been a trend in recent years towards a much wider definition of money laundering based on a broader range of predicate offences. A wider range of predicate offences facilitates the reporting of suspicious transactions and international cooperation in this area.

Furthermore, the misuse of the financial system to channel criminal or even clean money to terrorist purposes, poses a clear risk to the integrity, proper functioning, reputation and stability of the financial system. Accordingly, the preventive measures of this Directive should cover not only the manipulation of money derived from crime but also the collection of money or property for terrorist purposes.

The European Parliament and the Council stress that it should be recognised that the risk of money laundering and terrorist financing is not the same in every case. In line with a risk-based approach the principle should be introduced into Community legislation that simplified customer due diligence is allowed in appropriate cases.

This, however, should be without prejudice to the international obligations accepted by the Member States to freeze without delay funds or other assets of terrorists, terrorist organisations or those who finance terrorism, in accordance with the relevant United Nations Security Council resolutions.

⁷ Hereinafter referred to as Directive.

Money laundering and terrorist financing are international problems and the effort to combat them should be global. The importance of combatting money laundering and terrorist financing should lead Member States to lay down effective, proportionate and dissuasive penalties in national law for failure to respect the national provisions adopted pursuant to this Directive. Provision should be made for penalties in respect of natural and legal persons. Since legal persons are often involved in complex money laundering or terrorist financing operations, sanctions should also be adjusted in line with the activity carried out by legal persons.

Since the objective of this Directive, namely the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale and effects of the action, be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary in order to achieve that objective.

This Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Nothing in this Directive should be interpreted or implemented in a manner that is inconsistent with the European Convention on Human Rights.

The first paragraph of article 1 provides that Member States shall ensure that money laundering and terrorist financing are prohibited.

The second paragraph of article 1 defines money laundering. For the purposes of this Directive the following conduct, when committed intentionally, shall be regarded as money laundering:

- the conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such activity, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property, or of assisting any person who is involved in the commission of such activity to evade the legal consequences of his action;
- the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such activity;
- the acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from criminal activity or from an act of participation in such activity;
- participation in, association to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the actions mentioned in the foregoing points.

Money laundering shall be regarded as such even where the activities which generated the property to be laundered were carried out in the territory of another Member State or in that of a third country.

The fourth paragraph of article 1 defines terrorist financing. For the purposes of this Directive, “terrorist financing” means the provision or collection of funds, by any means, directly or indirectly, with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out any of the offences within the meaning of Articles 1 to 4 of Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combatting terrorism [9].

Knowledge, intent or purpose required as an element of the activities mentioned in paragraphs 2 and 4 may be inferred from objective factual circumstances.

The second article of the Directive determines for which institutions and persons the Directive is applicable. This Directive shall apply to: (1) credit institutions; (2) financial institutions; (3) the following legal or natural persons acting in the exercise of their professional activities: (a) auditors, external accountants and tax advisors; (b) notaries and other independent legal professionals, when they participate, whether by acting on behalf of and for their client in any financial or real estate transaction, or by assisting in the planning or execution of transactions for their client concerning the: (i) buying and selling of real property or business entities; (ii) managing of client money, securities or other assets; (iii) opening or management of bank, savings or securities accounts; (iv) organisation of contributions necessary for the creation, operation or management of companies; (v) creation, operation or management of trusts, companies or similar structures; (c) trust or company service providers not already covered under points (a) or (b); (d) real estate agents; (e) other natural or legal persons trading in goods, only to the extent that payments are made in cash in an amount of EUR 15,000 or more, whether the transaction is executed in a single operation or in several operations which appear to be linked; (f) casinos.

Member States may decide that legal and natural persons who engage in a financial activity on an occasional or very limited basis and where there is little risk of money laundering or terrorist financing occurring do not fall within the scope of Article 3(1) or (2).

The third article of the Directive contains definitions of the following concepts: “credit institution”, “financial institution”, “property”, “criminal activity”, “serious crime”, “beneficial owner”, “trust and company service providers”, “politically exposed persons”, “business relationship” and “shell bank”.

Article four of the Directive binds Member States to ensure that the provisions of this Directive are extended in whole or in part to professions and to categories of undertakings, other than the institutions and persons referred to in Article 2(1), which engage in activities which are particularly likely to be used for money laundering or terrorist financing purposes.

Where a Member State decides to extend the provisions of this Directive to professions and to categories of undertakings other than those referred to in Article 2(1), it shall inform the Commission thereof.

In accordance with article five of the Directive the Member States may adopt or retain in force stricter provisions in the field covered by this Directive to prevent money laundering and terrorist financing.

The second chapter of the Directive (articles 6 to 19) regulates in detail customer due diligence. This chapter is focussed on identification of persons opening accounts or performing various financial transactions.

The third chapter of the Directive (articles 20 to 29) regulates reporting obligations. Among these provisions article twenty – four, which provides that Member States shall require the institutions and persons covered by this Directive to refrain from carrying out transactions which they know or suspect to be related to money laundering or terrorist financing until they have completed the necessary action in accordance with Article 22(1)(a) is important. In conformity with the legislation of the Member States, instructions may be given not to carry out the transaction.

Where such a transaction is suspected of giving rise to money laundering or terrorist financing and where, to refrain in such manner is impossible or is likely to frustrate efforts to pursue the beneficiaries of a suspected money laundering or terrorist financing operation, the institutions and persons concerned shall inform the FIU immediately afterwards.

Articles twenty – six and twenty – seven, which protect institutions and persons who disclose information to competent authorities, are also important. The disclosure in good faith as foreseen in Articles 22(1) and 23 by an institution or person covered by this Directive, or by an employee or director of such an institution or person of the information referred to in Articles 22 and 23 shall not constitute a breach of any restriction on disclosure of information imposed by contract or by any legislative, regulatory or administrative provision, and shall not involve the institution or person or its directors or employees in liability of any kind. Article twenty – seven provides that Member States shall take all appropriate measures in order to protect employees of the institutions or persons covered by this Directive who report suspicions of money laundering or terrorist financing, either internally or to the FIU, from being exposed to threats or hostile action.

Article 28 regulates the prohibition of disclosure. The institutions and persons covered by this Directive and their directors and employees shall not disclose to the customer concerned or to other third persons the fact that information has been transmitted in accordance with Articles 22 and 23, or that a money laundering or terrorist financing investigation is being or may be carried out.

The prohibition laid down in paragraph 1 shall not include disclosure to the competent authorities referred to in Article 37, including the self-regulatory bodies, or disclosure for law enforcement purposes.

Chapter four of the Directive (articles 30 to 33) regulates record keeping and statistical data.

Chapter five of the Directive (articles 34 to 39) regulates enforcement measures. From the standpoint of criminal law among these provisions the most important is article 39, which regulates penalties. Member States shall ensure that natural and legal persons covered by this Directive can be held liable for infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive. The penalties must be effective, proportionate and dissuasive.

Without prejudice to the right of Member States to impose criminal penalties, Member States shall ensure, in conformity with their national law, that the appropriate administrative measures can be taken or administrative sanctions can be imposed against credit and financial institutions for infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive. Member States shall ensure that these measures or sanctions are effective, proportionate and dissuasive.

In the case of legal persons, Member States shall ensure that they can at least be held liable for infringements referred to in paragraph 1 which are committed for their benefit by any person, acting either individually or as part of an organisation of the legal person, who has a leading position within organisation of the legal person, based on: (a) a power of representation of the legal person; (b) an authority to take decisions on behalf of the legal person, or (c) an authority to exercise control over the legal person.

In addition to the cases already provided for in paragraph 3, Member States shall ensure that legal persons can be held liable where the lack of supervision or control by a person referred to in paragraph 3 has made possible the commission of the infringements referred to in paragraph 1 for the benefit of a legal person by a person under his authority.

Chapter six of the Directive (articles 40 and 41) regulates implementing measures and chapter seven (articles 42 – 47) contains final provisions which regulate technical details relating to the Directive.

5. Trafficking in Human Beings

The Council of European Union has adopted Framework Decision 2002/629/JHA of 19 July 2002 on combatting trafficking in human beings.⁸ This Framework Decision has a preamble and eleven articles.

The Council finds in the preamble that trafficking in human beings comprises serious violations of fundamental human rights and human dignity and involves ruthless practices such as the abuse and deception of vulnerable persons, as well as the use of violence, threats, debt bondage and coercion.

⁸ Published in the Official Journal of the European Communities No L 203 of 1.8.2002.

The UN protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the UN Convention against trans-national organised crimes, represents a decisive step towards international cooperation in this field.

Article one binds Member States to take the necessary measures to ensure that the following acts are punishable: the recruitment, transportation, transfer, harbouring, subsequent reception of a person, including exchange or transfer of control over that person, where: (a) use is made of coercion, force or threat, including abduction, or (b) use is made of deceit or fraud, or (c) there is an abuse of authority or of a position of vulnerability, which is such that the person has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved, or (d) payments or benefits are given or received to achieve the consent of a person having control over another person for the purpose of exploitation of that person's labour or services, including at least forced or compulsory labour or services, slavery or practices similar to slavery or servitude, or for the purpose of the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, including in pornography.

The consent of a victim of trafficking in human beings to the exploitation, intended or actual, shall be irrelevant where any of the means set forth in paragraph 1 have been used.

When the conduct referred to in paragraph 1 involves a child, it shall be a punishable trafficking offence, even if none of the means set forth in paragraph 1 have been used.

For the purpose of this Framework Decision, "child" shall mean any person below 18 years of age.

Article two provides that each Member State shall take the necessary measures to ensure that the instigation of, aiding, abetting or attempting to commit an offence referred to in article 1 is punishable.

Article three determines penalties. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that an offence referred to in Articles 1 and 2 is punishable by effective, proportionate and dissuasive criminal penalties, which may entail extradition.

Each Member State shall take the necessary measures to ensure that an offence referred to in Article 1 is punishable by terms of imprisonment with a maximum penalty that is not less than eight years where it has been committed in any of the following circumstances: (a) the offence has deliberately or by gross negligence endangered the life of the victim; (b) the offence has been committed against a victim who was particularly vulnerable. A victim shall be considered to have been particularly vulnerable at least when the victim was under the age of sexual majority under national law and the offence has been committed for the purpose of the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, including pornography; (c) the offence has been committed by use of serious

violence or has caused particularly serious harm to the victim; (d) the offence has been committed within the framework of a criminal organisation as defined in Joint Action 98/733/JHA, apart from the penalty level referred to therein.

Article four determines the liability of legal persons and article five sanctions on legal persons.

Article six determines jurisdiction and prosecution. Article seven regulates protection of and assistance to victims.

In accordance with the first paragraph of article ten Member States shall take the necessary measures to comply with this Framework Decision before 1 August 2004.

6. Sexual exploitation of children and child pornography

The Council of European Union has adopted Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combatting the sexual exploitation of children and child pornography.⁹ This Framework Decision has a preamble and thirteen articles. The Council finds in the preamble that sexual exploitation of children and child pornography constitute serious violations of human rights and of the fundamental right of a child to a harmonious upbringing and development. Child pornography, a particularly serious form of sexual exploitation of children, is increasing and spreading through the use of new technologies and the Internet.

The first article of the Decision contains definitions of concepts. For the purposes of this framework Decision: (a) "child" shall mean any person below the age of 18 years; (b) "child pornography" shall mean pornographic material that visually depicts or represents: (i) a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child; or (ii) a real person appearing to be a child involved or engaged in the conduct mentioned in (i); or (iii) realistic images of a non-existent child involved or engaged in the conduct mentioned in (i).

Article two determines offences concerning the sexual exploitation of children. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct is punishable: (a) coercing a child into prostitution or into participating in pornographic performances, or profiting from or otherwise exploiting a child for such purposes; (b) recruiting a child into prostitution or into participating in pornographic performances; (c) engaging in sexual activities with a child, where (i) use is made of coercion, force or threats; (ii) money or other forms of remuneration or consideration is given as payment in exchange for the child engaging in sexual activities; or (iii) abuse is made of a recognised position of trust, authority or influence over the child.

⁹ Published in the Official Journal of the European Communities No L 013 of 20.1.2004.

Article three determines offences concerning child pornography. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct, whether undertaken by means of a computer system or not, when committed without right, is punishable: (a) production of child pornography; (b) distribution, dissemination or transmission of child pornography; (c) supplying or making available child pornography; (d) acquisition or possession of child pornography.

Article four provides that each Member State shall take the necessary measures to ensure that the instigation of, or aiding or abetting in the commission of an offence referred to in Articles 2 and 3 is punishable. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that attempts to commit the conduct referred to in Article 2 and Article 3(1)(a) and (b), are punishable.

Article five determines penalties and aggravating circumstances. Article six determines liability of legal persons and article seven sanctions on legal persons. Article eight determines jurisdiction and prosecution. Article nine regulates protection of and assistance to victims.

In accordance with first paragraph of article twelve Member States shall take the necessary measures to comply with this Framework Decision by 20 January 2006 at the latest.

7. Conclusion

Despite the European Union having no formal power to intervene in the field of criminal law, bodies of the Union have issued some statutory documents whereby they have also intervened in the field of criminal law. It is true that bodies of the European Union did not determine offences, but they bound Member States to determine exactly defined acts as criminal offences in the national legislations. In some cases bodies of the Union also determined in the acts special minimum penalties for specially defined offences (e.g. in the Framework decision 2004/757/JHA laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking). Although for the incrimination of the acts enumerated in legal instruments of the European Union there are in principle no hesitations, there are some solutions which are disputed from the standpoint of protection of human rights. Among such provisions are e.g. the incrimination of mere acquisition or possession of child pornography.¹⁰ From the standpoint of protection of human rights the definition of terrorist financing is also extremely disputed. In the Directive of the European Parliament and the Council on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering and Terrorist Financing, “terrorist financing” is determined as the provision or collection of funds,

¹⁰ Point of the first paragraph of article three of Council framework decision on combatting the sexual exploitation of children and child pornography.

by any means, directly or indirectly, with the intention that they should be used, or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out any of the offences within the meaning of Articles 1 to 4 of Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combatting terrorism. Knowledge, intent or purpose required as an element of the activities mentioned in paragraphs 2 and 4 may be inferred from objective factual circumstances.

Beside such definition of “terrorist financing” we can imagine in what situation would be a man, who would be considered as a sympathiser of the organisation which would be suspected that it had executed a terrorist attack like the one in London on 7. July 2005.

With the entry into force of the Treaty Establishing a Constitution for Europe, the European Union would get the formal right to intervene in the field of criminal law. On the basis of previous experiences with the acts of the European Union which intervened in the field of criminal law, we may expect that legally binding acts would provide measures which are prohibited in domestic law due to the high standards of protection of human rights. Dead-lock in the proceedings of ratification of the Treaty Establishing a Constitution for Europe is a good opportunity for considering how to avoid the situation in which binding provisions of the acts of the European Union would interfere with the lowering of standards of protection of human rights which were already achieved in the national law.

Eduard Kunštek*

ACTIO CIVILIS U KAZNENOM POSTUPKU – PRIJEDLOG NOVELE

(Civil claim in criminal procedure – reform proposal)

Sažetak

Žrtvi kaznenog djela treba pružiti bolju zaštitu u svezi s njenim imovinskopравnim zahtjevom u kaznenom postupku. Sadašnje hrvatsko zakonodavstvo ne smatra da je njen procesni položaj bitan i pretpostavlja ciljeve kaznene politike njenim interesima. Zbog toga se autor zalaže za noveliranje kaznenog procesnog zakonodavstva i nametanje obveze sudu da odluči o građanskopравnim pitanjima unutar kaznenog postupka, kao i da dopusti postavljanje svih vrsta zahtjeva koji su dopušteno u građanskom postupku.

Ključne riječi: žrtva – oštećenik – imovinskopравni zahtjev – naknada štete

Summary

Victim of crime should be better protected regarding to its civil claim in criminal procedure. Actual Croatian legislation does not consider victim's procedural position as of utmost importance and place goals of criminal policy above its interests. Therefore author pleads for revision of criminal procedure legislation in order to impose court's obligation to decide on civil matters in criminal procedure as well as to allow filing all types of claims which are permitted in civil proceedings.

Key words: victim – injured person – civil claim – compensation of damages

1. Uvod

Hrvatski zakonodavac bi svakako trebao posvetiti više pažnje problematici koja se odnosi na imovinskopравni zahtjev osobe čija su subjektivna građanska prava povrijeđena ili ugrožena počinjenim kaznenim djelom. Čini se da je u suvremenom hrvatskom rješenju pravno-politički zahtjev više upravljen na ostvarenje ekonomičnosti i učinkovitosti kaznenog postupka te da se o ovome važnom pitanju

* Izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci/Associate professor, Faculty of Law, University of Rijeka

nedovoljno razmišlja premda u doktrini postoje brojne rasprave.¹ Budući da postoji želja reforme hrvatskog kaznenog postupka, smatramo da bi se unutar te aktivnosti ovoj problematici, iako na prvi pogled sporednoj, trebalo pristupiti daleko ozbiljnije i temeljitije nego što je to do sada bio slučaj.

U svakom slučaju bi trebalo bitno poboljšati položaj osoba koje su oštećene kaznenim djelom i stoga imaju imovinskopravni zahtjev. Uostalom, zaštitu širih društvenih ili državnih interesa ne bi trebalo pružati tako da se pri tome nedostatno poštivaju prava pojedinaca ili drugih privatnopravnih osoba koje su oštećene kaznenim djelom. Ako se i zauzme stajalište kako zaštitu njihovih prava ne bi trebalo pretpostaviti interesima šire društvene zajednice, onda bi u najmanju ruku trebalo uravnotežiti ova dva važna pravno-politička zahtjeva. Ovdje treba napomenuti da oštećeni nema nikakvo pravno sredstvo protiv odluke suda da ne raspravlja o njegovom zahtjevu, odnosno odluke s kojom ga upućuje na pokretanje parnice. Ovakvo zakonodavno stajalište podsjeća na doktrinu *forum non conveniens*. Ne treba niti spominjati da razlozi učinkovitosti i ekonomičnosti navode na zaključak kako bi sudovi o imovinskopravnim zahtjevima u kaznenim postupcima trebali odlučivati u što je moguće većem broju slučajeva.

Osim toga, trebalo bi obratiti pažnju i na precizno uređenje vrste zahtjeva koji se u ovom postupku mogu postaviti. Prema sadašnjem rješenju deklaratorni zahtjevi se uopće ne mogu postaviti. Isto se može navesti i za neke oblike kondemnatornih i konstitutivnih zahtjeva. Za to nema nikakvog opravdanja niti potrebe, a dvojbeno je i to da li je postojala namjera zakonodavca da na takav način uredi nadležnost suda *ratione materiae*.

Sadašnje zakonodavno rješenje se može kritizirati iz više razloga. Tako npr. nije učinjeno nedvojbenim da sud može odbaciti podnesak s kojim je postavljen imovinski zahtjev npr. u slučaju nepostojanja pravnog interesa, ili u slučaju da ga je postavila neovlaštena osoba.² Trebalo bi jasno propisati i pravne posljedice podnošenja imovinskopravnog zahtjeva na način da su one istovjetne pravnim posljedicama podnošenja tužbe u parničnom postupku. Također bi bilo korisno riješiti i pitanja koja se odnose na atrakciju nadležnosti, napose kad se radi o

¹ V. Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine, 110/97., 27/98., 5/99., 112/99., 143/02., 62/03- pročišćeni tekst, 115/06.), članak 127. stavak 1. Vrijedi istaknuti slijedeće radove: Carić, Odškodnina žrtvi kaznivega dejana v sodobnem kazenskom pravu, R, 1970.; Crnić, Naknada štete: odgovornost za štetu i popravlanje štete, Zagreb 1995., Gičić, Zastarelost zahteva za naknadu materijalne štete prouzrokovane povredom tela i oštećenjem zdravlja, Gl., 2/82; Grubiša, Da li se beneficium coactionis može primjeniti i na odluku o imovinskopravnom zahtjevu, Od., 11-12/1963.; Jelačić, Novčana naknada nematerijalne štete u slučaju tjelesne povrede, NZ, 10/1982.; Matijević, Zastara zahtjeva za naknadu štete prouzročene kaznenim djelom, Osiguranje 31/2001.

² V. Pavišić, Komentar Zakona o kaznenom postupku, 5. izd. Rijeka, 2005., str. 171.

međunarodnoj nadležnosti hrvatskih sudova, kako bi njihovim presudama bili priznati učinci u drugim državama.³ Osim toga, kad i ako Hrvatska postane državom članicom Europske unije valja voditi računa o tome da presude njenih sudova, pa i one koje su donesene u kaznenom postupku ali se odnose na građanskopravne stvari, ispunjavaju pretpostavke za njihovo potvrđivanje kao europskog ovršnog naloga, što je u doktrini i inače dvojbeno.⁴ Mogu se dati i druge primjedbe i navesti da postoji potreba jasnog uređenja pasivne legitimacije na način da osoba prema kojoj je upravljen imovinskopravni zahtjev ne mora nužno biti okrivljenik već i ona koja bi prema pravilima građanskog prava mogla biti odgovorna, kao i da se trećoj osobi kojoj je naloženo da stvar preda oštećenom omogućiti sudjelovanje u postupku.⁵ To stoga što odredba članka 133 Zakona o kaznenom postupku⁶ omogućava učinke presude na osobu protiv koje imovinskopravni zahtjev uopće nije postavljen, niti je bila stranka u postupku, pa je s ustavnopravnog stajališta i doktrinarno krajnje sporna.⁷ U ovom radu ćemo se ograničiti na razmatranje onih pitanja koja imaju izravnu vezu s potrebom da se sud obveže raspravljati i odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu, kao i da se nadležnost suda *ratione materiae* proširi na svaki zahtjev kojega je dopušteno postaviti u parničnom postupku.

2. Povijesni prikaz

Okolnost da je počinjeno kazneno djelo često dovodi do nastanka štete pojedincima i drugim privatnopravnim osobama. Tijekom povijesnog razvoja kaznenog prava možemo uočiti da se u početku vršila prilično jasna distinkcija među kaznenim djelima koja su u prvom redu vrijeđala ili ugrožavala subjektivna građanska prava tih osoba (*delicta privata*) i kaznenih djela kojima se vrijeđao javni interes (*delicta*

³ Ibid., str. 128.

⁴ O postupku izdavanja potvrde v. Rijavec, Postopek potvrditve Evropskega izvršilnega naloga, *Podetje in delo*, 5, 2007., str. 791 et seq.. V. i Kunštek, Pretpostavke za izdavanje potvrde o europskom ovršnom nalogu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28, 1, 2007., str. 441. et seq. Vidi Uredbu (EZ) broj 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. godine s kojom se ustanovljava Europski ovršni nalog za neprijeporne tražbine

⁵ V. Pavišić, op. cit. str. 178.

⁶ “Ako se imovinskopravni zahtjev odnosi na povrat stvari, a sud ustanovi da stvar pripada oštećeniku i da se nalazi kod okrivljenika ili kod kojeg od sudionika kaznenog djela ili kod osobe ili tijela kod kojeg se stvar nalazi, odredit će u presudi da se stvar preda oštećeniku”.

⁷ O ovoj i drugoj problematici glede imovinskopravnog zahtjeva vidjeti više u Pavišić, op. cit. str. 167. et seq. Za pojedina stajališta koja nisu izgubila na svojoj aktualnosti upućujemo posebno na Kraus, Oštećenik u krivičnom postupku sa posebnim osvrtom na ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u adhezivnom postupku, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol. 20., 4., 1982., str. 513. et seq.;

publica).⁸ Međutim, dosta rano se počelo razmišljati kako sva kažnjiva djela, a ne samo ona kod kojih je to očito, vrijeđaju javne interese.⁹ Ipak se u većini slučajeva uglavnom vodilo računa o oštećenom i zaštiti njegovih prava. To dakako važi ne samo za rimsko pravo, već i za antičko hebrejsko pravo te Egipat¹⁰ i Babilon,¹¹ slijedom čega su uočljiva izvjesna odstupanja od tog pravila.¹² Atensko pravo pak

⁸ Ta je razlika sasvim jasno uočljiva u razvoju rimskog prava u kojemu tijekom određenih povijesnih razdoblja možemo primijetiti:

1. Da unutar obitelji *pater familias* ima neograničeno *ius puniendi* za sve osobe *alieni iuris* te da se u odnose unutar obitelji država uopće ne miješa.
2. S druge strane oštećeni, no ne i država, je imao pravo tražiti kažnjavanje za tzv. *delicta* privatna kojima mu je od pripadnika druge obitelji nanijeta šteta (npr. *iniuria*, *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* a kasnije i drugi delikti poput kao npr. *dolus*, *metus*, *alienatio in fraudem creditorum*). Kazna (*poena*) se sastojala u obvezi okrivljenika da oštećenome isplati određeni iznos novčane vrijednosti i izricala se u građanskom (civilnom) postupku. Ostale sporno je li se radilo o naknadi štete ili o kazni. Prema nekima iz okolnosti da je počinjen privatni delikt nastajala je samo obveza *ex delicto* za razliku od obveza koje su nastajale *ex contractu*. V. Romac, Rječnik rimskog prava, str. 151 sq. Prema drugima nije se radilo o građanskom odštetnom pravu već o kazenom pravu jer je iznos koji je u slučaju tih delikata plaćao osuđenik znatno prelazio stvarnu štetu koja je kaznenim djelom počinjena, čak i u slučaju da je ta šteta bila imovinski procjenjiva. V. Bayer, Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, knjiga II, str. 3. Potonje stajalište ima solidno uporište jer je npr. u slučaju krađe *in flagranti* (*furtum manifestum*) kradljivac mogao biti osuđen na smrt, bičevanje ili ustupanje oštećenom, a kasnije na plaćanje novčane kazne u četverostrukom iznosu štete (za *furtum nec manifestum* novčana kazna se određivala u svostrukom iznosu). V. Romac, op. cit., str. 208. I u slučaju uvrede (*iniuria*) kažnjavanje nije imalo nikakve veze sa stvarnim iznosom štete, premda je tijekom pretorskog razdoblja oštećenom bila dopuštena posebna tužba (*actio iniuriam aestimatoria*) koja je omogućavala sucima da odrede visini kazne imajući u vidu sve okolnosti slučaja. Op. cit. str. 237. Slično vrijedi i za razbojstvo u kom slučaju je oštećeni imao na raspolaganju *actio vi bonorum raptorum* i zahtijevati novčanu kaznu u četverostrukom iznosu, ali po proteku godine dana samo u jednostrukom. Op. cit., str. 469. U pogledu zastrašivanja (*metus*) vrijedila je formula *Octaviana* (*actio quod metus causa*) kojom je oštećeni mogao tražiti također četverostruki iznos. Op. cit., str. 346.
3. Ako je kaznenim djelom povrijeđen javni interes (*delicta publica*) postupak je pokretalo posebno tijelo, a kasnije je to pravo pripadalo bilo kojem rimskom građaninu a ne samo oštećenom. Za ova kaznena djela kazne su u pravilu bile teške, a ako su bile novčane onda su se plaćale u javne svrhe. V. u Bayer, op. cit., str. 4 -15.

⁹ V. Bayer, op. cit., str. 11. u pogledu *crimina extra ordinem* koja su povlačila *poenaes extra ordinem* u postupku koji je također bio *extra ordinem*.

¹⁰ Oštećeni je predlagao kaznu na koju treba osuditi krivca te naknadu koju od njega potražuje. V. Kečekijan, Opća povijest države i prava (predavanja na Pravnom fakultetu u Beogradu 1945/46, Zagreb 1946. str. 56.

¹¹ V. Kurtović, Opća povijest prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek, str. 70. sq.; Margetić, Opća povijest prava i države, str. 16, sq. Npr. članak 8. Hamurabijeva zakonika – “ako jer čovjek ukrao govedo, ovcu, magarca, prase ili barku, ako je t vlasništvo hrama ili vlasništvo dvora, plaća tridesetorostruko; ako je vlasništvo muškena, vraća desetorostruko”.

¹² V. Margetić, Antika i srednji vijek str. 35. Ubijca je kažnjavan smrću a kaznu izvršava najbliži rođak pokojnika (krvni osvetik) koji ne smije primiti otkupninu. S druge strane kradljivac

poznaje dvije vrste postupaka: dike (privatni postupak) i graphe (javni postupak). Privatni postupak je o svom trošku pokretao oštećeni, neovisno o tome je li došlo do povrede javnoga interesa i neovisno o intenzitetu te povrede. Eventualno dosuđena naknada je pripadala tužitelju. Javni postupak je pak imao pravo pokrenuti bilo koji procesno sposoban građanin, ali u njemu nije mogao ostvariti pravo na imovinsku naknadu, izuzev u slučaju da je tužbu podigao radi zaštite fiskalnih interesa države kad mu je pripadalo pravo na postotak dosuđene svote.¹³

Franačka država poznaje pokretanje postupka isključivo na inicijativu oštećenog.¹⁴ Bizantsko pravo je slično, pa npr. krađu drži privatnim deliktom glede kojega je oštećenom pripadalo pravo na dvostruki iznos štete.¹⁵ Mletačko pravo pak predviđa kažnjavanje okrivljenika istovremeno uz naknadu štete oštećenim osobama. Ova naknada ipak ima obilježje kazne, jer njen iznos nije imao nikakvu vezu sa stvarno nanesenom štetom.¹⁶

Njemačko srednjovjekovno pravo razlikuje građanske, kaznene i mješovite tužbe, od kojih su potonje bile usmjerene ne samo na izricanje kazne već i ostvarenje građanskopravnog zahtjeva.¹⁷ U srednjovjekovnoj Engleskoj inicijativa je bila na oštećenom, a država je vršila kazneni progon samo ako je bila izravno oštećena, ili ako je oštećeni propustio pokrenuti postupak, a radi se o kaznenom djelu s kojim je povrijeđen javni interes.¹⁸

Šerijatsko pravo u osmanlijskoj Turskoj također vodi računa o imovinskim interesima osobe koja je oštećena kaznenim djelom.¹⁹ *Constitutio Criminalis Carolina* iz 1532. godine predstavlja definitivan otklon od privatnopravnog poimanja kaznenog djela i uloge oštećenog u kaznenom postupku.²⁰ Prema ovome zakoniku osuđenik se nije mogao iskupiti od javne kazne nagodbom s oštećenim.

krupne stoke je namirivao oštećenom njenu vrijednost u peterostrukom iznosu, a kradljivac sitne stoke u četvostrukom iznosu pod uvjetom da je zaklana ili prodana. Ukoliko se stoka nađe živa novčana kazna je bila niža.

¹³ Kurtović, op. cit. str. 114.

¹⁴ Ibid., str. 172. Međutim novčane kazne su mogle biti izricane i u korist oštećenog i u korist države. V. Margetić, op. cit. 190. sqq. Bayer smatra da neprijateljstvo predstavlja glavni način rješavanja spora kad netko počini kažnjivo djelo i tu ustanovu smatra pravno uređenom samopomoći. Međutim, vremenom je neprijateljstvo bivalo sve rjeđe dopuštanu i uveden je sustav pomirine koja može biti u obliku krvnine za slučaj ubojstva i drugih teških kaznenih djela te globe za lakša kaznena djela. V. Bayer, op. cit., str. 33, sq.

¹⁵ Ibid., str. 149.

¹⁶ Ibid., str. 202.

¹⁷ Ibid., str. 213.

¹⁸ Kurtović, *Opća povijest prava i države*, Prva knjiga, (Stari i srednji vijek), Zagreb, 1994., str. 235.

¹⁹ Ibid., str. 292.

²⁰ Bayer, op. cit. str. 61. Poznat pod njemačkim skraćenim nazivom *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V* (PGO)

U daljem razvoju kaznenog postupka u njemačkim zemljama potpuno nestaje kazneni progon kojega pokreću privatne sobe. To se napose vidi iz austrijskog kaznenog zakoniku (1803.), pruskom kaznenom redu (1805.) i bavarskom kaznenom zakoniku (1813.).²¹ Već u austrijskom kaznenom zakoniku nalazimo odredbe koje sudu nalažu obvezu da nastoji odlučiti i o naknadi štete, a ako mu to nije bilo moguće da uputi oštećenog s privatnopravnim potraživanjem na redoviti građanski sud.²² Obveza suda da odluči o naknadi štete je bila "reda radi" i sliči aktualnom hrvatskom rješenju.

Razvoj francuskog kaznenog postupka počevši od Ordonanse iz 1670. pa do Code d'instruction criminelle iz 1808. godine izvršio je ključni utjecaj na mnoge europske postupovne sustave. Valja napose istaknuti uvođenje ustanove javnog tužitelja i gotovo apsolutno usvajanje načela oficioznosti prilikom pokretanja kaznenog postupka.²³ Uloga oštećenog sve više slabi, no i dalje ostaje problem što je s ostvarenjem njegove tražbine koja je nastala počinjenjem kaznenog djela – *ex delicto*.

3. Je li imovinskopravni zahtjev sporedan?

Imajući u vidu glavni povijesni smjer razvoja kaznenog postupka i suvremena rješenja, uobičajilo se navoditi kako se za slučaj postavljenog imovinskopravnog zahtjeva radi o građanskom parničnom postupku koji je pridružen (*adheriran*) kaznenom postupku i čije rješavanje predstavlja sporedni predmet tog postupka. Činjenica je da za kazneni sud u pravilu nije najvažnije pitanje pružanja zaštite povrijeđenim ili ugroženim subjektivnim pravima pojedinaca, već zaštita općeg društvenog interesa. Država je u gotovo svim poredbenim pravnim sustavima monopolizirala i na sebe preuzela obvezu pokretanja kaznenog postupka u najvećem broju slučajeva, te pojedincima znatno suzila prostor glede njihovih postupovnih mogućnosti u kaznenom postupku. Drugim riječima ona je za primjenu kaznenopravnih normi daleko više zainteresirana nego kad su u pitanju norme građanskoga prava, i stoga je dispozicija pojedinaca u svezi s pokretanjem i tijekom kaznenog postupka ograničena ili potpuno onemogućena. Pri tome treba skrenuti pažnju na okolnost da je svako društvo zainteresirano za primjenu načela vladavine prava u što je moguće većoj mjeri. To ne ovisi o demokratičnosti ili nedemokratičnosti tog društva. I starovjekovni despoti su bili zainteresirani da se pravne norme koje su oni propisivali primjenjuju.²⁴ Od toga je uostalom ovisio

²¹ Ibid., str. 75. sqq.

²² Ibid., str. 109. sq.

²³ Ibid., str. 129. sqq.

²⁴ Usporedi s Vuković, *Pravna država*, Zagreb 2005., str. 68. Zauzima donekle drukčije stajalište koje potkrepljuje nekim povijesnim slučajevima pravne nevezanosti država. Razmatra

opstanak njihove vlasti. Dakako, za poštivanje pravnih normi su zainteresirana i demokratska društva. Neovisno o tome radili se o diktaturi ili demokraciji, državni interes je daleko više izražen u poštivanju načela vladavine prava kad su u pitanju kaznenopravne norme, nego kad je riječ o građanskopravnim normama. Zbog toga i akciju glede postupanja protivno tim normama država uglavnom ne prepušta na volju pojedincima.

Kad su u pitanju građanskopravne norme, država nije toliko zainteresirana hoće li one biti poštivane, pa pokretanje postupka ovisi isključivo o volji osobe čije je subjektivno pravo povrijeđeno ili ugroženo. Jedino je i dalje zainteresirana da ona odlučuje o tome je li subjektivno prvo povrijeđeno ili ugroženo, odnosno da o toj okolnosti odluku donese i zaštitu pruži njen sud. U protivnom bi pojedinci sami pružali zaštitu svojim povrijeđenim ili ugroženim pravima, što bi očito dovelo do kaotičnog društvenog stanja.

Premda je se načelno možemo suglasiti da bi rješavanje imovinskopravnog zahtjeva predstavljalo sporedni predmet kaznenog postupka, to ne znači da se radi o nevažnom pitanju. Sa stajališta osobe koja ima imovinskopravni zahtjev nastao zbog počinjenog kaznenog djela radi se o izuzetno važnom pitanju. Država gotovo redovito neće na sebe preuzeti obvezu pokretanja postupka glede tog zahtjeva u ime i za račun pojedinca, ali će mu, ako ništa drugo dopustiti da ga pokrene u okviru kaznenog postupka.²⁵ Stoga se imovinskopravnom zahtjevu pojedinca nastalom zbog počinjenog kaznenog djela u poredbenom zakonodavstvu uvijek vodi računa. Teško je unaprijed kazati koji bi njegov procesni položaj bio najbolji, a da to istovremeno ne dovodi do otežavanja osnovne svrhe kaznenog postupka. Smatramo da postoje opravdani razlozi stavljanja imovinskopravnog zahtjeva i zahtjevu države za ostvarenjem kaznenopravnih ciljeva u istu ravan – o čemu se u poredbenom pravu vodi računa.²⁶

pojam policijske ili upravne države (Polizeistaat, Verwaltungstaat) kao i legalnu revoluciju u nacističkoj Njemačkoj.

²⁵ Ova tvrdnja se ne odnosi na države tzv. common law kruga, u kojima je oštećeni onemogućen postaviti imovinskopravni zahtjev, dok država nije u obvezi da ga postavi u njegovo ime i za njegov račun, ali je zadržala pravo da to učini (compensation order). Vidi infra pod 4.

²⁶ Vidi bilješku 44.

4. Aktivnosti Vijeća Europe

Vijeće Europe je 28. lipnja 1985. godine donijelo Preporuku u svezi s položajem žrtve²⁷ u kaznenom pravu i postupku.²⁸ Ona sadrži 16 smjernica koje se odnose na postupanje policije, tijela javnog progona i sudova država članica. U konačnici se s njom u pravne sustave tih zemalja namjeravaju uvesti poboljšanja glede položaja oštećene osobe u svezi s: 1) omogućavanjem pristupa relevantnim informacijama; 2) mogućnostima ostvarenja imovinskopravnog zahtjeva; 3) njenim tretmanom i zaštitom.²⁹

Pojedine smjernice se odnose na različitu problematiku, pa su slijedom toga grupirane kako slijedi: 1) grupa A se odnosi na postupanje policije;³⁰ 2) grupa B se odnosi na postupanje tijela javnog progona;³¹ 3) grupa C se općenito odnosi na način ispitivanja oštećenog tijekom kaznenog postupka;³² 4) grupa D se odnosi na ovlasti i praksu suda;³³ 5) grupa E se odnosi na prisilno ostvarenje dosuđenog

²⁷ Pojmovi victim (žrtva) i civil party (parte civile, prema terminologiji koja se rabi u ZKP-u "oštećenik") nisu identični. Naime, osoba koje je oštećena kaznenim djelom ne mora nužno biti izravna žrtva kaznenog djela. S druge strane žrtva kaznenog djela je sasvim sigurno oštećena njegovim počinjenjem.

²⁸ Recommendation (85) 11 on The Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure.

²⁹ Na ovom mjestu valja skrenuti pažnju i na Deklaraciju UN o temeljnim načelima pravde za žrtve kaznenih djela i zlorabe vlasti koja se po svom sadržaju u većoj mjeru preklapa s Preporukom VE [v. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (Rezolucija 40/34 od 19. studenog 1985. godine)].

³⁰ A.1.do A.4.

³¹ B.5. do B.7.

³² C.8.

³³ D.9. The victim should be informed of:

- the date and the place of a hearing concerning an offence which caused him suffering;
- his opportunities of obtaining restitution and compensation within the criminal justice process, legal assistance and advice;
- how he can find out the outcome of the case;

(D.10) It should be possible for a criminal court to order compensation by the offender to the victim. To that end, existing limitations, restrictions or technical impediments which prevent such a possibility from being generally realised should be abolished;

(D.11) Legislation should provide that compensation may either be a penal sanction, or a substitute for a penal sanction or be awarded in addition to a penal sanction;

(D.12) All relevant information concerning the injuries and losses suffered by the victim should be made available to the court in order that it may, when deciding upon the form and the quantum of the sentence, take into account:

- the victim's need for compensation;
- any compensation or restitution made by the offender or any genuine effort to that end;

(D.13) In cases where the possibilities open to a court include attaching financial conditions to the award of a deferred or suspended sentence, of a probation order or of any other measure,

zahtjeva (ovrhu);³⁴ 6) grupa F se odnosi na zaštitu privatnosti žrtve kaznenog djela;³⁵ i 7) grupa G se odnosi na zaštitu žrtve od počinitelja kaznenog djela.³⁶

Budući da je na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci u tijeku rad na Projektu “Europski i hrvatski sudski postupci i ljudska prava” unutar kojega će se cjelovito obraditi problematika položaja osoba koje su žrtve kaznenih djela, kao i aktivnosti Vijeća Europe u ovoj i srodnim oblastima, ovaj rad će se ograničiti samo na pitanja navedena u grupi D. pri čemu će se predložiti odgovarajuće izmjene u hrvatskom zakonodavstvu.

5. Glavni suvremeni sustavi uređenja procesnog položaja oštećenog

Građanskopravni zahtjev unutar kaznenog postupka je *mutatis mutandis* uređen na sličnim osnovama u nizu kontinentalnih europskih država i država koje spadaju tzv. civil law krug.³⁷ Zahtjev se podnosi u okviru ovog postupka, s glavnim ciljem da se osobi koja je oštećena kaznenim djelom na relativno jednostavan, brz i ekonomičan način omogući naknada štete od osobe čija odgovornost postoji prema pravilima građanskog prava. Prednost ovoga sustava je u tome što oštećena osoba crpi koristi od aktivnosti unutar kaznenog postupka i posebno od aktivnosti tijela javnog progona na kojima je teret dokazivanja. Osim toga, ona ne mora pokretati i građanski postupak u kojem će se utvrđivati iste činjenice, a koji može biti skopčan s troškovima koje bi oštećena osoba trebala u najmanju ruku predujmiti.

U zemljama tzv. common law sustava ovakav zahtjev osoba koja je oštećena kaznenim djelom ne može postaviti, ali sud može naložiti počinitelju kaznenog djela da naknadi štetu (compensation order). Navedeni nalog predstavlja kaznenu sankciju, pa o volji oštećene osobe uopće ne ovisi hoće li on biti donesen, premda je notorna praksa da joj se dopušta očitovanje glede okolnosti želi li naknadu štete. Ovaj sustav nam se čini nepogodnim za oštećenu osobu, budući da ona nema nikakvih procesnih mogućnosti intervenirati u postupku za slučaj da sud ne naloži počinitelju kaznenog djela naknadu štete. S druge strane, ako se naknada štete i naloži u obliku spomenutog naloga, oštećeni ne može, ali i ne mora pokretati ovršni postupak, jer

great importance should be given among these conditions to compensation by the offender to the victim.

³⁴ (E.14) If compensation is a penal sanction, it should be collected in the same way as fines and take priority over any other financial sanction imposed on the offender. In all other cases, the victim should be assisted in the collection of the money as much as possible.

³⁵ F.15.

³⁶ G.16.

³⁷ Romanski termin *action civilis* i termin imovinskopravni ili adhezijski zahtjev kakav je poznat u zemljama gemanskog (*Adhensionsverfahren*) i nordijskog kruga su sadržajno istovjetni.

se kaznena sankcija izvršava po službenoj dužnosti.³⁸ U tom smislu njegov položaj bi se, u ovakvom slučaju, mogao smatrati povoljnijim od položaja oštećenog u civil law sustavu, u kojem je jedino on taj koji može tražiti ovrhu presude s kojom je usvojen njegov imovinskopravni zahtjev, a to za njega može bi skopčano s različitim teškoćama, kao i znatnim troškovima.

Ono što je također notorna činjenica sastoji se u tome da je postotak ostvarenja dosuđenih imovinskopravnih zahtjeva, neovisno o sustavu u pitanju, relativno nizak. Naime, ovršni postupci često se završavaju bez uspjeha, odnosno bez namirenja dosuđenog zahtjeva, najčešće iz razloga što osuđenik nema imovinu koja bi bila predmet ovrhe. Stoga smatramo da bi glede ovoga države trebale zauzeti aktivniju ulogu. To je moguće na više načina. Tako država npr. može izvršiti isplatu iznosa oštećenoj osobi i preuzeti na sebe rizik namirenja u regresnom postupku. Ako to nije spremna, onda bi barem trebala staviti oštećenu osobu u povoljniji položaj u odnosu na druge vjerovnike počinitelja kaznenog djela (oslobađanjem pristojbi, pružanjem besplatne pravne pomoći, stavljanjem na raspolaganje podataka o imovini ovršenika, stavljanjem oštećene osobe u položaj privilegiranog vjerovnika itd.).

6. Hrvatsko pravo – prijedlog novele

Bilo bi bilo preuzetno dati konačnu i cjelovitu ocjenu hrvatskog rješenja glede položaja osobe oštećene kaznenim djelom, prije dovršetka rada na Projektu spomenutom pod 4. i temeljite analize relevantnih propisa te napose judikature. Hrvatsko pravo, po našem mišljenju, ipak bitno ne odstupa od standarda koji se mogu uočiti u poredbenom pravu.³⁹ Međutim, nekim važećim rješenjima se mogu uputiti ozbiljne zamjerke.

6.1. Obvezivanje suda da raspravlja o imovinskopravnom zahtjevu

Prema važećem hrvatskom rješenju sud neće odlučivati o imovinskopravnom zahtjevu ako on nije postavljen. To je uostalom i općeprihvaćeno stajalište u svim zemljama civil law sustava, za razliku od zemalja common law kruga u kojima je donošenje compenstation order-a u diskrecijskoj ovlasti suda, a oštećena osoba uopće ne može postaviti bilo kakav zahtjev unutar kaznenog postupka. U tom

³⁸ V. Ashworth, *The Criminal Process, An Evaluative Study* second edition, Oxford University Press, Oxford, 1998; Fenwick, *Procedural Rights of Victims of Crime: Public or Private Ordering of the Criminal Justice Process?*, in: *Modern Law Review* Volume 60 May 1997 No 3.

³⁹ Sasvim je drugo pitanje mogu li se takvi standardi smatrati zadovoljavajućim. Jedinu olakšicu glede oštećenog u ovršnom postupku nalazimo u odredbi članka 148. OZ (Narodne novine, 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 131/04. i 88/05). Izuzeti su od ovrhe:8. naknada za rad osuđenika, osim za tražbine po osnovi zakonskoga uzdržavanja te za tražbine naknade štete prouzročene kaznenim djelom osuđenika,

smislu se prima faciae može zaključiti kako je položaj oštećenog zadovoljavajući, jer on može utjecati na to hoće li sud odlučivati o njegovu zahtjevu.

Međutim, i u hrvatskom pravu sud praktično ima diskrecijsko pravo odlučiti hoće li se o imovinskopravnom zahtjevu uopće odlučivati unutar kaznenog postupka. Jedino mu nije dopušteno odlučivati o takvom zahtjevu ako on nije postavljen. Naime, dostatno je da smatra kako bi raspravljanje o imovinskopravnom zahtjevu znatno odugovlačilo kazneni postupak, što će dati utemeljenje za odbijanje njegova postupanja.⁴⁰ U takvom slučaju oštećena osoba nema na raspolaganju nikakva pravna sredstva protiv odluke suda. To stoga što se smatra da glede ostvarenja imovinskopravnog zahtjeva može pokrenuti parnični postupak, pa joj se pravni lijek protiv takve odluke može onemogućiti.⁴¹ Smatramo da je to pogrešno stajalište, jer se ne radi o odluci o imovinskopravnom zahtjevu, već o odbijanju postupanja, premda mislimo da ne postoji niti povreda Ustavom zajamčenog prava na pravično suđenje, upravo zbog toga što i dalje postoji nadležnost suda u parničnom postupku.⁴² Dodatno, a budući da je položaj oštećenog glede njegova imovinskopravnog zahtjeva u pravilu daleko povoljniji unutar kaznenog postupka nego u parničnom postupku, pri čemu prvenstveno treba imati u vidu troškove postupka i lakše dokazivanje činjenica na kojima je imovinskopravni zahtjev utemeljen, mislimo da bi mogućnost donošenja odluke u pravcu neraspričavanja o postavljenom zahtjevu oštećenog trebalo ili onemogućiti ili barem postaviti daleko restriktivnije. U prilog rješenju koje bi obvezivalo sud da o imovinskopravnom zahtjevu raspravlja, neovisno o njegovu utjecaju na duljinu kaznenog postupka, može se navesti i to da nije oportuno, a još manje pravično, interes države za kaznenim progonom staviti ispred interesa privatne osobe koja je najizravnije oštećena počinjenim kaznenim djelom.

Spomenuta odredba ZKP-a koja ovlašćuje sud da ne raspravlja o imovinskopravnom zahtjevu “ako se time ne bi znatno odugovlačio kazneni postupak” može se opravdano kritizirati. Naime, pojam “znatno odugovlačenje” je prilično neprecizan i podložan različitim interpretacijama, slijedom čega omogućava sudu da ne odlučuje kad god smatra, opravdano ili ne, da će zbog toga doći do odugovlačenja postupka.

⁴⁰ V. članak 127. stavak 1. ZKP. Imovinskopravni zahtjev koji je nastao zbog počinjenja kaznenog djela raspravit će se na prijedlog ovlaštenih osoba u kaznenom postupku, ako se time ne bi znatno odugovlačio taj postupak.

⁴¹ V. članak 18. Ustava RH (Narodne novine, 41/01. i 55/01.). (1) Jamči se pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom. (2) Pravo na žalbu može biti iznimno isključeno u slučajevima određenima zakonom ako je osigurana druga pravna zaštita.

⁴² Ibid., članak 29. stavak 1. – Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela). Vidi i članak 6.1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ako se tome doda da podnositelj zahtjeva nema nikakvo pravno sredstvo protiv takve odluke suda, već jedino mogućnost da zaštitu svojih povrijeđenih ili ugroženih subjektivnih građanskih prava traži u parnici, onda je prilično jednostavno doći do zaključka da će se ona donositi i onda kad prema uobičajenim stajalištima to nije opravdano.

Dakle, prethodna kritika common law rješenja i nije sasvim opravdana. Naime, prema njemu, sud doista ima diskrecijsko pravo hoće li uopće odlučivati o imovinskopravnom zahtjevu, premda oštećenom nije dopušteno da ga postavi. Takvo rješenje ipak može pogodovati neukim strankama, jer se može dogoditi da se njihovim povrijeđenim ili ugroženim subjektivnim građanskim pravima pruži zaštita i kad to one nisu tražile. S druge strane, hrvatsko rješenje onemogućuje sudu donošenje odluke ako imovinskopravni zahtjev nije postavljen, a daje mu faktičko diskrecijsko pravo da odluči hoće li raspravljati o njemu, pa oštećeni ne može predvidjeti svoj budući procesni položaj glede njegova ostvarenja, odnosno hoće li ga ostvariti na unutar kaznenog postupka ili u parnici. Za ovu neizvjesnost, po nama, ne postoji opravdani razlog i treba je otkloniti iz odredbe članka 127. stavka 1. ZKP-a na način da se sud obveže raspravljati o imovinskopravnom zahtjevu unutar kaznenog postupka.

Hrvatskom rješenju je dosta slično ono koje je usvojeno u Njemačkoj, gdje sud može odbiti odlučivati o imovinskopravnom zahtjevu bez ikakvog obrazloženja.⁴³ S druge strane, španjolski CCP usvaja tzv. načelo akumulacije i predviđa da se o imovinskopravnom zahtjevu mora odlučivati, pri čemu ga u svezi s time u kaznenom postupku mora zastupati javni tužitelj, osim ako se oštećeni izričito odrekao ovog prava⁴⁴ ili izrazio namjeru da zahtjev postavi u parničnom postupku.⁴⁵ Postoje i različita prijelazna rješenja, poput talijanskog koje dopušta sudu donošenje odluke s kojom

⁴³ V, članke 403-406c StPO (Adhäsionsverfahren). V. i Brienens, Hoegen, Victims of crime in different jurisdictions and the influence of local realities', in. J.J.M. van Dijk, c.s. (eds.), Caring for crime victims, Criminal Justice Press, Monsey, New York, USA, 1999; Kury, Kaiser, Teske Jr., The Position of the Victim in Criminal Procedure – Results of a German Study, International Review of Victimology, vol. 3., 1994.

⁴⁴ V. članak 108. CCP (Ley de Enjuiciamiento Criminal). La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

⁴⁵ Ibid., članak 112. Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar. Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal.

V. i Aragoneses, Introducción al régimen processal de la víctima del delito (II), Revista de Derecho Processual, nr. 1, 1998; De la Cuesta, La reparación de la víctima en el derecho penal

se ne dopušta raspravljanje o imovinskopravnom zahtjevu, ali i da donošenje takve odluke traže drugi sudionici u postupku (javni tužitelj, okrivljenik, građanskopravno odgovorna osoba).⁴⁶ Zalažemo se za kritičku recepciju španjolskog rješenja.

6.2. Proširenje nadležnosti suda *ratione materiae*

Prema važećem hrvatskom rješenju imovinskopravni zahtjev može se odnositi na naknadu štete, povrat stvari ili poništaj pravnog posla.⁴⁷ Nije sasvim jasno zašto se zakonodavac odlučio na ovakvo određenje imovinskopavnog zahtjeva *ratione materiae*, kad je mogao postupiti daleko praktičnije i propisati da se može podnijeti svaki imovinskopravni zahtjev kojega je moguće postaviti u parničnom postupku. Uostalom takvu je logiku slijedio kod određivanja kruga osoba koje su ovlaštene podnijeti imovinskopravni zahtjev.⁴⁸

Neprijeporno je da će se najveći broj imovinskopavnih zahtjeva odnositi na naknadu štete ili povrat stvari. Takvi zahtjevi su kondemnatorne naravi, dok bi zahtjev na poništaj pravnog posla bio konstitutivne naravi. Teško je unaprijed navesti sve posljedice ove odredbe, ali je relativno lako zamisliti neke kondemnatorne zahtjeve koji se ne bi mogli postaviti. Tako je moguće da smetanjem posjeda bude počinjeno i kazneno djelo samovlasti.⁴⁹ Oštećeni ima pravo na zaštitu takvog posjeda putem suda od kojeg između ostalog može tražiti i da se osobi koja je samovlasno smetala posjed naloži uspostava posjedovnog stanja kakvo je bilo u času smetanja.⁵⁰ Postavlja se pitanje bi li takav zahtjev mogao postaviti i u kaznenom postupku? On je po svojoj prirodi kondemnatoran, ali nije upravljen ni na naknadu štete niti na povrat stvari, pa se čini da o njemu sud ne bi mogao odlučivati.

Također se čini da nije moguće ni postavljanje deklaratornih imovinskopavnih zahtjeva, što može dovesti do apsurdnih situacija. Naime, moguće je tražiti poništenje pravnog posla, ali ne i utvrđivanje njegove ništetnosti, što je npr. pravna posljedica

español, in: Cuadernos de extensión universitaria, Las víctimas del delito, Servicio editorial universidad del País Vasco, Bilbao, 1987.

⁴⁶ V. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993; Della Salla, *Natura giuridica della azione civile nel processo penale e conseguenze sul danno*, Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, 1989; Di Chiara, *Parte civile*, Digesto, IX, Utet, Torino, 1995.

⁴⁷ V. članak 127. stavak 2. ZKP.

⁴⁸ Ibid., članak 128. Prijedlog za ostvarivanje imovinskopavnog zahtjeva u kaznenom postupku može podnijeti osoba koja je ovlaštena da takav zahtjev ostvaruje u parnici.

⁴⁹ V. članak 329. KZ (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06. i 110/07.).

⁵⁰ V. članak 22. stavak 1. ZV (Narodne novine, 91/96., 68/98., v137/99., 22/00., v114/01., 79/06. i 141/06). Posjednik kojemu je posjed samovlasno smetan ovlašten je svoj posjed štiti putem suda, zahtijevajući da se utvrdi čin smetanja njegova posjeda, naredi uspostava posjedovnoga stanja kakvo je bilo u času smetanja, te zabrani takvo ili slično smetanje ubuduće.

sklapanja zelenaškog ugovora.⁵¹ Dakle, može se tražiti poništenje poboynih pravnih poslova, ali ne i utvrđivanje ništetnosti onih pravnih poslova kad propisi predviđaju takvu pravnu posljedicu. Može se navesti niz sličnih primjera.

Zbog navedenog se zalažemo odredbu članka 127. stavka 2. i propisati da se može postaviti bilo koji imovinskopravni zahtjev koji može biti postavljen u parnici.

6.3. Obvezivanje suda da odluči o imovinskopravnom zahtjevu

Prema važećem hrvatskom rješenju sud ne može odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu ako okrivljenik nije u presudi proglašen krivim.⁵² U takvom slučaju, bit će upućen na njegovo ostvarivanje u parničnom postupku ili, za slučaj da se sud proglasio nenadležnim na ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva, u kaznenom postupku pred nadležnim sudom.

Ovakvo rješenje se može kritizirati s obzirom da postoje situacije u kojima neće postojati kaznenopravna odgovornost okrivljenika, ali u kojima postoji njegova građanskopravna odgovornost (npr. odgovornost za štetu od opasne stvari). Ono se u poredbenom pravu probija. Tako u Francuskoj u postupku pred Cour d'Assises može prihvatiti građanskopravni zahtjev oštećenog neovisno o oslobađajućoj presudi.⁵³ Ne vidimo niti jedan razlog zašto se slično ne bi postupilo i u hrvatskom pravu.

S druge strane, valja obratiti pažnju na odredbu prema kojoj su, u slučaju da je okrivljenik proglašen krivim, moguće samo odluke o usvajanju imovinskopravnog zahtjeva u cijelosti ili djelomično te o upućivanju u parnicu. Prema njoj, ako činjenice koje su utvrđene u kaznenom postupku ne daju pouzdanu osnovu za donošenje odluke sud nije ovlašten odbiti imovinskopravni zahtjev.⁵⁴ Slijedom navedenoga oštećeni nema nikakav rizik pokretanja adhezijskog postupka, s obzirom da njegov potpuni ili djelomični neuspjeh neće rezultirati s odbijajućom odlukom koja bi imala svojstvo *res iudicata* i bila procesna smetnja za vođenje naknadnog

⁵¹ V. članak 233. KZ (lihvarski ugovor). Vidi i 329. ZOO (Narodne novine 35/05).

⁵² V. članak 132. stavak 3. Kad sud donese presudu kojom se okrivljenik oslobađa optužbe ili kojom se optužba odbija ili kad rješenjem obustavi kazneni postupak, uputit će oštećenika da imovinskopravni zahtjev može ostvarivati u parnici. Kad se sud proglasi nenadležnim za kazneni postupak, uputit će oštećenika da imovinskopravni zahtjev može prijaviti u kaznenom postupku koji će početi ili nastaviti nadležni sud.

⁵³ V. članak 372. CCP. *La partie civile, dans le cas d'acquiescement comme dans celui d'absolution, peut demander réparation du dommage résultant de la faute de l'accusé, telle qu'elle résulte des faits qui sont l'objet de l'accusation.* V. i Démogue, *De la réparation civile des délits (étude de droit et de législation)*, Rousseau, Paris, 1989.

⁵⁴ V. članak 132. stavak 2. ZKP-a U presudi kojom okrivljenika proglašava krivim sud može oštećeniku dosuditi imovinskopravni zahtjev u cijelosti ili mu može imovinskopravni zahtjev dosuditi djelomično, a za ostatak uputiti ga na parnicu. Ako podaci kaznenog postupka ne daju pouzdanu osnovu ni za potpuno ni za djelomično presuđenje, sud će oštećenika uputiti da imovinskopravni zahtjev u cijelosti može ostvarivati u parnici.

parničnog postupka. Smatramo da bi sud o imovinskopravnom zahtjevu trebao odlučiti u svakom slučaju, pa čak eventualno i nakon donošenja presude o krivnji okrivljenika kako se kazneni postupak ne bi odugovlačio. To bi u svakom slučaju bilo ekonomično rješenje, a smatramo da bi i oštećeni trebao preuzeti ovaj rizik kad mu je već omogućeno da sudjeluje u postupku i postavi zahtjev.

Posebno je pitanje kako postupiti, ako oštećeni smatra da je iz utvrđenih činjenica bilo moguće donijeti odluku o djelomičnom ili potpunom usvajanju imovinskopavnog zahtjeva, a sud nije tako postupio, nego ga je uputio na ostvarivanje zahtjeva u parničnom postupku. Mislimo da bi mu u ovakvom slučaju trebalo posebnom izričitom odredbom omogućiti žalbu na odluku suda s kojom je upućen na parnicu. Tako predviđa i austrijsko pravo.⁵⁵ Kad je u pitanju hrvatsko pravo u ovom kontekstu je ostao nejasan domašaj odredbe članka 370. stavka 3. ZKP-a. Prema njoj se odluka o imovinskopravnom zahtjevu može pobijati kad je ona donesena protivno zakonskim propisima.⁵⁶ Da li se odluka o upućivanju na parnicu može smatrati odlukom o imovinskopravnom zahtjevu? Naime sud je o ovom zahtjevu s takvom odlukom zapravo odbio odlučivati i ona ne predstavlja odluku o imovinskopravnom zahtjevu, pa smatramo da bi žalba nju bila nedopuštena, premda se s takvim rješenjem hrvatskog zakonodavca ne možemo složiti.

Zalažemo se da sud dobije ovlasti, ali i dužnost da odluči o svim građanskopravnih zahtjevima koji su postavljeni unutar kaznenog postupka. Kako bi se otklonio eventualni prigovor da to može voditi k odugovlačenju kaznenog postupka može se usvojiti švicarsko (kon)federalno rješenje prema kojemu sud može prvo odlučiti o kaznenim aspektima predmeta, a naknadno o imovinskopravnom zahtjevu.⁵⁷

⁵⁵ V. članak 283 stavak 4. u svezi s člankom 366. stavkom 3. StPO. V. i Krainz, *The Position of Injured Parties in the Austrian Criminal Procedure – First Results of an Empirical Investigation*, in: Kaiser, G., Kury, H., Albrecht, H.-J. (eds.), *Victims and Criminal Justice*, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1991; Raschka, Austria, in: D. Greer (ed.), *Compensating Victims of Crime, a European Survey*, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1996.;

⁵⁶ Odluka o imovinskopravnom zahtjevu te odluka o objavi presude u sredstvima javnog priopćavanja može se pobijati kad je sud o tim pitanjima donio odluku suprotno zakonskim propisima.

⁵⁷ V. članak 9-2 OHG. V. i Maurer, *Das Opferhilfegesetz und die kantonalen Strafprozessordnungen*, in: ZstR 111, 1993; Vogt, Berti, *Trial and Court Procedures in Switzerland*, in: Platto, C. (ed.), *Trial and Court Procedures Worldwide*, Graham and Trotman, London/Dordrecht/Boston and International Bar Association, 1991.

I u ovom slučaju smatramo da bi bilo potrebno izvršiti recepciju španjolskog rješenja, prema kojemu postoji obveza suda da odluči o svim građanskopravnim zahtjevima koji su postavljeni unutar kaznenog postupka.⁵⁸

⁵⁸ V. članak 142. stavak 2. CCP. También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio, y se declarará calumniosa la querrela cuando procediere.

Herke Csongor*

NEW AND OLD PRINCIPLES IN THE HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

(Nova i stara načela mađarskog kaznenog postupovnog prava)

Sažetak

Glavni izvor mađarskog kaznenog postupka je Zakon XIX iz 1998. koji je stupio na snagu 1. VII. 2003. Ustav (1949) je također važan izvor. U skladu s člankom 6. ZKP sud, odvjetnik i istražna tijela odgovorna su za početak i odvijanje postupka. U skladu s § 4 i 7 ZKP presumpcija nedužnosti ima tri komponente praesumptio boni viri, onus probandi, te in dubio pro reo. Prema § 1 stavku 3 ZKP svatko ima pravo na sudski postupak. Samo sud može ustanoviti krivnju. ZKP predviđa ovlasti tužitelja na donošenje odluka koje su protivne tome a slične utvrđivanju krivnje. Okrivljenik se može braniti osobno ili po branitelju. Zakonodovac je također predvidio pravo na pravni lijek.

Ključne riječi: Mađarski kazneni postupak – Temeljna prava

Summary

The main source of the Hungarian criminal procedure is the Act XIX of 1998 (CPA), which came into force on the 1st of July 2003. The Constitution (1949) is also an important source. The court, the solicitor and the investigating authorities are responsible for starting and going on of the criminal procedure (Art.6. CPA). According to the 4. § and 7. § of CPA, the principle of the presumption of innocence consists of three elements: praesumptio boni viri, onus probandi, and in dubio pro reo. According to the 3. § (1) Art. of CPA paragraph everyone has the right to court proceedings. Only the court is authorized to establish criminal liability. However, the CPA empowers to the prosecutor the right to declare decisions, which are similar to declaring the criminal liability. The accused can defend personally, or by defender. The lawmaker has also established the right to legal remedy.

Key words: Hungarian criminal procedure – Fundamental Rights

* Tanszékvezető egyetemi docens, Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar/ Izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu/Associate professor, Faculty of Law, University of Pécs.

1. The parts of the criminal procedure

The CPA divided into six parts and within the six parts 30 chapters. These parts are: a) statical part (1-163. §): essential dispositions, rules relating to the administrative authorities and to the participant, the proof and the measures taken by the authorities; b) main rules of the investigation (164-233. §) including the secret intelligence, which is settled to the judge's permission, the investigational judge procedure and the directions relating to the impeachment; c) the third part consist the rules of the ordinary judge procedure – prepare for proceeding, first, second, third and repeated proceedings (234-407. §); d) in the fourth part (408-445. §), are the special remedais (reopening a case, re-examination, legal remedy, approximation procedure); e) the next to the last part is about the eight different procedure (criminal procedure against the young persons, military criminal law, civil proceeding, conduct trial in the absence of the defendant, resignation from the hearing, by-passing the hearing, exemption procedure.); f) finally in the sixth part we could find beside the closing provisions, the special proceedings and the rules of the execution of the judgment (555-607. §). The criminal procedure could be divided into three parts: a) investigation part, b) interlocutory proceedings; c) court proceedings.

The investigation part can be divided into two main parts. The first is the so called crime detection, when the main aim is to detect the fugitive person; the procedure was started against him¹. The second part is the examination, which the investigating authority collect the proofs, and in order that, it can employ force measures.

The intermediate procession is put by the CPA among the rules of the investigation and the court². Considering its essential, it is not investigating anymore, but it is not a court procession yet. it can also be divided into two parts: the first is the accusation, when the according to the accusation proposal of the investigating authority the public prosecutor make a decision, that according to their point of view the collected proof are enough to the court part. Following in time to prepare the trial, in the course of the trial the court, which will conduct the trial later make a decision about preferring charge that is there will be a trial against the accused. The principles of the crime proceedings can be found among the fundamental dispositions. Contently essentially they are demands and prohibitions laid against the acting authority.

The first proceeding is the necessary part of the court proceedings. In the Anglo-Saxon countries the cross-question hearing developed historically, and we can talk about quasi dualist hearing model (since the jury make a decision about every matter

¹ Fejós, István: *Savremeni kriminalitet i dokazno pravo*, Novi Sad, 2002.

² Amar, Akhil Reed: *The Constitution and criminal procedure*, First **principles**, New Haven, Conn. London, Yale University Press, 1997.

of fact – guiltiness – the judge make a decision about a legal question – the sanction). In our country – similar to the other continental system countries – the presidential hearing is the typical (the head of the division execute the interrogating and only additional questions can be asked), the hearing system is monist (the same council make a decision both in the question of guilty and the sanction), but the 295. § of CPA makes it possible that the witness could be questioned directly by the prosecutor and the defence in the case of accepting the relating proposal. After the primary proceedings (dependently the declaration of the people who have a rights to appeal) could be the secondary and tertiary proceedings. There could be extraordinary rules related to the primary, secondary, tertiary proceedings during the extraordinary proceedings. Part of them are for significant acceleration, simplifying (bring somebody to trial, disregarding proceedings, relinquishment proceedings, civil proceedings), other part of them are accounted for the accuser's living conditions, which are significantly different from the average(proceedings against adolescent, military crime proceedings), or avoid the remarkable continuance of the proceeding (proceeding during the accuser's absence).³

The separate proceedings shouldn't mixed with the special proceedings⁴. Till in the case of separate proceedings (within particular limits) decisions made about the accuser's guiltiness (whether he did, and what kind of crime, and what kind of sanctions are necessary), till in case of special proceedings the judge make a decision about other questions, which are related to the criminal proceedings. These may have happened before the court proceedings too (for example acknowledgement of a foreign judgment, during the proceedings (e.g. permitting a guarantee), but even after taking force the judgment (e.g. release on probation of the accused).

It case of special conditions, for individual also for the claim of some entitled the extraordinary legal remedy could absolve the validity. Among the extraordinary legal remedy the repeating of the suit is primary factual, the revision, the legal remedy and the approximation procedure are for remedy the legal faults.

One pieces of the parts could be missed (e.g. secondary, tertiary, repeating of the suit, revision is kept in case of application for legal remedy) or could be melted wit other parts (e.g. in case of arresting to the court the prosecutor do the preparing of the hearing).

³ Musil, Jan – Kratochvil, Vladimír – Samal, Pavel (a kolektív): Kurs trestního práva (Trestní právo procesní) C.H. Beck, Praha, 2003.

⁴ Kratochvil, V.: A Treaty of the Constitution for Europe and the starting points for the "European criminal law". Legal Studies and Practice Journal, 2006/IV. pp. 414-426.

2. The effect of the criminal proceedings

The effect of the criminal proceedings is regulated by the Article 11 of CPA. According to that, in case of the cases, which are under the Hungarian criminal legal authority, we distinguish the territorial, personal and temporal effects of the act:

According to the territorial effect, there is matter of conducting Hungarian crime proceedings primary only in case of crime committed in Hungary. The crime committed on plane or ship with Hungarian ensign is qualified as a crime committed at home.⁵

The personal effect is comprised not just only the all the accused of the crime committed in Hungary (independently the citizenship), but comprised to every Hungarian citizen (regardless of the country, where the crime were committed and that crime is qualified as a crime in that country). The same way the personal effect accused to the foreign citizen too, if he accused his crime in abroad, but the effect of the Hungarian crime authority comprised (the crime is indictable offence according to the place of a crime in case of criminal conduct against humanity or state, probably crimes to be prosecuted according to international contracts).

In addition to these conditions there is no use of conducting Hungarian crime proceedings against the person who has a discharge based on international contracts or has other kind of discharge except the discharge were lifted.

Till the disposition relating to the personal, and territorial effect essentially based on the rules of the crime Act, until there could be experienced a difference in the aspect of temporal effect. According to that the crime proceedings has to be investigated always according to the law effected in the judgment of the crime (and not the perpetrator of a crime) (In the Crime Act there is a main rule, that the rules, which were in effect in the date of the perpetration have to be used).

The determines of the effect of the law could be problematical in case are in progress, if the modification of the law touch important proceeding disposal. The law doesn't have retroactive effect, and according to the transitional arrangements in case of progress are relevant if a new (effect) law is take effect, and the proceedings are based on the old law, which regulate the proceedings differently. If e.g. the competence rules have changed then the case are in a local court have to be transfer to the county court, if the modified charge belongs to the competence of the county court after changing the competence rules. If in the appeal they there are a refer to the misdemeanor in the proceeding, the secondary court judge the legality of the proceedings of the primary court according to dispositions the Law of Act, which

⁵ Heubel, Horst: Der 'fair trial', ein Grundsatz des Strafverfahrens? Zugleich ein Beitrag zum Problem der 'verfassungskonformen' Rechtsfortbildung im Strafprozess. Berlin, Duncker & Humblot, 1981.; Hübner, Claudia: Allgemeine Verfahrensgrundsätze, Fürsorgepflicht oder fair trial? Mohr, Tübingen 1983.

were in effect during the procedure in the first instance. But in the proceeding, which are restarted after the suspension, the disposition of the new crime proceedings law have to be considered already if those dispositions have changed meanwhile.

3. The principles of the crime proceedings

The principles of the crime proceedings can be found among the fundamental dispositions⁶. Contently essentially they are demands and prohibitions laid against the acting authority. Their aims are first of all to mean a contact between the judicature and the legislation as an orientate and determinative, overall items⁷. If a problem has occurred during the judicature in the interpreting of certain crime proceedings disposition, or different rules are in conflict for the solution we should go back to the principles⁸. And even more, the subsequent law and CPA modifications have to be convenient to the principle dispositions.⁹

The effective Law of the crime proceedings consist eleven principles. Those could be classified according to three main considerations.¹⁰ There are so called constitutional and operational principles. Those principles belong to the former group, which are succeeded not just in the criminal procedure, but in the civil justice too. The principles could be divided, whether the principle put down in the Constitution or not. The constitutional principles are generally put down in the Constitution, while only the CPA dispose the most of the operational principles (with one or two exemption, see the presumption of innocence, presumption of defence which can be found in the Constitution too). Eight from the principles (the principle of sharing the proceeding task, principle of the right to the legal remedy, principle of the defence, principle of official, presumption of innocence, prohibition to self accusation, principle of use of native language, the principle of independent judgment of a criminal liability) are crossing over the whole proceedings – from the investigation to the court proceedings, while three principles (the base of court proceedings, right to the court proceedings, burden of proof),¹¹ are regard as a primary theorem which feature

⁶ Erdei Árpád: Kodifikációs megfontolások a büntetőeljárás alapelvei ürügyén, MJ 1990/3.; Wlassics Gyula: A bűnvádi eljárás alapelvei, Budapest, 1885.

⁷ Gordon, Gerald H.: The criminal law of Scotland, Volume 1, General principles, Other, Edinburgh, 2000.

⁸ Gardner, Thomas J.: Criminal law, Principles and cases, Stamford, Conn. London, Wadsworth Thomson Learning, 2000.

⁹ Cséka Ervin: Korszerűsödő alapelvek a büntetőeljárásban, Szabó Emlkv. 103-120. o.

¹⁰ Szabóné Nagy Teréz: Az alapelvek rendszere az új büntetőeljárás törvényben, BSz. 1973/7.

¹¹ Rüping, Hinrich: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren. Berlin, Duncker & Humblot, 1976.

to the court proceeding,¹² (although the burden proof is prosecutor's responsible, consequently it is peculiar to court proceeding primary but not exclusively).¹³

At the same time, the CPA regulates some principles without cause discomposedly.¹⁴ In this way the burden proof belongs to the presumption of innocence, while the principle named as a base of court proceedings is essentially the part of the contradictor. Those principles are examined by the lecture note in one subsection.¹⁵

3.1. The principle of official. The independent judgment of the criminal liability

According to the sixth article of CPA, the court, the solicitor and the investigating authority's responsibility to start and to make the criminal procedure in case of conditions of CPA are existing. Till the principle of permissive legislation (confinement to plea) succeed in the civil proceedings (court proceed only for the application of the parties) until in crime proceeding the authorities proceed even if the wounded definitely protest against it (exception: private motion criminal offense). So the principle of the officially lay a charge on the court to proceed. The crime detection obligation passes the investigator authorities to detect every infringement and theirs all perpetrator. Indictment and prosecution obligation pass the prosecution (behind the obligation to investigate and to legal control of the investigation). It has to indict in every case if the material and factual conditions are existing; It has to demand the judicial decision and if that is not suit the law, it has to be tantamount to legal remedy possibilities. The court has a sentencing obligation: to determine, whether a crime were committed or not, and if did, who was/were the perpetrator(s), and to apply the correspondent legal ramifications in case of existing of legal conditions.

The principle of operation law entitle and at the same time compel the criminal authorities to conduct the crime proceedings independently other's permission and to execute the procedural actions. This principle is in a tight connection with the principle of crime legality, which call up on keeping the laws: if the conditions of criminal offense are exist (disparities, dangerous to the society, guiltiness), then the perpetrator has to reap always his punishment (and the criminal persecution doesn't depend on individual consideration).¹⁶

¹² Eggmann, Beatrice: Der Grundsatz der Öffentlichkeit im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der baselstädtischen StPO. Basel, 1988.

¹³ Geppert, Klaus: Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren. Berlin, de Gruyter, 1979.

¹⁴ Vargha László: A büntetőeljárás alapelveinek új szabályozásához, Jubileumi Évkönyv, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 1975., 219-236. o.

¹⁵ Csemegi Károly: A magyar bűnvádi eljárás tervezetének indokai, I. A bűnvádi eljárás alapelvei, Budapest, 1882.

¹⁶ Bócz Endre: Legálitás, oportunitás és az ügyész diszkrecionális jogköre, RSz. 1994/1.

The principal of opportunity (alignment) means a fraud in case of both the ex offio principle, both the principal of legality¹⁷. In some cases it is justified, though oppose the principal of legality, but for an important reason the procedure doesn't conducted or the punishment of the accused is left out. The important reason could be the interest of the injured party (e.g. lack of private motion), but even for promoting the success of other principles (e.g. charge obligation). Those acceptations are the followings according to Tremmel.¹⁸

	The legal fractures of the Criminal Code	The operation of law fractures of the Criminal Code
By external person (extraneous)	<ul style="list-style-type: none"> - private motion (Btk. 31. §) - separate prosecution (Btk. 236. §) - request (Btk. 183. §) 	<ul style="list-style-type: none"> - private prosecution (493-515. §) - set to a charge (2. §) - set to a claim to a legal remedy
By internal person (by authority)	<ul style="list-style-type: none"> - distraction (485/A-B. §) - admonition (174. §, 190. §, 267. §) - omission of sentencing (330. §) 	<ul style="list-style-type: none"> - partly omission of an investigation (187. §), partly omission of indictment (220-221. §) or omission of proof (306. §) - cooperation with the suspect (175. and 192. §) - proceedings against undercover detective (175. and 192. §) - intermediary proceedings (221/A. §) - postpone of indictment (222-227. §) - termination in narcotic case (267. § (1) i)) - termination in alimony case

The judgment of criminal liability is independent from other proceedings and the established matters of fact.¹⁹ Therefore the 10. § of CPA says, that in that question, whether the accused did, and what kind of crime, in criminal proceedings the authority (court, persecutor, investigate authority) is not bound by the decision brought in other proceedings, or conclusion of fact bounded there. So it may happen that the action is brought against the accused, will be repudiated by the civil court, on the other hand his criminal liability will be established. On the other hand the final

¹⁷ Kertész Imre: A legalitás erőzítője az opportunitás inváziója, Tokaji Emlkv. 1996. 151-158. o.

¹⁸ Fenyvesi Csaba – Herke Csongor – Tremmel Flórián: Új Magyar büntetőeljárás. Dialóg-Campus, Budapest-Pécs, 2004.

¹⁹ Király Tibor: A legalitás a büntetőeljárásban, JK 1986. 201-206. o.

decision established in a crime proceedings is in the civil proceedings is binding: in one respect the rules relating to the notarial document its content has to be accept as a true, (Civil Procedure Act 195. §), on the other hand, according to the 4. § (2) Art. of Civil Procedure Act, if in a civil suit has to be made a decision about the pecuniary legal consequences of enforceable adjudge crime, the court mustn't establish, that the accused didn't commit the crime is responsible for.

The decision judged in a criminal case proved as a notaries document the variance of the facts involved. So it doesn't mean that there is not other kind of decision making – since the different responsibility rules – about responsibility. So e.g. the labour law valuation of a law defaulting, which is a basis for an extraordinary notice could be different from the criminal judgment because the lack of the proved the same conduct since the other individual circumstances of the case.

3.2. Sharing of the procedural task

In the criminal proceedings the sharing of the procedural task means function aggregation, and declare mutual legal situation of the subject of certain duties (charge, defence, judgment), and makes clear their relationship between each other.²⁰

The essence of the historically changing and different procedure frames applied principle of charge fundamentally made up by three elements according to the judgment No. 14/2002. (III. 20.) of the Constitutional Court: sharing the contentious functions, the accuser's right for the disposition with the charge, the court's binding to the charge both during the starting of the court part of the proceedings and both during it conducting, and both int he course of judgment.²¹

The principle of contradictory is disposed by the 1. and 2. § of CPA. According to the 1. § in the crime proceeding the charge, the defence and the judgment are separated from each other. The aim of this disposal is to lay down the function sharing. The lawmaker warrant in this way the reasonable division of labour and create the realistic base for eliminating the mistakes. The separating of procedure functions don't limited to the court part, but – even partly – it is succeeded in the investigating part (except the judgment function). This kind of sharing of procedure task is an essentially requirement in an accusatory proceedings, in contrast to the inquisitor proceedings, where the intertwine of the procedure task was typical. The establishment of disqualification purpose the principle succeeding among others, which prevent that one person carry out different contentious functions. The bound to the charge is the characteristic to the relationship between the charge and the

²⁰ Kohlmann, Günter: Waffengleichheit im Strafprozess, In: Festschrift für Karl Peters, Tübingen, 1974.

²¹ Müller, Egon: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, NJW 1976. S. 1063–1067.

judgment: the frame of the court proceeding is the legal charge that is the court proceeding it could started only in base on legal charge (otherwise according to the 373. § (1) Art. III. p. of CPA the secondary court on its council abolish the primary judgment) in addition the court has obligation for exhausting the charge (it has to make decision about everything in his peremptory decision, which are consisted by the charge see 2. § (4) Art., and 257. § (1) Art. And it can't expand over the charge.

The court is not bound to the charge meticulously. The principles of the charge don't demand the total historical sameness between the charge and the judgment bearing of a case. The court has to aim at the entire and true exculpation of the bearing of a case during the proof²²: according to the result of the proof judgment bearing of a case could different in several aspect (in point of the place of the crime, time, method, tools, incentive, result etc.) without trespassing the principle of charge. Since within the frame of the charge the specifying the bearing of a case within the method of a perpetration doesn't trespass the bound to the charge. Neither within the frame of the charge the specifying the bearing of a case within the method of a perpetration doesn't trespass the bound to the charge. The court could put that kind of facts down in its judge, which are not included in the bill of indictment. So it doesn't mean the grievance of the bill of indictment, if the court establish that kind of details relating to the historical bearing of a case, which aren't included in the bill of indictment; as well as not even then trespassed the principle of the charge if a bearing of a case in the court's decision doesn't cover the facts included in the charge, but it is suit for the aspect of the essential elementary parts of the crime.²³

In point of qualification the total informality succeeded. The prosecutorial bill of indictment has to include the description of the action taken the object of a charge and the qualification of that according to the Btk. The historical description determines of the action taken the object of a charge the frame of the charge. It couldn't be seen as the omission of a charge if the prosecutor doesn't qualified the one pieces of the part unless there is an expressed reference, that the prosecutor doesn't want the criminal qualification of the action. It doesn't mean the trespassing of the principle of the charge if the court with the action taken the object of a charge determine the trespassed traffic rules not in the method of a charge but differently from that. The same way, there couldn't be determined the lack of legal charge if the court qualified the action as a fraud, which was writ down in the bill of indictment as a fraudulence and the secondary court qualified legally (without the grievance of the principle of the charge) the action of that accused beside theft as an assault

²² Grisebach, Klaus: Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht. Freiburg i. Br., 1979.

²³ Kanduč, Z. – Korošec, D. – Bošnjak, M.: Spolnost, nasilje in pravo. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in Urad za žensko politiko Vlade RS, Ljubljana, 1998.

committed in base motive, who blew off the injured party and this fact is contained in the bill of induction. It couldn't be seen as a grievance of a charge if the court in kind of not belonging to the real formal aggregation crime determine the guiltiness of an accused, which is definitely not proposed by the prosecutor (since wrong point of view relating to the qualification). In case of accumulation the court is bound to the charge. The summing up, which made in the council of the presidents of the high courts of appeal and, county courts (Metropolitan Court), between 27-29 of march of 2006. declared: "That kind of action prescribed in the legal conclusion of fact and are not qualified as a crime, or not proposed the impeachment by the prosecutor, could not be regard belonging to the charge".

The Supreme Court's opinion is opposite from that: "The qualification of the action according to the Btk, which are the object of a charge is not essentially parts of the legality of the charge". According to the Supreme Court, the court if he found the prosecutor's point of view faulty, can qualify as a crime without trespassing the principle of charge the dependent part action, unpunished tool, subplot, latterly action according to the qualification of the prosecutor, so it could declare realistic accumulation²⁴. The original charge doesn't bound the court in case of novum arisen during the trial. It doesn't mean the grievance of the principle of the charge, if the damage occur in the charge is modified as a result of a court verification.

That kind of charge could be legal, which are suit for minimal content requirements too. The representative of a charge have to take the initiative the executing of the court proceedings in every cases, for a directly described action, including the criminal qualification of that, for an impeachment of a person, who is exactly identifiable, the charge is substantiated and included the qualification of the criminal law, the marking of the proof and the proposal, with multiple charge before the court which has an effect and competence.²⁵

According to the system of the CPA the prosecutor who is endowed with public prosecutor function, after the finishing the investigation, valuing the data of the investigation, could make a decision about the further fate of the investigation. The indictment is one of the result of the valuing activity of the prosecutor, with which he practice his executive power. In virtue of this the particular case taken in the court, which has an exclusive right to make a meritive decision. Those disposes, which make it possible the modification of the charge for the accusatory guarantee the effective practice of charge function. Even if after the original impeachment some new part (new proof or the legal qualification of the facts) is a reason, the charge

²⁴ Müller, Jürgen: Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozess. (Nach den Strafprozessordnungen des Bundes und des Kantons Zürich) Zürich, 1992.

²⁵ Kalvodová, V. (red.): Rekodifikace českého trestního práva procesního. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno: Masarykova univerzita, AUBI No 250, 2001.

could be modified (modifiable or extendable). Till the passing of the primary court's judgment, the prosecutor has a right to convert significantly the charge in the aspect of actions, which were not the object of the charge, and even more, with the retention of the procedure rule, he could indict the person, who were not indicted originally. This is justified both for the enforcement of a state for a criminal claim, and for claiming the lawsuit-thrift. However the court can't call the prosecutor' attention for extending the charge, since according to that the court could have such a power, which could makes it possible to him to broden the frame of the charge according to his conception (that was the reason, why the 342. § (3) Art. of CPA abolished by the Constitutional Court).

The primary condition of a fair proceedings the separate of the accusatory, defence and judicial function.²⁶ the separate of the task of prosecutor, defence and the court, the detailed regulation relating to the individual operating functions, the construction of the responsibilities described to the subject of the procedure and the rights of them mean a proceeding guarantee too. the courts bind to a charge is limits not just the connection of the prosecutor and the curt, but it is essentially important as a contain of the accused rights to defence. For the accused, it is indispensable to know that on base of what kind of facts, connections, dates and what kind of crime there is a court proceedings to call him account. The punctual knowledge of a charge could guarantee to the defence – among others – the revealing the proofs, which could mean the guiltiness or the presence of the qualifying circumstances, or relating to the privileges feature of the action, with case and effect connection, or the possibilities of attention calling to significant motive in the aspect of judging the action, mitigation circumstances.

According to the practice of the European Court of the Human Rights the function aggregation; so the case, when the judge has task excluding the judgment in connection with the investigation or the charge awake a legal down with the unbiased of the judge. There is a basic question whether the judge, who is over the parties has to be separated.

The term of a criminal procedure the charge, which is attacked by the defence, and for this, the independence of the judge could be guaranteed in that way if the charge is not composed by him, the task related to the charge is did by a person different from him. The doing of the charge and the defence by within same person in one procedure is only enough to ask the judge unbiased independently his personally behaviour.

According to the Constitutional Court it course that the separation of the duties of the prosecution and the court mean not just the observing the rules of accusation

²⁶ Julean, D. L. – Ciopec, F: Drept Procesual Penal. [Criminal procedural law] (Speciala-Generalala) Editura Mirton, Timisoara, 2001-2002.

and the prosecution but it has a balanced role the aspect of the legality of the charge in contextual essence the detailed operational regulations, related to the activity of the judge, and the prosecutor,, the liabilities and described to the parties of the procedure and the construction of the rights guaranteed to them are essentially significant in the aspect of fair proceedings.

The regulations of the 75. § (1) of CPA is also relates to the principle of the charge. According to it during the evidence, the court has to endeavour to clear up competently and without lack the bearing of facts suit to the reality, even if the prosecutor doesn't propose the court is not required to get the proofing tools to support the charge or scope them. on the other hand according to the argument, the court has to help to a civil prosecutor during the proof. (who is a private without the rights of the authorities).

If the charge is not suit to the requirements set up by the law, according to the 268. § (1) Art. of CPA the judge looking for the prosecutor for a supplement of the lack of the bill of indictment. According to the argument, if the apply has no result, there is no place to execute the court proceedings. If it is found, out in the primary procedure that the charge were not legal then the court stop the proceeding according to the 332. § (1) Art. (d) p. of CPA.

According to the supreme court the stopping of the proceeding since the lack of legal charge has no effect "res iudicata" since that could be in case of judged action.

3.3. The theory of innocence

According to the 4. § and 7. § of CPA, the principle of the theory of innocence²⁷ made up by three element: a) the theory of innocence (*praesumptio boni viri*), b) the obligation to proof (*onus probandi*) and c) in case of doubt the decision is to the accused interest (*in dubio pro reo*).

Essentially the *praesumptio boni viri* in the narrow sense is the theory of innocence: no one can handle as a guilty as long as the court in his final decision have not declared his criminal liability²⁸. This theory doesn't mean as a matter of course, that there is no place to execute the procedure against the accused or giving effect to coercive measures, but there should avoid the defendant handing as a guilty during the executing of a crime proceedings²⁹. So e.g. the defendant preliminary arrested can be ordered, but during the execution, the regulations related to the condemned can't be used but according to the possibilities the time spend keeping

²⁷ Szikinger István: Az ártatlanság véelme – alkotmányos alapelv, BSz. 1989/3.

²⁸ Blutman László: Az ártatlanság véelmének hatóköre az európai alapjogokban. Szabó Emlkv. 1998. 57-75. o.

²⁹ Kühn, Kristian: Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 1983.

him in a prison have to converge to the external circumstances (the arrested can wear his cloth, force measures can't be used against him etc.).³⁰

The obligation to prove (*onus probandi*) falls to the authorities (it is really an obligation to prove, since the consequence of non-proving doesn't afflict the authorities). According to the 4. § (1) Art. of CPA the proving of a charge is responsibility of the prosecutor. It is true not just for the searching of incriminating evidences, but for the at tenancing circumstances too, so the probably reasons for discontinuance or discharge (lack of crime, obstacles in punishing) have to be looked up by the authorities.

There are exceptions from this regulation: proving the truth (*exceptio veritatis*) in case of defamation if the accused refer to that his questionable expression was truth and he had a serious reason to did it, then the accused's obligation to prove it, in drug affairs. The principles of the crime proceedings can be found among the fundamental dispositions. Contently essentially they are demands and prohibitions laid against the acting authority. obligation to get the certificate, which could be the base of postponing the charge or discontinuing the proceedings, in case of criminal organization the accused obligation to prove the legal source of the wealth. The fact, which are not proved without doubt couldn't be value against the accused says the 4. § (2) Art. of CPA³¹.

We have to take three restrictions: a) it relating to only a question of facts (evaluating the proof) not for a legal question (e.g. in case of doubt, the court not liable for applying the milder qualification), b) it relates to only the peremptory resolution, which are able to take into force (not for other resolution so e.g. at the declaring preliminary arresting it is not trendsetting at the court's decision); and c) it could be only applied after the exhausting the other legal proving possibilities (if doubt is occurred e.g. between two confession, then the court has to try to eliminate with other way of proving e.g. with confronting).

In case of definitive judicial decision with this kind of restriction if there is not enough proof or those are controversary the court has to declare the bearing of facts that those create a favorable situation to the accused³².

If there is not possible to make expert in forensic medicine judgment about an accused's punctual mental state disease cognition or releasing the controversialist, the judge take stand on the benefit of the accused valuate the doubt, whether he did

³⁰ Bosch, Nikolaus: Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

³¹ Michael, Andreas: Der Grundsatz "in dubio pro reo" im Strafverfahrensrecht. Zugleich ein Beitrag über das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht. Frankfurt am Main, Lang, 1981.

³² Zopfs, Jan: Der Grundsatz "in dubio pro reo". Baden-Baden, Nomos, 1999.

the crime in a mental incapacity which indispose him for or limited recognizing the consequences of the action, or act according to this.

3.4. The prohibition of self accusation

The prohibition of self accusation belongs to the most basically principle³³. According to the 8. § of CPA no one can bind to make a confession against himself and provide proof. According to the ministerial reasons of a judgment the prohibition of self accusation is destined for insuring the freedom of the confession and the right for refusing the cooperation in providing proofs not just for the accused but for other persons too especially for the witnesses.³⁴ This prohibition extend to the forcing of a confession, but it is not extend to the possibility of getting the object proving tools, document by the authority with searching or house searching.

So the prohibition of self accusation has two elements: nor the accused, neither other person (e.g. witness) is not liable to charge himself; and nor liable to create a proof against himself.

Among the two elements the first (the prohibition of self accusation tighter) can't backed out by force measurements. At the same time the second element (proof creation) relates just to the subject of a prohibition of self accusation (he is not liable to create a proof against himself) the authorities could get the accusing proof with investigating tools, even with a force measurements.

For the prohibition of self accusation nor the accused, neither the witness are not obligatory testify an incriminating confession against him according to the 117. § (2) Art. of CPA at the starting of his interrogation the accused has to be warned that he is not obligated to take a confession or he could refuse the answer for some questions any time during the interrogation, but anytime he could decide to take a confession even if he have refused the confession earlier, according to the 82. § (1) Art. b) p. of CPA the witness could refuse the confession if he could blame himself or anybody of his relatives (except if the interrogation or the procedure is quashed, the punish ability is quashed).

According to the commentary, the prohibition of self accusation complete on the one hand innocence presumption considering that the guiltiness of the presumed of innocence have to be proved by the authorities even in mood disclosing any doubt, the accused can't be forced prove his innocence in any form, nor on the other hand that liability described in 4. § (1) Art. of CPA that the charge is responsible for proving the charge.

³³ Berthold, Volker: Der Zwang zur Selbstbeichtigung aus § 370 Abs. 1 AO und der Grundsatz des nemo tenetur. Frankfurt am Main, Lang, 1993.

³⁴ Dithmar, Ulrike: Der Grundsatz "ne bis in idem" und das fortgesetzte Delikt. Aachen, Shaker, 1995.

3.5. The right for court proceedings

According to the 3. § (1) Art. of CPA paragraph everyone has a right that court, which has a competence and authority judge about the charge charged against him the right for court proceedings is a constitutional fundamental right. According to the 57. § (1) Art. of the Constitution in the Hungarian republic everybody equal in front of the court and everybody have right that independent and unbiased court about the charge charged against him and his rights and liabilities in some trial judge in a just and public trial. The 50. § of the Constitution also compose a guarantee, since according to it the judges are independent and subordinated to the law. The guarantee of the compulsory can be found both in the Constitution and in the CPA too is drafted the Act of about the organization of the courts and the jurisdiction.

1. § of the LXVI Act of 1997, which declared that in Hungary the jurisdiction is practiced by the courts. According to the commentators the 3. § of this act puts down in the same guarantee, when it declares, that the judges are independents, they judge according to the law in correspondence with their conviction they are not susceptible to influence and they are not order in connection with their judicature activity.

According to the principle, only the court is authorized to establish criminal liability. Slightly opposite with this the CPA empower the prosecutor declare decisions, which are similar to declaring the criminal liability with the same time refusing the impeachment (174. § of CPA) the prosecutor could reprimed censure in less important cases the prosecutor could leave out the accusation without establishing any sanction according to the 222. § of CPA the prosecutor can postpone the charge against the accused and in the latter case the prosecutor open a right that in his judgment about postponing the charge obliged the accused to keep the attitude rules or fulfilled a duties.

In case of using some sanctions the accused lodge a protest against the declaration and in the case of the accused's protest the procedure have to be kept or to be indicted a charge. On result of this in case of the sanction applied by the prosecutor is succeeded the defendants right to a court proceeding.

The 50. § (1) Art. of CPA of the Constitution contains provision, that the courts of Hungarian republic protect and prove the constitutional order the rights of the citizens and legal interest, punish the perpetrators of the crime.

The 3. § (2) Art. of CPA is suit for that according to the commentators the court's monopoly of the decision about the guiltiness and the punishment expressed out in that only the court have a right to declare the liability of anyone and imposing a punishment, since only the court procedure guarantee the unbiased, true and fair conditions needed to a decision.

3.6. The principle of protection

The accused can defend personally, but beside this, the right of protection is legal duo of him during the whole crime procedure³⁵. This is declared by the Constitution (57. § (3) Art.). The principle of the protection made up by further elements too. On one hand it is declare a liability to the authorities: they have to prove that the person the procedure is in process against him, could make use of his rights (5. § (3) Art. of CPA) second sentence. This guarantially regulation makes it compulsory to the authorities to guarantee the correspondent defence⁴. Simultaneously the first sentence of the 5. § (3) Art. of CPA declares, that too, that for the interest of the accused the lawyer could proceeded at any part of the procedure. So the accused can choose a lawyer from the starting of a procedure started against him (commenting the founded suspicion) and this right due him not just for the investigatory and regular court procedure, but it is extended to the extraordinary legal remedy and even to some special procedure to the accused could choose a counsel freely any time from the starting of the procedure till to the finishing o fit, and could authorize other counsel too (facultative defence).³⁶ However he couldn't dispose totally freely on the proceed the counsel for his interest it may have happened that though he didn't authorize counsel but the law makes it compulsory the counsel's participation during the procedure (the opposite of it can't occur: so the accused wants a counsel but it is not authorized for him!).

The cases of compulsory defence is listed by the 46. § and 242. § (1) Art. of CPA: a) the law prescribe five years or mere serious loss of liberty to the crime; b) the accused is kept in prison; c) the accused is deaf, blind, dumb person or – regardless his criminal capacity – mental incapacity; d) the accused doesn't speak the Hungarian or the language of the procedure; e) for any other reason, the accused is not able to defence personally; f) in case of separate proceeding so: proceedings against adolescent; proceedings taking into the court; proceedings executed the defendants absence; procedure waiver from the hear; g) in case of procedure kept by the investigator court via closed circuit telecommunication network; h) in front of county court as a primary court; i) if substitute civil suitor appearing; j) in case of some extraordinary legal remedy (revision, legal remedy); k) in case of special procedure prescribing deposit.

In case of compulsory legal representation it has to be mentioned (but it refers to the charger not for the accused) that the substitute civil suitor is obliged to take care the lawyer's presentation if he doesn't have legal special examination. In the circuit of

³⁵ Pavišić, Berislav (ed.): Transition of Criminal Procedure Systems. Rijeka, 2004.

³⁶ Válková, H. – Dünkel, F.: Trestni zákonodárství nad mládeží v historické a srovnávací perspektivě. Praha: Leges, 1999.

principle of the defence the CPA regulates the defendant's right to personal freedom. The limitation of this right or depriving the freedom of anybody is just for the reason regulated in the CPA and according to the procedure regulated in the CPA

3.7. The principle of use of native language

According to the 9. § of CPA the language of the crime procedure is Hungarian (even if most of the participants are non-Hungarian native). No one could get a handicap for not knowing the Hungarian language. The principle of use of native language is a declared principle in the Constitution.³⁷

During the criminal procedure everyone can use his native language in written or oral and according to international contract proclaimed in law the regional or minority language in a declared circuit or (if he doesn't know the Hungarian language) he can use that language what he knows. According to the principle of use of native language the decision or documents proclaimed by the authorities and those have to be delivered have to be translated according to the above rules to the language used by the accused except the accused resign definitely from this. But in the case of the accused resignation the document have to be translated in such cases even e.g. according to a description of international contract announced by a law beside the request to the delivery in abroad has to enclose the translating in a language declared in an international contract. With the lack of fit the foreign authority refuse the relating request to the delivery.

Following the impeachment the cost of those translations the compulsory of the prosecutor into the accused's native language (independently the facts that the prosecutor had to care about the translation) the court determines and pays in advance. The non Hungarian native citizen can use his native language even in that case if he fluently speaks Hungarian, however this fact is not based the compulsory defence, since there is a condition the unknowing the Hungarian language. The accused knows the Hungarian language can't mark other language apart from his native language (so if he choose between his native language and the Hungarian language).

According to the 114. § of CPA if the non Hungarian native language person wants to use his native language during the procedure (the regional or minority language determined in international contract expressed by law) an interpreter have to be used. If the using of native language come up against disproportionate difficulty the using of other language marked by the accused have to be guaranteed through interpreter.

³⁷ Herke Csongor: Bűntető eljárásjog. Dialóg-Campus, Budapest-Pécs, 2007.

3.8. The right to legal remedy

The lawmaker rules the right to legal remedy on a principal level in the 3. § (3) and (4) Art. of CPA. According to that if the CPA doesn't make exception against the resolution of the court, the prosecutor and the investigating authorities and for the action of the prosecutor and the investigating authorities there is a room for legal remedy. There is no place for legal remedy against the decisions of the Supreme Court. There are the same problems connection with statutory law formulate of the principle of legal remedy a sin the earlier CPA from 1973. So this formulate carry out if there would be guaranteed the right for legal remedy almost in all active or passive authority's action in the crime procedure.³⁸

But its opposite is the true: a) there only during the investigation can have a legal remedy in case of negligence; b) legal remedy for measures is only could occur during the investigation (e.g. complain about searching); c) there is a wide range of legal remedy relating to the decisions (compare the cases of disclosing the complain during the investigation or the court numerous suit leading decree).

The principle has a real contain so much, that in the two parts of the crime procedure – firstly against the decisive decisions – can use the order legal remedy, so during the investigation the complain and the appeal in the court proceeding.

³⁸ Hautzinger Zoltán – Herke Csongor: The Hungarian Criminal Procedure Law. University of Pécs, Faculty of Law, Pécs, 2006.

Ivan Bele*

O POMENU KAZENSKE ODGOVORNOSTI

(O pojmu kaznene odgovornosti; About a notion of a crime responsibility)

Sažetak

U vrijeme važenja starog jugoslavenskog kaznenog prava, kaznena odgovornost je bila ekvivalent tradicionalno shvaćenom konceptu krivnje. Suprotno tom shvaćanju članak 15 Slovenskoga kaznenog zakonika govori o obje ustanove – kaznenoj odgovornosti i krivnji, istodobno dajući obima isti smisao. To udvostručenje i prenormiranje dva koncepta rezultira u nesporazumu od strane inozemnih znanstvenika i praktičara koji izučavaju slovensko kazneno pravo a stvara i poteškoće u primjeni. Slovenska znanost je dužna praktičarima i zakonodavcu dati specifičnu i jasnu definiciju i interpretaciju oba koncepta. Rješenje bi prema mojem mišljenju trebalo usmjeriti prema tome da je krivnja specifični koncept kaznenog prava koji pomaže u ustanovljenju osnove za kaznenu sankciju protiv određenog počinitelja određenog kaznenog djela u odnosu na subjektivni odnos počinitelja prema zaštićenju vrijednosti. S druge strane kaznena odgovornost obuhvaća širi smisao zasnivanja jednakovrijednosti i suživota među ljudima. Prihvaćajući tu etimologijsku interpretaciju, kaznena odgovornost izražava svrhu kaznenog prava kako u odnosu na zakonsko kazneno pravo ili njegovu interpretaciju – vjerujemo da to nije nužan samostalni pojam.

Ključne riječi: kaznena odgovornost – slovensko kazneno pravo

Summary

Under the old Yugoslav criminal law criminal responsibility was an equivalent to the traditional understanding of the concept of guilt. In contrast to this approach, Article 15 of the Slovenian Criminal Code speaks about both institutes – the criminal responsibility and the guilt; and at the same time giving both similar meaning. This duplicity and overlapping of the two concepts is resulting in misinterpretations from the side of foreign academics and practitioners when looking at the Slovenian criminal law and causing problem in practice. It is thus a debt of the Slovenian criminal law academia to the public, practitioners as well as to the legislator to provide a proper and clear definition and interpretation of both concepts. Solutions should, in my option, go in the direction where guilt remains a specific criminal law concept, which helps us in establishing foundations for criminal sanction against a specific perpetrator of a specific criminal offense in relation to the subjective attitudes of the

* Izredni profesor, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru/Izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru/Associate professor, Faculty of Law University of Maribor

perpetrator to the legally protected values. On the other hand, criminal responsibility bears a broader meaning in establishing equality and coexistence among people. Given that etymological interpretation gives the concept of criminal responsibility the defining purpose of criminal law – be it in regard legislating criminal law or in regard to its implementation – we believe that the concept does not need a self-standing definition in the criminal code.

Key words: Criminal Responsibility – Slovenian Criminal Law

1. Neustrezna zakonska opredelitev kazenske odgovornosti

Izraz kazenska odgovornost ima po veljavnem slovenskem kazenskem pravu drugačen pomen kot v pogovornem jeziku in tudi v pravnem jeziku ima drugačno vsebino kot si jo zamišljamo pri primerjanju s pravnimi odgovornostmi iz drugih pravnih področij (odškodninska, civilna, politična, ustavnopravna itd). V prejšnji jugoslovanski ureditvi, ko se je z navajanjem družbene nevarnosti kot temeljnega elementa kaznivega dejanja hotelo to pravo prikazati kot čim bolj avtonomno, je bila drugačna vsebina kazenske odgovornosti še razumljiva, v sedanji ureditvi, ko je kaznivo dejanje definirano kot protipravno dejanje po 7. členu KZ Republike Slovenije¹, pa je seveda določeni posebni pomen kazenske odgovornosti kot izhaja iz 1. odstavka 15. člena istega zakonika, da je kazensko odgovoren storilec, ki je prišteven in kriv, povsem neustrezen, posebej še zato, ker enakega pomena ni najti v kazenskem pravu drugih držav, s katerimi Slovenija želi sicer redno sodelovati tudi na kazenskopravnem področju.

S tem, da se izrazom podeli konstatna vsebina, postanejo pojmi (terminusi), s pomočjo katerih se ljudje v posameznih komunikacijskih sredinah sporazumevajo. Kazenska odgovornost je pojem, za katerega bi bilo zaželeno – glede na načelo zakonitosti v kazenskem pravu –, da ima enako vsebino v pogovornem jeziku, kot tudi v jeziku pravne stroke in v jeziku pravnih pravil. Odločilno vlogo za poenotenje pravnih pojmov ima vsekakor pravna stroka, kar najbolje doseže s tem, da izrazom podeljuje vsebino, ki je potem sprejemljiva tako za najširše komunikacijske kroge, v katerih se uporablja pogovorni jezik, kakor tudi za jezik pravnih pravil. Žal v Sloveniji pravni stroki oziroma tistemu njenemu delu, ki se ukvarja s pravom kot znanostjo, še vedno ni uspelo vsebinsko oblikovati pojma kazenske odgovornosti tako, da bi bil enako kot v določbi 15. člena razumljen tudi v pogovornem jeziku (npr. ob zagrožitvi »za to boš tudi kazensko odgovarjal«) ali pa v pravnih pravilih zunaj kazenskega prava (npr. v 1. odstavku 83. člena Ustave² je določeno: »Poslanec

¹ Kazenski zakonik, Uradni list Republike Slovenije 63/94, 23/99, 44/04.

² Ustava Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04.

Državnega zbora ni kazensko odgovoren za mnenje ali glas, ki ga je izrekel na sejah Državnega zbora ali njegovih delovnih teles« in podobno).

2. Etimološka razlaga kazenske odgovornosti

Kazenska odgovornost je sestavljen izraz, ki ni nastal v pogovornem jeziku, marveč ga je ustvarila pravna stroka. Sta pa zagotovo nastali v pogovornem jeziku obe sestavini tega pojma, to je beseda »kazenska« in beseda »odgovornost«, katerima je pravna stroka ob njuni združitvi v nov pojem dala novo vsebino. S pridevnikom kazenska ni treba izgubljati besed, saj vsak ve, da gre za označbo, ki se tiče kaznovanja. Kar zadeva pa samostalnik odgovornost, pa ima ta takorekoč v vseh evropskih jezikih svoj izvor v besedi odgovor³, kar pomeni, da ob pripisanosti določeni osebi označuje njeno stanje odgovarjanja. V pravnem jeziku seveda odgovornost pomeni določeno obvezno stanje subjekta, pri čemer je zopet treba upoštevati, da pravo pozna predvsem tri vrste obveznosti: dati, storiti ali trpeti. Ob združitvi besed kazenska in odgovornost, bi tudi v pogovornem jeziku bila še najbolj razumljiva taka njuna skupna razlaga, da gre za stanje, ko kdo mora trpeti odgovor v obliki kazni.

Če pravo označimo kot sredstvo za urejanje odnosov med ljudmi, potem moramo tudi v pojmu kazenska odgovornost iskati tako pravno vsebino, da v njej izraženo obveznost enega subjekta povezujemo s pravnim stanjem drugega subjekta. S socialno-pravno razlago je mogoče opredeliti kazensko odgovornost kot delovanje kazenskega prava v tej smeri, da zagotavlja nujno sožitje med ljudmi⁴. S tem v zvezi lahko pomeni uporaba zakona, s katerim se določajo kazniva dejanja in predpisujejo kazni zanje, ponovno vzpostavljanje enakosti med ljudmi po prekršitvi pravic enega s strani drugega. S kazensko odgovornostjo je postavljeno tako delovanje prava, ko posameznik ob uveljavljanju svoje pravice hkrati tudi postaja odgovoren za enako pravico drugega. Kazenska odgovornost torej ima svoj socialno-pravni smoter, kar pomeni, da njeno povezovanje zgolj z izražanjem psihičnega stanja storilca, kakor bi sledilo iz 1. odstavka 15. člena KZ, pomeni izumetničeno zanikanje tega socialno-pravnega pomena. Tudi dodatno označevanje kazenske odgovornosti kot individualne ali subjektivne, nam ničesar ne pove, če prej ne opredelimo jasno samega pojma kazenske odgovornosti.

³ Npr. ang.: response – responsibility,
franc.: réponse – responsabilité,
nem.: Antwort – Verantwortlichkeit,
rus.: ответ – ответственность,
špan.: respuerta – responsabilidad, itd.

⁴ Glej Jescheck H.H., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Duncker&Humblot, Berlin, 1989, str. 140.

3. Razmerje med kaznivim dejanjem in kazensko odgovornostjo

Kazenski zakonik – enako kot že prejšnje jugoslovansko kazensko pravo – pozna v splošnem delu poglavje »Kaznivo dejanje in kazenska odgovornost«, ne da bi pri tem bilo mogoče iz besedila posameznih določb prepoznati natančno razmerje med obema uporabljenima pojmomoma. Ta povezava je bila še najmanj jasna v prejšnjem jugoslovanskem pravu, kjer se je iz besedila 1. odstavka 11. člena KZ SFRJ⁵, da je kazensko odgovoren storilec, ki je prištevten in je storil kaznivo dejanje z naklepom ali iz malomarnosti, lahko sklepalo, da kazenska odgovornost pač obsega t. i. subjektivne elemente kaznivega dejanja. Glede na to, da KZ še vedno določa krivdo le kot storilčev psihični odnos so kaznivega dejanja in njegove protipravnosti, se enaka neustrezna razlaga kazenske odgovornosti kaže še naprej tudi v veljavnem kazenskem pravu. Seveda pa je tako določanje kazenske odgovornosti kot nekakšnega sestavnega dela pojma kaznivega dejanja, za vse druge razen za slovensko kazenskopravno znanost nerazumljivo.

Če hočemo pojma kaznivega dejanja in kazenske odgovornosti res pravilno povezati, je najprej treba poudariti, da se s kaznivim dejanjem vedno razume normativna tvorba zakonodajalca, medtem ko pojem kazenske odgovornosti povezujemo z uporabo kazenskopravnega pravila na realno ravnanje določene osebe. Kazenska odgovornost se uveljavlja z uporabo kazenskega prava, ne pa z njegovim določanjem. S tega vidika ima torej kaznivo dejanje lahko lastnost pravno relevantne kazenske odgovornosti v tem pomenu, da človekovo ravnanje pripelje do take odgovornosti šele potem, ko ga pravno kvalificiramo kot kaznivo dejanje. Seveda je kazenska odgovornost udejanjena v pravnem pomenu šele z dokončno uporabo določbe o kaznivem dejanju, to je s pravnomočno izrečeno obsodilno sodbo. Povsem razumljivo je zato, da na primer nemški StGB⁶ pojma kazenske odgovornosti sam ne določa, nemška pravna stroka pa ga uporablja le kot podlago za vsebinsko povezovanje splošnega pojma kaznivega dejanja z drugimi splošnimi pojmi kazenskega prava, tako da jih skupaj označi za pravne pogoje kazenske odgovornosti.⁷

⁵ Kazenski zakon SFRJ, Uradni list SFRJ 44/1976 – s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami.

⁶ Glej Dreher E., Tröndle H., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C.H. Beck, München, 1995, str. 68-224.

⁷ Glej Roxin C., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, C.H. Beck, München, 1994, str. 167, 168, 700.

4. Razmerje med kazensko odgovornostjo in krivdo

Ob upoštevanju, da prištevnost (ki nikoli ni bila v pravu definirana) kot normalno psihično stanje ne more biti konstitutivni element kazenske odgovornosti in zatorej tudi ne more biti enakovreden pogoj kot krivda, saj se pri neprištevni storilcih o krivdi in njihovi kazenski odgovornosti sploh več ne vprašujemo. Zaradi tega lahko besedilo 15. člena KZ, po katerem naj bi bil kazensko odgovoren storilec, ki je prišteven in kriv, razlagamo tako, da po stališču zakonodajalca ni videti razlik med pojmom kazenska odgovornost in krivda.⁸ Prav to, da se oba pojma vsebinsko enačita, pa je ena velikih napak, ki ta KZ prikazuje kot teoretično premalo premišljen. Neustreznost tega enačenja pojmov se najlepše vidi v kazenskem procesnem pravu, ki je ob dajanju različnih pomenov pojmu krivde oziroma sploh ob njegovem opuščanju v kazenskem materialnem pravu za obsodilno sodbo konstantno določalo, da mora njen izrek vsebovati dva člena: najprej krivdorek, nato pa obsodbo na kazen. To konstantno procesno pogojevanje obsodbe na kazen kot dokončno realizacijo kazenske odgovornosti s predhodnim izrekanjem krivdoreka dovolj zgovorno kaže, da je krivda sicer v pravu nujna predpostavka za obsodbo, ni pa še vsa obsodba kot dokončna posledica kazenske odgovornosti. Se pravi, da je krivda skupaj s kaznivim dejanjem lahko samo eden temeljnih vzrokov za kazensko odgovornost.

Umestno se je še vprašati, ali moramo krivdo upoštevati kot *conditio sine qua non* za kazensko odgovornost glede na to, da se nekatere kazenske sankcije izrekajo storilcu ne zaradi krivde, marveč zaradi njegove nevarnosti (varnostni ukrepi) ali pa zaradi potrebe po njegovi prevzgoji (vzgojni ukrepi). Problem se seveda pojavlja samo takrat, ko se druge kazenske sankcije izrekajo samostojno, ne pa le poleg kazni, saj v tem primeru krivda tudi posredno ni več podlaga za izrekanje kazenske sankcije. Kadar zakon predpisuje za kaznivo dejanje drugo kazensko sankcijo, ki ima drugačen namen kot kazni (npr. varnostni ukrep obveznega psihiatričnega zdravljenja in varstva neprištevne osebe v zavodu ali vzgojni ukrepi za mladoletnike), se uporaba takega zakona formalno šteje za uveljavljanje kazenske odgovornosti, medtem ko po vsebini ne gre za kazensko odgovornost. Namreč, če ob protipravnem dejanju, ki ga kazenski zakon določa kot kaznivo dejanje, ni izražena še subjektivna protipravnost v obliki krivde, kazenski odgovornosti manjka njena potrebna druga *causa*. Kazenska odgovornost, ki se uveljavi z izrekanjem drugih kazenskih sankcij namesto kazni, je torej le parakazenska odgovornost, še več, samo kazensko pravo v zvezi s takimi kazenskimi sankcijami velja za parakazensko pravo.

Nekoliko drugačen pa je položaj glede kazenske odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja. Tukaj se sicer kazenska odgovornost uveljavi z izrekanjem kazni,

⁸ Glej Horvatič Ž. (gl. ur.) et al., *Riječnik kaznenog prava*, Masmedia, Zagreb, 2002, str. 211.

vendar pa ta pri pravni osebi seveda ne temelji na krivdi, kakršna se pojavlja pri fizičnih osebah. V primeru subjektivizirane akcesorne odgovornosti pravne osebe⁹, ko se le-ta pridruži kazenski odgovornosti fizične osebe, je pomislekov o uporabi pojma kazenska odgovornost bistveno manj, posebej še, če se upošteva, da se tukaj pogoji za sožitje med fizičnimi osebami razširjajo še na sožitje med pravnimi osebami.

Glede na to, da so razlage krivde različne, je treba poudariti, da vsako pojmovanje krivde ni skladno s pojmom kazenske odgovornosti. Po vsebini je pojem kazenske odgovornosti najbolj skladen s t. i. normativnim pojmovanjem krivde, po katerem se storilcu na podlagi njegovega zavedenja o prepovedanosti dejanja očita, da ni ravnal prav, čeprav bi lahko bil ravnal drugače. V tem pomenu je krivda ob kaznivem dejanju druga nujna causa kazenske odgovornosti.

5. Razmerje med kazensko odgovornostjo in kaznivostjo

V nekaterih pravnih sistemih se kazenska odgovornost izenačuje s kaznivostjo (npr. Strafbarkeit po švicarskem ali avstrijskem StGB)¹⁰. Pri pojmu kaznivosti moramo razlikovati dvoje: kaznivost dejanja in kaznivost storilca. Kaznivost dejanja določa zakon s tem, da za določeno dejanje predpiše kazen. Glede na to, da je po določbi 7. člena KZ kaznivo dejanje določeno v zakonu s tem, da so določeni njegovi znaki in predpisana kazen zanj, kaznivosti kaznivega dejanja ni mogoče izključiti, saj bi s tem napravili dejanje nekaznivo, nekaznivega kaznivega dejanja pa ne more biti. O kaznivosti je mogoče razpravljati le v tem obsegu, da se v določenih okoliščinah storilec dejanja, ki je v zakonu določeno kot kaznivo dejanje, ne kaznuje s predpisano kaznijo. Seveda, čim gre za tak primer, pa je s tem tudi kazenska odgovornost izključena, kar pomeni, da sploh ni osnove za uveljavljanje kazenske odgovornosti, ni pa izključeno uveljavljanje kakšne drugačne pravne odgovornosti. Iz tega sledi, da kaznivost storilca pomeni pravzaprav isto kot uveljavljanje smotra kazenske odgovornosti, razlika med pojmom pa se pojavi takrat, ko kljub kaznivemu dejanju in krivdi kazenske odgovornosti ni iz razlogov, ki izključujejo kaznivost. Obstoji torej samo posebno razmerje do pojma nekaznivosti storilca kot dodatnega negativnega pogoja kazenske odgovornosti.

Opozoriti je treba, da ima lahko vsaka causa kazenske odgovornosti – kaznivo dejanje ali krivda – tudi svojo omejitev z vrsto negativnih pogojev (npr. pri kaznivem dejanju je to prisiljenost ali silobran, pri krivdi pa neprištevnost ali zmeta, pravna

⁹ Glej Deisinger M., *Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja*, GV Založba, Ljubljana, 2007, str. 188.

¹⁰ Glej Fabrizy E.E., *Strafgesetzbuch*, Manz, Wien, 2002, str. 40; Trechsel S., *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Schulthess, Zürich, 1989, str. 30.

ali dejanska), kar pomeni, da o nekaznivosti razpravljamo šele takrat, ko nobena teh vrst pogojev ne pride v poštev. Pravzaprav tudi nekaznivost pomeni skupnost večih negativnih pogojev kazenske odgovornosti, ki so deloma navedeni v kazenskem materialnem pravu v splošnem delu (npr. zastaranje) ali pa v posebnem delu (npr. pri izključitvi kaznivosti razžalitve), deloma pa v kazenskem procesnem pravu (npr. prekluzivni roki za vložitev zasebne tožbe) ali pa tudi v sami Ustavi (npr. indemniteti, prepoved ne bis in idem itd.), ali pa celo v mednarodnih aktih (npr. diplomatski in konzularni privilegiji itd).

6. Nujne spremembe pojma kazenska odgovornost

V prejšnjem jugoslovanskem kazenskem pravu, ki je veljalo tudi na ozemlju Slovenije, je bil pojem kazenske odgovornosti uveden že v prvem KZ SHS iz 1929.¹¹ leta v tem pomenu, da je ob takratnem velikem vdoru pozitivizma izrinil tradicionalni pojem krivde. Zanimivo pa je, da se je pojem krivde zadržal ves čas v kazenskem procesnem pravu in tako so vsi zakoni od prvega jugoslovanskega sodnega kazenskega postopnika Kraljevine Jugoslavije iz 1929. leta dalje zahtevali, da mora v obsodilni sodbi imeti obsodba na kazen svojo podlago v prej izrečeni krivdi.¹² V nasprotju s tem pa je jugoslovanskem materialnem kazenskem pravu ves čas bil uporabljan le pojem kazenske odgovornosti, pojem krivda pa je bil uveden šele s KZ Republike Slovenije iz 1994. leta, vendar žal ne dovolj premišljeno in brez vsebinske razlike do pojma kazenske odgovornosti. Da sta ta sva pojma v resnici uporabljana kot sinonima, se jasno vidi iz sočasnega upoštevanja besedila 2. odstavka 15. člena, po katerem je kriv storilec, ki je storil kaznivo dejanje z namenom ali iz malomarnosti, pri tem pa se je zavedal ali bi se moral in mogel zavedati, da je njegovo dejanje prepovedano in besedila 21. člena, po katerem ni kazensko odgovoren storilec dejanja, ki iz upravičenih razlogov ni vedel, da je to dejanje prepovedano. Pri takem pomenu, kot ga ima pojem kazenske odgovornosti v KZ, pravniki drugod po Evropi tega kazenskopravnega vira ne morejo dovolj jasno razumeti niti takrat, ko uporablja pojem kazenske odgovornosti, niti takrat, ko uporablja pojem krivde. Slovenska kazenskopravna znanost torej še vedno dolguje tako javnosti kot tudi zakonodajalcu primerno razumljivo razlago obeh pojmov.

Ustrezno razlikovanje med obema pojmomoma kaže iskati v tej smeri, da naj krivda še naprej ostaja specifični kazenskopravni pojem, s pomočjo katerega pri določenem kaznivem dejanju ugotavljamo podlago za kaznovanje določenega

¹¹ Glej Dolenc M., Tolmač h Kazenskemu zakoniku Kraljevine Jugoslavije, Tiskovna zadruga Ljubljana, 1929, str. 42 in dr.

¹² Glej Dolenc M., Sodni kazenski postopnik Kraljevine Jugoslavije, Tiskovna zadruga Ljubljana, 932, str. 267.

storilca v zvezi z njegovim subjektivnim odnosom do pravnih vrednot, medtem ko se mora pojmu kazenska odgovornost pripisati širši socialno-pravni pomen v zvezi z vzpostavljanjem enakosti v pravno urejenem sožitju med ljudmi. Glede na to, da se tudi po etimološki razlagi s pojmom kazenska odgovornost označuje odločilni smoter kazenskega prava tako pri njegovem predpisovanju kot tudi pri njegovi uporabi, ga v samem Kazenskem zakoniku niti ni potrebno navajati, posebej ne tako, da bi to povzročalo težave pri razlagah zakona o kazenskem postopku in drugih predpisov z istim pravnim smotrom. Pri razlagi zakona bo po ustreznem ovrednotenju razmerij do drugih kazenskopravnih pojmov mogoče pojem kazenske odgovornosti jasno predstaviti s tem, da se ta odgovornost uveljavlja s kaznovanjem storilca za dejanje, ki je v zakonu določena kot kazniva dejanja, na podlagi ugotovljene krivde in z upoštevanjem negativnega pogoja, da storilčeva kaznivost po zakonu ni izključena¹³.

¹³ Glej Bele I., Kazenski zakonik s komentarjem, Splošni del, GV Založba, Ljubljana, 2001, str. 140.

Hajrija Sijerčić-Čolić*

PRVIH PET GODINA ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE

(The first five years of Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina)

Sažetak

U ovom tekstu govori se o Zakonu o krivičnom postupku BiH i njegovoj primjeni u posljednjih pet godina. Autor konstatuje da je zakonodavac u Bosni i Hercegovini, u okviru obimne reforme krivičnog zakonodavstva (koja je u jednom segmentu zaključena 2003. godine), u procesnopravni sistem uveo značajan broj novih instituta koji predstavljaju razradu međunarodnih i uporednopravnih standarda koji se odnose kako na ideju zaštite univerzalno priznatih prava i sloboda čovjeka, tako i na potrebu efikasnog suzbijanja kriminaliteta. S tim u vezi, otvoreno je pitanje da li su novi krivičnoprocesni propisi u stvarnosti prouzrokovali očekivane rezultate u smislu ubrzanja krivičnog postupka, rasterećenja krivičnog pravosuđa, efikasnijeg suzbijanja kriminaliteta, uz istovremeno respektovanje zakonitosti, pravila pravičnog postupka i većeg stepena zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku. Posebno pitanje s tim u vezi je da li organi krivičnog pravosuđa prihvataju i koriste te nove procesne institute, ili ih odbacuju, ili ih ne mogu primijeniti iz određenih razloga (npr., organizacijske ili finansijske prirode). U radu se zaključuje da gledajući na dosadašnja iskustva, odgovori mogu biti prije svega uopšteni i kretati se u rasponu od konstatacije da su u određenim segmentima postignuti željeni efekti do zaključka da je još mnogo toga potrebno učiniti kako bi se unaprijedila praksa krivičnog sudovanja. To uostalom potvrđuje i Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH, koji se u vrijeme pisanja ovog teksta (novembar 2007. godine) nalazi u parlamentarnoj proceduri.

Ključne riječi: Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine – reforma

Summary

The text refers to the Criminal Procedure Code of BiH and its application in the last five years. The author states that the legislator in Bosnia and Herzegovina, within the frame of broad reform of criminal legislation (which has been concluded in one part in 2003), in terms of procedural law has introduced a significant number of new institutes which represent the work on international and parallel legal standards that relate to an idea of protecting universal legal rights and freedoms of men as well as

* Izvanredna profesorica, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu/Associate professor, Faculty of Law, University of Sarajevo.

the need to efficiently fight crime. In that respect, still remains open the question whether new criminal procedure legislation actually caused the expected results in sense of speeding-up the criminal procedure, unloading criminal judiciary, efficient fighting against crime, when at the same time respecting the legality, rules of fair trial and higher level of protection of human rights in criminal procedure. Special question in regards to this is whether bodies of criminal judiciary accept and use these new institutes or reject them, or cannot apply them due to various reasons (e.g. organizational or financial nature). Baring in mind the experiences to date, the practice has shown that answers may, above all, be general and can vary from conclusion that in certain parts the desired effects have been accomplished to conclusion that a lot more is necessary to be done in order to improve the practice in criminal proceedings. This is also confirmed by the Proposal of the Law on amendments to the Criminal Procedure Code of BiH that is in the parliamentary procedure at the time this text was written (November 2007).

Key words: The Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina – Reform

1. Uvodna objašnjenja

U proljeće 2008. godine Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Zakon o krivičnom postupku BiH ili ZKP BiH) bilježi prvih pet godina implementacije u okviru nacionalnog krivičnog pravosuđa.¹ U tim vremenskim okvirima nepoželjno je, a i nesigurno, upuštati se u takve rasprave koje bi nosile kvalitete sasvim pouzdane ocjene vrijednosti pomenutog zakonskog teksta. Razlozi za izraženu sumnju su lako objašnjivi i prihvatljivi. S druge strane, u nastojanjima društva da ostvari kontrolu nad onim segmentima ljudskog djelovanja koji se podvode pod zajednički imenitelj i označavaju kao kriminalitet, i prva polovica desetljeća može pružiti sliku o zakonom propisanim aktivnostima krivičnoprocesnih subjekata, koje se preduzimaju kao ultima ratio, ali i u interesu sprečavanja i suzbijanja kriminaliteta.

S obzirom na složenost historijskog konteksta, kao i ustavno-pravnog i društveno-ekonomskog uređenja Bosne i Hercegovine, jedna od značajnih karakteristika razvoja savremenog krivičnog procesnog prava na ovim prostorima jesu procesi preuzimanja (od ex-Jugoslavije) i razvijanja (u okviru Bosne i Hercegovine) krivičnoprocesnih normi relevantnih za nacionalni sistem krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa. U tom kontekstu, uvodna objašnjenja se moraju, između ostalog, usmjeriti na specifična razdoblja u posljednjih 15 godina, odnosno na prikaz nastanka aktuelnih krivičnoprocesnih normi.

¹ Neslužbeni prečišćeni tekst Zakona o krivičnom postupku BiH može se pogledati na portalu Suda Bosne i Hercegovine. Također, na istom mjestu je dostupan i prvobitni tekst Zakona o krivičnom postupku BiH, koji je stupio na pravnu snagu 01. 03. 2003. godine, kao i njegove, do danas realizovane, izmjene i dopune.

Prvi koraci od značaja za nacionalno krivično zakonodavstvo u širem smislu riječi odigrali su se tokom 1992. godine, s obzirom na to da je (a što je bio slučaj i sa drugim novoformiranim državnim cjelinama) krivično zakonodavstvo dotadašnje zajedničke države postalo sastavni dio krivičnog pravnog sistema Bosne i Hercegovine kroz proces “nasljeđivanja” pravnih normi.² Složenost i različitost implementacije krivičnog pravnih normi i obezbjeđivanja uslova za njihovo ostvarivanje kroz nametanje određenih obaveza institucijama krivičnog pravosuđa, uz istovremenu potrebu da se ne naruše preuzete međunarodne obaveze, zahtijevali su dalje promjene, modernizovanje i usaglašavanje nacionalnih propisa i standarda u krivičnom pravnoj oblasti. Prvih godina nakon potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma (novembar 1995. godine), naročito se razmatra organizacija krivičnog pravosuđa i modernizacija tradicionalnih krivičnog pravnih rješenja. Upozoriti treba, doduše grosso modo, na istaknute zahtjeve u pogledu zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka u krivičnom postupku i prihvatanje novih tendencija na području borbe protiv savremenih i složenih oblika kriminaliteta. Rezultati tih aktivnosti vidljivi su u noveliranom krivičnom zakonodavstvu Federacije Bosne i Hercegovine³, koje je stupilo na pravnu snagu krajem 1998. godine, zatim u Republici Srpskoj kroz ograničene izmjene i dopune krivičnog zakonodavstva ex-Jugoslavije tokom 1997. godine, kao i u Krivičnom zakonu i Zakonu o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine iz 2000. godine. Početkom XXI vijeka pomenute aktivnosti se, sa većim ili manjim uspjehom, intenziviraju i nakon ustanovljavanja Suda Bosne i Hercegovine⁴ kulminiraju donošenjem većeg broja zakonskih tekstova koji se označavaju kao zakoni za borbu protiv korupcije i organizovanog kriminaliteta. Upozoriti moramo da su među njima od posebnog značaja Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Zakon o krivičnom postupku BiH i Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka, kao i organizacioni propisi koji se odnose na Sud Bosne i Hercegovine i Tužilaštvo Bosne i Hercegovine. Kao i svaka zakonodavna aktivnost i ova je zanimljiva sa više aspekata, od kojih bi

² Detaljnije o tome: Sijercic-Colic, H.: Approximation of the Criminal Law System of the Federation of Bosnia and Herzegovina to the International Human Rights Law – A Separate Survey of the Criminal Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 7 (1999) 3, str. 289–299. i Reforma krivičnog zakonodavstva u Federaciji Bosne i Hercegovine: karakteristike federalnog procesnog krivičnog prava. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 6 (1999) 1, str. 251–268.

³ Misli se na Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Zakon o krivičnom postupku i Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine. Više o tome Sijerčić-Čolić, H. et al.: *La legislazione processuale penale della Federazione di Bosnia ed Herzegovina. U: Le altre procedure penali. Transizioni dei sistemi processuali penali. Volume 1. Zbornik radova. Torino, 2002, str. 77–115.*

⁴ Odlukom Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu u novembru 2000. godine osnovan je Sud Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, broj 29/2000).

ovom prilikom posebno izdvojili konstataciju da je tim zakonskim tekstovima, nakon višegodišnjeg perioda u kome se analiziralo aktuelno krivično zakonodavstvo i njegova primjena, otvoreno razdoblje suštinskih i složenih reformi u krivičnoppravnom sistemu Bosne i Hercegovine.⁵

2. Aktivnosti koje su prethodile donošenju Zakona o krivičnom postupku BiH

Polazeći, dakle, od prihvaćenog programa reformi u oblasti krivičnog pravosuđa i krivičnog zakonodavstva, princip “vladavine prava” (rule of law) se označava kao “temelj civilizovanog društva”, a njegovo jačanje, te zahtjevi prema zaštiti ljudskih prava, efikasnijem suzbijanju kriminaliteta, uspostavljanju jedinstvenog krivičnog zakonodavstva za cijelu zemlju i razvoju efikasnog i nezavisnog krivičnog pravosuđa predstavljaju okvir u kome su se planirale promjene u strukturi “naslijeđenog” i okvirno reformisanog krivičnoprocesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini.

Stoga, u oblasti krivičnog postupka, inicijalni koraci odnosili su se na praćenje i harmonizaciju nacionalnih krivičnoprocesnih normi sa, jedne strane, međunarodnim standardima na polju zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka, te, s druge strane, sa fundamentalnim principima međunarodne saradnje koji se odnose na suzbijanje kriminaliteta.⁶ Zato je proučavanje i mijenjanje krivičnoprocesnog zakonodavstva naročito uzimalo u obzir postizanje sljedećih zadataka: osiguranje osnovnih i međunarodnim pravom afirmisanih prava i sloboda krivičnoprocesnih subjekata, naročito osumnjičenog, odnosno optuženog; efikasnost krivičnog postupka u smislu propisivanja pravnog instrumentarija za borbu protiv kriminaliteta i suzbijanje njegovih negativnih i destruktivnih posljedica; ubrzanje krivičnog postupka u smislu otklanjanja onih prepreka koje usporavaju tok konkretnog krivičnog postupka; rasterećenje krivičnog pravosuđa pojednostavljenjem procesnih oblika i instituta kroz koja se razvija krivični postupak (naročito za lakša krivična djela); sagledavanje procesnopravnih instituta iz uporednog prava i njihovo ugrađivanje u nacionalno pravo, te usaglašavanje zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini.⁷

⁵ U isto vrijeme, ovim zakonima zaokružen je poseban ciklus aktivnosti međunarodne zajednice, koji je bio usmjeren na izradu krivičnog zakonodavstva na državnom nivou. Namjera je bila da ono posluži kao uzor kojem bi naročito krivični zakoni i zakoni o krivičnom postupku entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine težili. Detaljnije Sijerčić-Čolić, H.: Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, s posebnim osvrtom na novo krivično procesno pravo. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 10 (2003) 1, str. 181-208.

⁶ O složenostima reformskih postupaka u evropskim tranzicijskim državama detaljnije u: Transition of criminal procedure systems. Volume II. Editor B. Pavišić. Rijeka, 2004.

⁷ U Bosni i Hercegovini (od proljeća, odnosno ljeta 2003. godine) na snazi su četiri zakona o krivičnom postupku: Zakon o krivičnom postupku BiH, Zakon o krivičnom postupku Brčko

Društvene prilike određuju pravila po kojima je moguće pravni sistem obogatiti nekom od vrijednosti sa pomenute liste. Stoga je razumljivo da se nisu mogli u potpunosti uvažiti svi navedeni osnovni reformski ciljevi, odnosno da prihvatajući i ugrađujući ih u nacionalni sistem procesnih normi nije bilo moguće uvažiti ih u idealnom odnosu i ravnoteži. Navedeno je i argumentacija za osnovanost zahtjeva za reformom krivičnog postupka samo nekoliko godina od stupanja na snagu (2003. godine) krivičnoprocesnog zakonodavstva, a o čemu će kasnije biti više govora.

3. Zakon o krivičnom postupku BiH – opšte teme i stadiji prvostepenog postupka

a) Idejnu osnovu Zakona o krivičnom postupku BiH, koji je stupio na pravnu snagu u proljeće 2003. godine, nalazimo u širem okviru koji u sebe uključuje kontinentalno pravo mješovitog tipa i anglo-saksonsko pravo, odnosno anglo-američko pravo akuzatorskog tipa. Za aktuelno krivično procesno pravo u Bosni i Hercegovini možemo, dakle, reći da je rezultat “pomirenja” kontinentalne ili evropske i anglo-saksonske, odnosno anglo-američke pravne kulture.⁸ To se zaključuje na osnovu komparativnog posmatranja i analiziranja određenih ključnih procesnih instituta u tom zakonskom tekstu. Njihovim prikazom ostvarićemo i drugi cilj iz naslova ovog dijela teksta, a to je predstavljanje njegovih najvažnijih zakonskih rješenja.

b) Zakon o krivičnom postupku BiH prihvata da istraga kao prvi procesni stadij u okviru (redovnog) krivičnog postupka bude povjerena tužiocu.⁹ Reformama u ovom

Distrikta Bosne i Hercegovine, Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine i Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske. Za utjehu ostaje da su njihova rješenja gotovo u potpunosti identična, odnosno da su odstupanja od Zakon o krivičnom postupku BiH – minimalna.

⁸ Za opširan pregled iznesenog stava v. Sijerčić-Čolić, H.: Akuzatorske i inkvizitorske forme u krivičnom procesnom pravu u Bosni i Hercegovini. *Pravo i pravda* 4 (2005) 1, str. 181–213. O balansiranju strukturnih elemenata kontinentalnog prava i common law modela krivičnog postupka u nekim evropskim državama opširnije u *Transition of criminal procedure systems*, op. cit. u bilj. 7, str. II, XLVIII-LII.

⁹ Krivično procesno pravo u Bosni i Hercegovini poznaje više oblika prvostepenog krivičnog postupka: redovni krivični postupak koji se vodi protiv punoljetne osobe za koju postoji vjerovatnoća da je izvršila krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina ili dugotrajni zatvor, sumarni (skraćeni) krivični postupak predstavlja postupak za izdavanje kaznenog naloga koji se vodi protiv punoljetnog izvršioca krivičnog djela za koje je propisana novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do pet godina, krivični postupak protiv pravne osobe i postupak prema maloljetnicima. Pored navedenih oblika krivičnog postupka, zakoni o krivičnom postupku u BiH normiraju posebne postupke u slučaju: izricanja sudske opomene, neuračunljivosti osumnjičene, odnosno optužene osobe, izricanja mjera bezbjednosti i oduzimanja imovinske koristi, donošenja odluke o brisanju osude, prestanku mjera bezbjednosti i pravnih posljedica osude, pružanja međunarodne krivičnopravne

stadiju učinjen je, dakle, radikalna zaokret prema onim pravnim sistemima koji su napustili koncept istražnog sudije, jer je pokretanje i vođenje istrage povjereno tužiocu i njemu podređenim ovlaštenim službenim osobama.¹⁰ Tokom istrage tužilac je, dakle, dominus litis, on njome rukovodi i nadzire je, te upravlja aktivnostima ovlaštenih službenih osoba vezanim za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izjava i dokaza.

Tužilac naređuje sprovođenje istrage ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo, bez obzira da li je u konkretnom primjeru izvršilac krivičnog djela poznat. U toku istrage, tužilac može preduzeti sve istražne radnje, uključujući ispitivanje osumnjičenog i saslušanje oštećenog i svjedoka, vršenje uviđaja i rekonstrukcije događaja, preduzimanje posebnih mjera koje objezbjeđuju sigurnost svjedoka i informacija i naređivanje potrebnih vještačenja. Iz prethodnih izlaganja se razumije da tužilac u toku sprovođenja istrage vrši ne samo funkciju krivičnog gonjenja, već i funkciju istraživanja krivičnog djela. Obim i oblik njegove istrage usmjerava obavezno postupanje po službenoj dužnosti prilikom utvrđivanja činjenica, što se može opisati kao prelaz od objektivnosti ka neobjektivnom postupanju u rasvjetljavanju krivičnog djela. Kao balans koji bi ovu neobjektivnost trebali zaustaviti ističe se dužnost tužioca da s jednakom pažnjom ispituje i utvrđuje kako činjenice koje terete osumnjičenog, tako i one koje mu idu u korist.¹¹

Opisana uloga tužioca uklapa se, dakle, u okvir njegovih opštih prava i dužnosti da odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo preduzme potrebne mjere u cilju njegovog otkrivanja, pronalaženja osumnjičenog i sprovođenja istrage. Međutim, potpuniju sliku o položaju tužioca u istrazi daje njegova nadzorna funkcija nad radom ovlaštenih službenih osoba. Zato je takav nastup vrijedan pažnje i mora se dovesti u vezu sa njihovim ovlaštenjima u pogledu preduzimanja različitih radnji ex officio u opštem i javnom interesu. Naime, ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo s propisanom kaznom zatvora preko pet godina, ovlaštena službena osoba je dužna odmah obavijestiti tužioca i pod njegovim nadzorom preduzeti potrebne mjere na otkrivanju krivičnog djela i njegovog izvršioca, te otkrivanju dokaza i prikupljanju informacija koje mogu

pomoći u širem smislu riječi, naknade štete, rehabilitacije i ostvarivanja drugih prava zbog neopravdane osude i neosnovanog lišenja slobode, te izdavanja potjernice i objave.

¹⁰ "Tužilac ima pravo i dužan je da odmah po saznanju da postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično djelo preduzme potrebne mjere u cilju njegovog otkrivanja i sprovođenja istrage, pronalaženja osumnjičenog, rukovođenja i nadzora nad istragom, kao i radi upravljanja aktivnostima ovlaštenih službenih osoba vezanih za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izjava i dokaza" (čl. 35. st. 2. tač. b. ZKP BiH).

¹¹ Pored tužioca, ovoj obavezi podliježu i sud i drugi organi koji učestvuju u krivičnom postupku. Up. čl. 14. i 219. st. 5. ZKP BiH.

biti korisne u krivičnom postupku. Ta je obaveza proširena u slučaju opasnosti od odlaganja, jer je ovlaštena službena osoba dužna *ex officio* preduzeti neophodne radnje u skladu sa zakonom i o svemu tome odmah obavijestiti tužioca i dostaviti prikupljene predmete koji mogu poslužiti kao dokaz.¹²

Još nekoliko napomena vezanih uz stadij istrage, te položaj druga dva subjekta: osumnjičenog i sudije za prethodni postupak. Za razliku od “naslijeđenog” procesnog sistema i postupanja pred istražnim sudijom, danas se može govoriti o organičenoj upotrebi načela kontradiktornosti kao principa svojstvenog akuzatorskom krivičnom postupku. Zašto je riječ o ograničenoj kontradiktornosti? Naime, iako Zakon o krivičnom postupku BiH prepoznaje tužioca i osumnjičenog kao stranke u istrazi,¹³ ipak se ne predviđa pravo osumnjičenog da prisustvuje svakoj istražnoj radnji, odnosno dužnost tužioca da ga o tome obavijesti.¹⁴ Stoga, o kontradiktornosti u istrazi možemo govoriti, s jedne strane, kod određivanja pritvora, s obzirom na međunarodne standarde koji zahtijevaju da se osumnjičena osoba prije određivanja pritvora mora izvesti pred sud (tj. sudiju za prethodni postupak) ili, s druge strane, prilikom predlaganja sudskog obezbjeđenja dokaza. U prvom slučaju riječ je o međunarodnoj zaštiti jednog od osnovnih prava čovjeka ili prava na slobodu – kroz *habeas corpus*. U drugom primjeru, na prijedlog stranaka (i branioca), izvođenje dokaza odvija se pred sudijom za prethodni postupak, a odnosi se na saslušavanje svjedoka i vještaka uz primjenu propisa o njihovom saslušanju na glavnom pretresu. Ovakvom načinu izvođenja dokaza pristupa se onda ako to nalažu interesi pravde i ako se pretpostavlja da svjedok neće biti dostupan sudu u vrijeme suđenja, odnosno ako postoje okolnosti koje ukazuju da će doći do nestanka određenog dokaza, ili da neće biti moguće izvođenje dokaza na glavnom pretresu. Ročište na kome se preduzima tražena radnja dokazivanja je kontradiktorno, tj. mogu mu prisustvovati stranke (i branilac), o čemu se i obavještavaju.¹⁵ Ovim “posredovanjem”, koje je neotuđivo pravo suda, premošćuju se određene krizne situacije i, uz primjenu načela kontradiktornosti, priprema dokazni materijal za glavni pretres. Pored navedenog, prisilne mjere i postupci kojima se ograničavaju osnovna prava i slobode osobe protiv koje se vodi krivični postupak (pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, te pravo na poštivanje privatnog života i zaštitu stana i prepiske, te imovine) povjerene su

¹² Konačno, ako postoje osnovi sumnje da je izvršeno lakše krivično djelo, o svim preduzetim radnjama i mjerama tužilac se mora obavijestiti u roku od sedam dana o dana saznanja o postojanju osnova sumnje da je krivično djelo izvršeno (čl. 218. ZKP BiH).

¹³ Za navedeno v. čl. 20. tač. f) ZKP BiH.

¹⁴ Samo uz neke istražne radnje se veže takvo pravo, npr., uz pretresanje stana, osoba ili predmeta (čl. 58. tač. j) ZKP BiH).

¹⁵ Također, u primjeru odbijanja postavljenog prijedloga, ovlašteni subjekti imaju pravo ulaganja žalbe vijeću od trojice sudija (čl. 223. ZKP BiH).

sudiji za prethodni postupak, u čijem opisu poslova stoji, prije svega, zaštita prava i sloboda osumnjičene osobe.¹⁶

c) U Zakonu o krivičnom postupku BiH postoji jasna distinkcija između stadija istrage i optuživanja, i iz aspekta modela aktuelnog krivičnog postupka treba reći da u ovom posljednje pomenutom stadiju pretežu akuzatorski elementi. Kako bi se uticalo na ubrzanje krivičnog postupka i rasterećenje sistema krivičnog pravosuđa izvršena je "adaptacija anglo-američke procesne ideje da samo sporni predmeti zahtijevaju punu procesnu obradu".¹⁷ Riječ je o izjašnjavanju o krivnji (optuženi iznosi svoj stav prema onome što mu se optužnim aktom stavlja na teret) i pregovaranju o krivnji (pregovaranje suprotstavljenih strana o uslovima priznanja krivnje, te o krivičnopravnoj sankciji).¹⁸ Za prvopomenuti institut je naročito značajno da se zbog izjašnjavanja optuženog da je kriv krivični postupak završava prije početka glavnog pretresa. S tim u vezi, a u stadiju optuživanja, neophodno je provjeriti priznanje optuženog u smislu njegove dobrovoljnosti i zasnovanosti na odgovarajućim dokazima. Isto tako važno je napomenuti da se ovaj proces odvija nakon što sud potvrdi optužnicu i nakon što ona bude dostavljena optuženoj osobi. Drugim riječima, ovaj institut nije moguće očekivati prije potvrđivanja i dostavljanja optužnice.

Disponiranje stranaka predmetom konkretnog krivičnog postupka vidljivo je kroz drugu procesnu ustanovu – pregovaranje o krivnji. Za ovaj oblik 'nagodbe' između suprotstavljenih strana karakteristično je da bitno doprinosi ubrzanju krivičnog postupka jer se rasprava o krivičnoj stvari može završiti kako u ranijim fazama postupka (ili prije suđenja), tako i na samom suđenju. U optici konsenzualnog upravljanja krivičnim postupkom, osumnjičeni, odnosno optuženi i njegov branilac mogu pregovarati sa tužiocem o uslovima priznavanja krivnje za krivično djelo koje mu se stavlja na teret, kao i o krivičnopravnoj sankciji koja bi treba biti izrečena od strane suda. Stoga se sporazum o priznanju krivnje dostavlja sudu, koji ga, nakon razmatranja, može odbaciti ili prihvatiti. Uslovi jasnoće pomenutog sporazuma traže se u određenim kvalitetima priznanja krivnje (koji su identični onima koji se traže kod izjašnjavanja o krivnji), kao i u razumijevanju, od strane osumnjičenog, odnosno

¹⁶ Tačno je da tužilac ima pravo u hitnim slučajevima narediti prinudne mjere, kao što su, npr., privremeno oduzimanje predmeta, privremeno oduzimanje pisama i drugih pošiljki, ili naredba banci o dostavljanju podataka o finansijskim poslovima osumnjičene osobe. Međutim, o naredenim mjerama mora se obavijestiti sudija za prethodni postupak, koji može (dakle, i ne mora) u zakonskom roku potvrditi naredbu. U suprotnom, privremeno oduzeti predmeti se ne mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, odnosno tužilac se ne može upoznati sa sadržinom pribavljenih podataka ili pošiljki (up. čl. 66. st. 2, čl. 67. st. 4, čl. 72. st. 3, čl. 73. st. 2. ZKP BiH).

¹⁷ Tako Damaška, M.: O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 4 (1997) 2, str. 383.

¹⁸ Za izjašnjavanje o krivnji v. čl. 229. i 230, a za pregovaranje o krivnji čl. 231. ZKP BiH.

optuženog, da se pomenutim sporazumom odriče prava na suđnje i prava na žalbu na krivičnoppravnu sankciju koja će mu se izreći na osnovu prihvaćenog sporazuma.¹⁹

d) Organizacija glavnog pretresa, jačanje načela kontradiktornosti i slabljenje inkvizicione maksime predstavljaju najvažnije pokazatelje stanja akuzatorskih elemenata u trećem stadiju krivičnog postupka. Upravo navedene pojave omogućavaju, s jedne strane, intenzivno razvijanje spora između optužbe i odbrane i, s druge strane, realizaciju određenih segmenata prava na pravičan postupak. U potvrdu izloženog može se navesti specifičan reformski potez kojim se uvode novi koraci u dokazni postupak. Podsjetimo se, dakle, u ovoj prilici da se dokazi na glavnom pretresu izvode onim redom kojim se daje inicijativa strankama (i braniocu) u postupku (dokazi optužbe, dokazi odbrane, dokazi optužbe kojima se pobijaju navodi odbrane, odnosno dokazi odbrane kojima se iznose odgovori na pobijanje), te da se tek nakon toga prelazi na dokaze čije je izvođenje naredio sud.²⁰

Preduzete reforme u okviru ovog stadija krivičnog postupka afirmišu, također, i stranačko (kao i branilačko) ispitivanje svjedoka i vještaka, koje tako stiče primat u odnosu na dojučerašnje primarno sudsko saslušavanje svjedoka i vještaka. Pravo ispitivanja dato je, dakle, strankama (i braniocu) u obliku direktnog, unakrsnog i ponovnog ispitivanja. Ipak, sud ne donosi presudu isključivo na temelju dokaznog materijala koji je izveden na inicijativu stranaka (i branioca), i samo u okviru stranačkog (i braniočevog) angažmana na ispitivanju svjedoka i vještaka. Naime, uz aktivnosti na prikupljanju dokaza ex officio, sud ima aktivnu poziciju i tokom ispitivanja svjedoka i vještaka, jer može u svakom trenutku u toku ispitivanja postaviti pitanje svjedoku ili vještaku, odnosno nakon što svjedok ili vještak budu ispitani može im postavljati pitanja.

Također, prema Zakonu o krivičnom postupku BiH, sudija, odnosno predsjednik vijeća će u odgovarajućoj mjeri kontrolisati način i redosljed ispitivanja svjedoka ili izvođenja dokaza vodeći računa da ispitivanje i izvođenje dokaza bude efikasno za utvrđivanje istine, da se izbjegne nepotrebno gubljenje vremena i zaštite svjedoci od uznemiravanja i zbunjivanja.²¹

e) Predstavljani instituti Zakona o krivičnom postupku BiH nisu jedini reformski potezi zakonodavca. Naime, u tom zakonskom tekstu su i mnogi drugi procesni instituti koji čine suštinu postupanja države i njenih organa u slučaju sumnje da je izvršeno krivično djelo. S obzirom da ovaj članak obuhvata tek manji broj aktuelnih krivičnoprocesnih normi, za kraj ovih izlaganja dodat ćemo još nekoliko konstatacija

¹⁹ Detaljnije Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M.: Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u BiH. Sarajevo, 2005, str. 616-626.

²⁰ U interesu pravde se može odrediti i drukčiji redosljed. O izvođenju dokaza na glavnom pretresu v. čl. 261. ZKP BiH.

²¹ Up. čl. 261. st. 3, čl. 262. ili 263. ZKP BiH.

koje su po subjektivnom izboru autora bitne za realizaciju potpunije slike o Zakonu o krivičnom postupku BiH.

f) Pravo na fizički i mentalni integritet i ljudsko dostojanstvo iskazano je kroz opštu procesnu zabranu iznuđivanja bilo kakvih izjava od osumnjičenog i optuženog, kao i od, npr., svjedoka, oštećenog ili tumača. U primjeru suprotnog ponašanja, sudska odluka se ne može zasnivati na iskazima pribavljenim na zabranjeni način. Također, sud ne može zasnovati svoju odluku ni na dokazima koji su pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda utvrđenih ustavima i međunarodnim ugovorima. Drugim riječima, procesnopravne posljedice pribavljanja dokaza na nedozvoljen način proširene su na sve dokaze koji se moraju označiti kao "zabranjeni dokazi" jer su pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda. I, konačno, sud ne može zasnivati svoju odluku ne samo na nedozvoljenim dokazima, već ni na dokazima koji su dobijeni iz tako pribavljenog dokaznog materijala.²²

g) Odredbe o pravu osumnjičenog, odnosno optuženog na odbranu, te pravima osobe lišene slobode naglašavaju i unapređuju temeljna prava i garancije koje pripadaju osobi protiv koje je u izgledu vođenje krivičnog postupka, odnosno protiv koje je postupak u toku. Iz aspekta prihvaćenih zahtjeva za zaštitu ljudskih prava u Bosni i Hercegovini i prava svakog čovjeka na pravično suđenje, potrebno je naglasiti da Zakon o krivičnom postupku BiH prati zahtjeve prava na pravično suđenje (naročito one istaknute u čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda), te da u nekim situacijama pružaju i jače garancije od onih koje su predviđene međunarodnim pravom o pravima čovjeka.²³

h) Zakon o krivičnom postupku BiH predviđa, također, pravni okvir za zaštitu građana od neovlaštenog ograničavanja prava na poštivanje privatnog i porodičnog života, kao i prava na imovinu u slučaju preduzimanja prikrivenih istražnih radnji (npr., nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, nadzora i tehničkog snimanja prostorija, osoba i predmeta), pretresanja stana, pokretnih stvari ili osoba, privremenog oduzimanja predmeta, poštanskih pošiljki, privremenog obustavljanja finansijskih transakcija ili otkrivanja bankarskih tajni, kao i privremenog oduzimanja imovine radi obezbjeđenja. Postupci i zakonski uslovi za preduzimanje nabrojanih radnji postavljeni su u vezu sa principima i preporukama onih međunarodnih dokumenata koji se odnose na ta pitanja. Time se potvrđuje stav da se moraju pravne norme kojima se ograničavaju ljudska prava i slobode opravdati neophodnim i

²² O tome govori, npr., čl. 10. ZKP BiH.

²³ V. Sijerčić-Čolić, H.: Prava osumnjičenih i optuženih u krivičnim postupcima u jugoistočnoj Evropi – studija za Bosnu i Hercegovinu. U: Safeguarding human rights in Europe. The rights of suspects and defendants in criminal proceedings in South East Europe. Editor S. R. Roos. Bucharest, 2007, str. 51-96.

neizbježnim razlozima, kao što su poštivanje prava i ugleda drugih ljudi, sigurnost države, zaštita javnog reda, javnog zdravlja i morala, a kako to ističe član 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.²⁴

4. Dosadašnja primjena Zakona o krivičnom postupku BiH i mogući pravci promjena

Prethodna izlaganja su upozorila na činjenicu da je zakonodavac u Bosni i Hercegovini, u okviru obimne reforme krivičnog zakonodavstva, u procesnopravni sistem uveo značajan broj novih instituta koji predstavljaju razradu međunarodnih i uporednopravnih standarda koji se odnose kako na ideju zaštite univerzalno priznatih prava i sloboda čovjeka, tako i na potrebu efikasnog suzbijanja kriminaliteta. Pogled na vrijeme od 2003. godine do danas nudi jasnu sliku: osnovne ideje ili načela na kojima se temelji krivični postupak u Bosni i Hercegovini, kao i pravila po kojima se odvija jesu pitanja o kojima se vrlo često raspravlja u posljednjih pet godina. Ako bi htjeli sažeto opisati te diskusije, onda bi to mogli učiniti na sljedeći način. Zanimljivo je, i u kontekstu ostvarenih promjena i razumljivo, da se zapitamo da li su novi krivičnoprocesni propisi u stvarnosti prouzrokovali očekivane rezultate u smislu ubrzanja krivičnog postupka, rasterećenja krivičnog pravosuđa, efikasnijeg suzbijanja kriminaliteta, uz istovremeno respektovanje zakonitosti, pravila pravičnog postupka i većeg stepena zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku. Posebno pitanje s tim u vezi je da li organi krivičnog pravosuđa prihvataju i koriste te nove procesne institute, ili ih odbacuju, ili ih ne mogu primijeniti iz određenih razloga (npr., organizacijske ili finansijske prirode). Gledajući na dosadašnja iskustva, odgovori mogu biti prije svega uopšteni i kretati se u rasponu od konstatacije da su u određenim segmentima postignuti željeni efekti do zaključka da je još mnogo toga potrebno učiniti kako bi se unaprijedila praksa krivičnog sudovanja.²⁵

S tim u vezi želimo istaći da su prethodno označene opšte okolnosti uticale da se odmah po stupanju na snagu Zakona o krivičnom postupku BiH formira, pri Ministarstvu pravde Bosne i Hercegovine, Tim za praćenje i ocjenu primjene krivičnih

²⁴ Bavcon, Lj.: Izzivi in odzivi: človekove pravice, kriminalitetna politika, kazensko pravo, mednarodno kazensko pravo. Ljubljana, 2006, str. 174.

²⁵ Upućujemo na rezultate praćenja primjene različitih procesnih propisa u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini do kojih je došla OSCE Misija u Bosni i Hercegovini, čiji je mandat, između ostalog, pružanje podrške domaćem pravosuđu u nastojanju da razvije efikasne prakse u primjeni aktuelnih zakona o krivičnom postupku koje su usklađene sa principa iz oblasti zaštite ljudskih prava. Izvještaji o primjeni procesnih normi odnose se, npr., na priznavanje krivnje i sporazum o priznavanju krivnje, presumpciju nevinosti, ostvarivanje odbrane uz pomoć branioca, odlaganje glavnog pretresa i efikasnost u rješavanju krivičnih predmeta, postupak za izdavanje kaznenog naloga ili postupak u slučaju neuračunljivosti

zakona u Bosni i Hercegovini.²⁶ Dakle, raspravama o aktuelnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu poseban ton daje inicijativa prema kojoj se razdoblje korjenitih reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini kontinuirano prati i ocjenjuje. U vezi sa primjenom novih krivičnoprocesnih instituta struka je upozorila da je u pravosudnoj praksi određeni broj onih koji traže novi pristup kako bi se otklonile poteškoće i problemi koji su se do sada javili u njihovoj primjeni.²⁷ To, dalje, znači da Zakon o krivičnom postupku BiH danas prolazi put promjena, kojima se nastoji unaprijediti uloga, značaj i položaj osnovnih subjekata krivičnog pravosuđa, te razviti instrumentarij za efikasnu i zakonitu borbu protiv kriminaliteta. Ovo nije mjesto za nabranje svih prijedloga niti opisivanje široke rasprave o predloženim promjenama aktuelnog krivičnoprocesnog prava,²⁸ ali jeste prilika za rezime onog što je sadržano u Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH.²⁹ U tim smislu, vrijednosti koje država uvažava u odnosu prema građanima ogledaju se u stvarnom načinu uređivanja i ostvarivanja ovlaštenja kojima se ograničavaju osnovna prava i slobode građana. Na nivou koji obuhvata propisivanje krivičnoprocesnih odredbi cilj predloženih promjena je da se adekvatnim izborom pravnih propisa pronađe zadovoljavajući odnos koji će omogućiti efikasnost krivičnog postupka uz zaštitu prava i sloboda čovjeka. Dakle, ona zakonska rješenja koja bi trebala povećati efikasnost krivičnog postupka ne bi smjela biti na štetu zaštite ljudskih prava. Stručna javnost u Bosni i Hercegovini je svjesna da je ova dva cilja Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine teško uskladiti (uostalom kao u drugim državama).

²⁶ Ako se uzme u obzir da je taj Tim formiran 18. dan nakon što je Zakon o krivičnom postupku BiH stupio na pravnu snagu, može se zaključiti da je njegov osnivač imao pred očima najmanje dva cilja: jedan se sastojao u analiziranju primjene novih procesnih instituta u praksi, a drugi u predlaganju načina za rješavanje poteškoća i problema koji će nastajati tokom njihove implementacije.

²⁷ Ovakvo zanimanje stručne javnosti imalo je za posljedicu da je u okviru Tima za praćenje i ocjenu primjene krivičnih zakona osnovana Radna grupa za pripremu Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakon o krivičnom postupku BiH sa zadatkom da analizira signalizirane aspekte primjene krivičnoprocesnih propisa i da preporuči mjere za njihovo unapređenje i poboljšanje.

²⁸ O tome detaljnije Sijerčić-Čolić, H.: Osvrt na nova rješenja u Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine koja se odnose na istragu i postupak optuživanja. *Pravo i pravda VI* (2007) 1, str. 7-43.

²⁹ Za detaljan pregled v. Sijerčić-Čolić, H., *ibidem* i Simović, M.: Osvrt na nova rješenja predložena u Zakonu o krivičnom postupku BiH koja se odnose na glavni pretres, postupak po pravnim lijekovima i posebne postupke. *Pravo i pravda VI* (2007) 1, str. 45-92.

Tudorel Toader*

THE REFORM OF PENAL LEGISLATION IN ROMANIA

(Reforma kaznenog zakonodavstva u Rumunjskoj)

Sažetak

Nakon Revolucije iz 1989 rumunjsko kazneno zakonodavstvo je prošlo duboke promjene. Uklonjene su odredbe kojima su ograničavana temeljna prava i slobode tipične za totalitarnu državu, a smrtna kazna predviđena za najteža kaznena djela je zamijenjena s doživotnim zatvorom. Imajući u vidu posebnosti tranzicijskog razdoblja i kretanje prema slobodnom tržištu uvedena je kaznena odgovornost pravnih osoba. U tom razdoblju zakonodavac se opredijelio za sistematizaciju kaznenih odredaba u dvije najveće kategorije: u Kaznenom zakoniku i posebnim zakonima.

Ključne riječi: kazneno zakonodavstvo – Kazneni zakonik – posebni zakoni

Summary

After the 1989 Revolution, the penal legislation of Romania has known profound modifications. There have been abrogated the dispositions meant to limit the fundamental rights and liberties, specific to the totalitarian state, the death penalty provided for the most serious crimes has been replaced with life detention. Taking in account, the particularities of the transition period towards a free economic market, it has been consecrated the penal liability of the legal person. In this period also, the legislator opts for the systematization of criminal provisions in two major categories – those in the Penal Code and those in Special statutes.

Key-words: penal legislation – harmonization – Penal Code – special statutes

1. Preliminary considerations

The history of the criminal law in Romania records three Penal Codes. The first Penal Code was adopted in 1864 under the strong influence on French penal legislation. In 1936, a new Penal Code was adopted, following the new historical realities and the adoption of the Democratic Constitution in 1923. The second Penal

* Decanul Facultății de Drept, Universității “Al. I. Cuza” Iași e judecător ai Curtii Constitutionale/ Redoviti profesor, dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta “Al. I. Cuza” Iasi i sudac Ustavnog suda /Full professor, Dean of the Faculty of Law, University of Iași and Judge at the Constitutional Court.

Code was in force until 1969 when the third Code and other regulations fit to protect the new social order were adopted. The Penal Code from 1968, which entered into force on the 1st of January 1969, knew several modifications predisposed to limit the exercise of fundamental rights and freedoms through certain aspects on criminal liability, criminal sanctions and the content of criminal provisions.

In today's Romania, a member state of the European Union, rules of the Penal Code from 1968 are still in force¹. After 1989, the legislator, firm to respect and guarantee the fundamental values of democratic society, promoted a new penal policy proceeding to the harmonization of legislation with modern European regulations. Provisions of the Penal Code are being complemented by numerous special laws which organize different fields of activity (for example labor protection, financial and accounting activity, road safety etc).

Reform of the penal legislation develops in two directions. The first direction, governed by the need of rapid change, consists in revoking and modifying existing norms and adopting new ones. The second direction, having long term effects, consists in elaborating and adopting new substantive and procedural penal legislation that conforms to modern standards of protection of fundamental rights and freedoms.

The present study presents the main modifications of the Romanian penal legislation.

2. The General Part of the Penal Code (article 1-154)

The General part of the Penal Code contains norms referring to the Criminal Act and its enforcement restrictions (art. 1-16), crimes (art. 17-19¹), attempt (art. 20-22), participation (art. 23-31), plurality of crimes (art. 32-43), causes that remove the criminal character of the action (art. 44-51), categories and general limits of penalties (art. 52-71), individualization of penalties (article 72- 89), replacement of criminal responsibility (article 90-98), juveniles (article 99-110), security measures (article 111-118¹), causes which annul criminal responsibility or the consequences of the conviction (article 119-132), limitation (article 133-139) and the final title (article 140-154) is reserved to the explanation of some terms or expression. The modifications that have taken place had the role to eliminate provisions specific to the totalitarian regime and to insure guarantees for protection of the most important social values protected by modern penal legislations, the European Convention of Human Rights and its case law.

¹ The Penal Code was adopted through the Law no. 15/1968 and published in the Official Bulletin no. 79-79 of the 21st of June 1968. Subsequently, the Code was republished in the Official Bulletin no. 55-56 of the 23rd of April 1973 and afterwards in the Official Monitor no. 65 of the 16th of April 1997

2.1. The abrogation of the regulations specific to the old social order

The first to be abrogated from the Penal Code were the incrimination of abortion (art. 185-188) and public defamation of the state or public organization (art. 237)². Subsequently³, the legislator proceeded to the abrogation of the Law no. 25/1976 regarding the labor regime of the working population⁴; Decree no. 96/1983 regarding the sale of agricultural products by individual producers and some measures for maximization of prices⁵; art. 37 of Decree no. 210/1960 regarding foreign payment instruments⁶; Decree no. 306/1981 regarding prevention and repression of crimes affecting the supply of population⁷ etc. As an example, we present an act prescribed as crime by this Decree. It was considered to be a speculation crime, punished with the imprisonment from 6 months to 5 years, the act of buying from the state and cooperative commercial units, oil, sugar, flour, rice, coffee and other alimentary products with the purpose of stocking in quantities exceeding the monthly needs of family consumption, when such stocking affects the interests of other buyers and the good supply of the population. The persons keeping stocks of those goods were obligated to reconstitute them to commercial units within 3 days from the date of entry into force of this Decree, in exchange of the legal prices. Not to reconstitute those goods in term of 3 days was considered a crime sanctioned with the same penalty.

2.2. The abolition of death penalty⁸

The death penalty, prescribed for some crimes in the Penal Code or special laws was abolished and replaced by the penalty of life detention. Death penalty was an exceptional measure given for severe crimes under conditions stipulated by the law. The death penalty could not have been given to perpetrators under 18 years of age, to pregnant women or to women that had a child under the age of 3 at the moment of the act or at the moment of the sentence. In such cases death penalty was replaced by the penalty of imprisonment for 25 years. In the Penal Code the death penalty was established for the crime of betrayal (art. 155), for the crime of betrayal by helping the enemy (art. 156), sabotage (article 164), genocide (article 357), inhuman treatments (article 358) etc.

² Through the Law Decree no. 1 of 26th of December 1989, published in the Official Monitor no. 4 from the 27th of December 1989

³ Through the Law Decree no. 9 from the 31 of December 1989, published in the Official Monitor no. 9 from the 31st of December 1989

⁴ Published in the Official Bulletin no. 98, from the 11th of November 1976

⁵ Published in the Official Bulletin no. 19, from the 29th of March 1983

⁶ Published in the Official Bulletin no. 56, from the 17th of May 1960

⁷ Published in the Official Bulletin no. 77, from the 9th of October 1981

⁸ Through Article 1 of the Law Decree no. 6 from the 7th of January 1990, published in the Official Monitor no. 4 from the 8th of January 1990, for the abolition of death penalty, for the modification and abrogation of different norms of the Penal Code and other special laws

At the time of abolition, death penalties pronounced by final sentences, but not executed yet, were replaced by life detention.

2.3. New regulation of extradition

According to the new legislation, the extradition can be required and granted on the basis of international conventions on reciprocity and by default on the basis of legal provisions. Legislator adopted a special law regarding the judicial cooperation in criminal field⁹, which regulates the matters of extradition, the handover of detained persons, on the basis of the European warrant for arrest, other procedures in criminal matters, the recognition and execution of definitive sentences, the transfer of convicted persons and the judicial assistance in criminal field.

2.4. The introduction of legal person's criminal liability

Recently, the Romanian legislator introduced the criminal liability of legal persons¹⁰. According to article 19¹ of the Penal Code legal persons, with the exception of the state, public authorities and public institutions, who exercise an activity that cannot be the object of private domain, are liable for crimes committed in achievement of their objects of activity or in their name or interest, if the act was committed with the required degree of guilt. Criminal liability of a legal person does not exclude the liability of a physical person who contributed, by any means, to the commission of the crime. In the case of legal persons, the attempt is sanctioned with a fine prescribed for the consumed crime reduced to a half. To this penalty, one or more complementary penalties can be added.

In case of concurrent crimes committed by a legal person, a fine penalty is established for every single crime and then the most severe penalty applies. Such penalty can be enhanced to its maximum. If the maximum is insufficient, the fine may be increased up to 1/3 of that maximum (article 40 (1)¹ of the Penal Code). The dispositions of paragraph 1 apply when a legal person, after being definitively convicted, is trialed for a concurrent crime and when subsequent to the final sentence of conviction, it has been proven that the person was convicted for the concurrent crime as well. In these cases, part of the penalty already executed is deducted from the fine applied for concurrent crimes.

For a legal person, the plurality of crimes can appear as a relapse into crime. According to dispositions of article 40² of the Penal Code, the state of relapse into crime exists when: a) subsequent to the final sentence of conviction, the legal person commits again an intentional crime, and the fine for the previous crime has not

⁹ Law. 302/2004, published in Official Monitor no. 594 from the 1st of July 2004

¹⁰ Through Article I pct. 1 of the Law no. 278 from the 4th of July 2006, for the modification and the completion of the Penal Code, and for the modification and completion of other laws, published in Official Monitor no. 601 from the 12th of July 2007

been executed yet; b) subsequent to the final sentence of conviction, the legal person commits again an intentional crime and the fine for the previous crime has been executed or considered to be executed.

In case of the relapse according to paragraph 1 (a) the fine established for the second crime and the fine established for the first crime are merged. If the first fine was partially executed, the merging takes place between the rest of the first penalty and the penalty established for the second crime. In the case of relapse according to paragraph 1 (b), the penalty is established to its special maximum and if such maximum is considered to be insufficient, it may be increased up to 2/3 of that maximum.

The penalties applicable to legal persons are main and complementary (article 53¹ Penal Code). The main penalty is a fine from 2.500 lei to 2.000.000 lei. Complementary penalties are: a) dissolution; b) suspension of the legal person's activity from 3 months to a year, or suspension of that activity which is related to the crime from 3 months to 3 years; c) closure of working points from a month to 3 years; d) prohibition to participate in public acquisitions from 1 to 3 years; e) posting or publishing the sentence of conviction.

One or several of these complementary penalties can be applied when the court considers these penalties to be necessary due to the nature and gravity of the crime and the circumstances of the case. Applying one or more of these complementary penalties is mandatory if imposed by the law. Complementary penalties are executed after the final sentence is pronounced.

The fine penalty (article 71¹ Penal Code) consists in the amount of money the legal person is convicted to pay. When the law establishes for the physical person the imprisonment penalty of less than 10 years or a fine, the special minimum of the fine for legal persons is 5.000 lei and the special maximum is 600.000 lei.

When the law establishes for a physical person the penalty of life detention or the imprisonment penalty of more than 10 years, the special minimum of the fine for legal persons is 10.000 lei and the special maximum is 900.000 lei.

The dissolution of a legal person (71² Penal Code) is applied when the legal person was created with the purpose of committing crimes or when it is the object of such activities. The complementary penalty of dissolution opens the liquidation procedure. A copy of the final sentence of conviction is urgently communicated to the competent civil court which then assigns the liquidator.

Suspension of the legal person's activity (art. 71³ Penal Code) consists in prohibiting the whole activity or only one of the activities of the legal person in the realization of which the crime was committed. In case of failure to execute the complementary penalty of making public the decision of conviction, the court may suspend the activity or one of the activities up to the execution, but not for more than 3 months. If the complementary penalty is not executed within this term, the court

will order the dissolution of the legal person. Exceptionally, due to the specificity of their activity, the sanctions of suspension and dissolution are not applied to political parties, syndicates, patronages and religious or minorities organizations created according to the law.

Closure of working points of a legal person (article 71⁵ Penal Code) consists in closing one or more working units of the legal person with lucrative purpose in which the criminal activity took place. Exceptionally, this sanction is not applied to legal person from the press domain.

Prohibition to participate to public acquisitions procedures from 1 to 3 years (article 71⁶ Penal Code) consist in prohibiting the participation – direct or indirect – to the procedures of awarding public procurement contracts according to the law.

Posting or publishing the sentence of conviction (article 71⁷ Penal Code) is done at the expense of the convicted person. Identity of the victim cannot be revealed through posting or publishing of the convicting decision, without his/her personal or mandated consent. Convicting sentence is published in the form established by the court, through written press or other means of audiovisual communication indicated by the court. If the publishing is assured by the written press or audiovisual means of communication, the court will determine the number of appearances which cannot overpower 10 times, or in the case of other means of audiovisual communication the length of 3 months.

In any case, when establishing penalties for the legal person, the court will take into account the dispositions of the general part of the code, the limits of penalty for the physical person, the gravity of the crime and the circumstances attenuating or aggravating the criminal liability.

2.5. Legitimate self-defense

Legitimate self defense is a cause that removes the criminal character of an action. The legitimate self-defense is provided for in article 44 of the Penal Code. According to paragraph 1, the action prescribed by the Criminal Act, which is committed under legitimate self-defense does not constitute a crime. According to paragraph 2 a person is under legitimate self-defense if he/she commits the crime in order to prevent a material, direct, immediate and unfair attack against him/herself, against other people or against public interest and which seriously endangers the attacked person or the rights of such person or the public interest.

According to paragraph 2¹ it is presumed to be in a state of legitimate self-defense a person who commits a crime in order to reject a perpetration in a residence, chamber, or closed space through violence, burglary or similar means.¹¹

¹¹ The modification, consisting in the consecration of the presumption of legitimate defense was made by the Law no. 247 from the 19th of July 2005, regarding the reform in the domain

2.6. The execution regime of the principal penalties of liberty privation

The new regime is regulated by Law no. 278/2006. According to article 53³ of Penal Code, the execution of penalties is based on the progressive system. According to the law, convicted felons can pass from one execution regime to another.

Freedom privative penalties are executed in one of the following regimes: a) the maximum security regime; b) the closed regime; c) the semi-open regime; d) the open regime. The executing regime is based on the possibility for the convicts to perform useful work, if they are able to do so, on the educational activity organized for the convicts, on the convicts' compliance with the working rules and internal law within the space of confinement and finally, on the stimulation and rewarding of diligent and disciplined convicts who prove clear evidence of self-improvement.

Convicts do not have the obligation to work during the execution of the penalty if they are over 60 years of age for men and 55 years of age for women; they are allowed to work if they so request. Described means should result in the reeducation of convicts and the prevention of new crimes.

2.7. Repression of violent acts against family members

In order to prevent and repress violent acts against family members, the legislator prescribed a special security measure prohibiting the return to the family's residence for a determined period of time¹². When a person is convicted to the imprisonment penalty for a least one year for injuries or any other violent actions which cause physical pain suffered by family members, and when the court considers that presence in the family residence constitutes a serious danger for other members of the family, the judge may, at the demand of the injured party, dispose the measure of prohibiting the return to the family's residence for a period up to 2 years. Family member, according to the Criminal Act is the spouse or any other close relative (ancestors and progeny, sisters and brothers, their children, as well as the persons who become relatives through adoption in accordance with the law) living with the perpetrator.

3. Special part of the Penal Code

The Special Part of the Penal Code consists of criminal norms on socially dangerous acts considered to be crimes. At the moment of its adoption, the Penal Code was structured in 11 titles, in accordance with the social value protected by the legislator: Title I (art. 155-173), crimes against state security, Title II (art. 174-207),

of the justice and property, and also adjacent measures, published in the Official Monitor of Romania, no. 653 from the 22nd of July 2005

¹² Through Article 1 point 2 of the Law no. 197 from the 13th of November 2000, published in the Official Monitor, no. 568 from the 15th of November 2000

crimes against person, Title III (art. 208-222), crimes against patrimony, Title IV (art. 223-235), crimes against public property, Title V (art.. 236-245), crimes against authority, Title VI (art. 246-281), crimes harming some activities of public interest or other activities regulated by the law, Title VII (art. 282-294) forgery crimes, Title VIII (art. 295-302²), crimes related to the regime established for certain economic activities, Title IX (art. 303-330), crimes that harm some social relationships, Title X (art. 331-355), crimes against Romania's defense capacity and Title XI (art. 356-361) crimes against peace and mankind.

3.1. De-criminalization of some crimes

Sabotage was incriminated¹³ through the provisions of article 164 of the Penal Code. Public employee who, during service fails to or wrongly accomplishes an act, being fully aware of it, and thus harms in any way the state security, was punished by death and total confiscation of its wealth, or by imprisonment from 15 to 20 years, the prohibition of some rights and the partial confiscation of its wealth.

Abortion. At the time of the adoption of the Penal Code, the provisions of articles 185- 188 incriminated illegal pregnancy interruption¹⁴. The interruption of pregnancy performed by any means, outside the conditions admitted by the law, with the consent of the pregnant woman was punished by imprisonment from 1 to 3 years. The act incriminated by the first paragraph committed without the consent of the pregnant woman is punished by imprisonment from 2 to 5 years. If the actions mentioned in paragraphs 1 and 2 caused a serious physical injure to the pregnant woman, the penalty consisted in the imprisonment from 2 to 5 years for the first paragraph and from 3 to six years for the second paragraph. If the crime resulted in pregnant woman's death, the penalty consisted in imprisonment from seven to twelve years (art. 185 Penal Code).

The interruption of pregnancy, committed by a pregnant woman was punished by imprisonment from 6 months to 2 years. With the same penalty was punished a person executing the abortion with the consent of the pregnant woman (art. 186 Penal Code). The possession, outside special medical institutions, of any special instruments for performing an abortion was punished by imprisonment from 3 months to 1 year. With the same penalty was punished the possession of any abortive means, outside medical institutions (art. 188 Penal Code).

¹³ Article 164 regarding the crime of sabotage was abrogated by the Law-Decree no. 12 from the 10 of January 1990, published in the Official Monitor, no. 7 from the 12th of January 1990

¹⁴ Articles 185-188 regarding the illegal performing of abortion were abrogated by the Law-Decree no. 1 from the 26th of December 1989, published in the Official Monitor, no. 4 from the 27th of December 1989

Eventually, the legislator considered that pregnancy interruptions presented a social danger if they were not performed under safe conditions for the pregnant woman and for the success of the intervention. Abortions performed by unqualified persons or in unsuitable conditions can lead to birth of deformed children. For this reason and in order to assure the birth rate, illegal abortion was re-criminalized¹⁵ but with a different content. This time it was illegal the pregnancy interruption performed by any means under one of the following circumstances: (a) outside the authorized medical institutions or facilities; (b) by a person who does not have the qualification of a specialized doctor; (c) if the period of the pregnancy exceeded fourteen weeks. The punishment prescribed was the imprisonment between 6 months and 3 years.

Pregnancy interruption, performed under any circumstances without the pregnant woman's consent was punished with the imprisonment between 2 and 7 years and interdiction of certain rights. If the actions mentioned in paragraphs 1 and 2 caused a serious physical injury to the pregnant woman, the penalty consisted in the imprisonment between 3 and 10 years and the interdiction of certain rights, whereas if the crime resulted in the death of the pregnant woman, the penalty consisted in the imprisonment between 5 and 15 years and the interdiction of certain rights.

If the action mentioned in paragraphs 2 and 3 was committed by a doctor, beside imprisonment, he would be prohibited to exercise its profession in accordance with article 64 (c).

The attempt was subject to penalty. Pregnancy interruption performed by a doctor was not subject to penalty if: (a) pregnancy interruption was necessary in order to save the pregnant woman's life, health or physical integrity against a serious and imminent danger which could not have been avoided otherwise; (b) in the case mentioned in paragraph 1, when pregnancy interruption was indispensable for therapeutic reasons, according to the legal provisions; (c) in the case provided in paragraph 2, when the pregnant woman could not express her will, and pregnancy interruption was imposed for therapeutic reasons, according to the legal provisions.

The legislator obviously did not want to interdict the abortion, but to assure the interruption of pregnancy was performed only by qualified persons and in safe conditions.

Sexual relations between persons of the same sex were considered to be crimes and incriminated by the provisions of article 200 of the Penal Code. Sexual intercourse between persons of the same sex was punished with the imprisonment between 1 year and 5 years. Sexual intercourse of an adult with a juvenile of the same sex was punished

¹⁵ Through the Law no. 140 from the 5th of November 1996, for the modification and completion of the Penal Code, published in Official Monitor, no. 289 from the 14th of November 1996

with the imprisonment between 2 and 7 years and the interdiction of certain rights. Sexual intercourse with a person of the same sex under the incapacity of defense or the incapacity of expressing its wish or performed by constraint was punished with the imprisonment between 3 and 10 years and the interdiction of certain rights.

If the action provided in paragraphs 2 and 3 resulted in serious injury to health integrity, the penalty consisted in the imprisonment between 5 and 15 years and the interdiction of certain rights, whereas if it resulted in the victim's death or suicide the penalty consisted in the imprisonment between 15 and 25 years and the interdiction of certain rights.

Pursuance or seduction of a person into sexual intercourse between persons of the same sex, as well as the propaganda or the association or any other acts of proselytism performed for the same purpose were punished with the imprisonment between 1 year and 5 years. After several modifications, sexual relations between persons of the same sex were de-criminalized.¹⁶

There are some particularities with the crimes against dignity, insult (art. 205 Penal Code) and slander (art. 206 Penal Code). At the time of the adoption of the Penal Code it was considered that honor and dignity are values that needed protection. Insult consisted in any infringement against a person's honor or reputation, by means of words, gestures and by other means, or by making the person subject to mockery and it was punished with the imprisonment between one month and 2 years, or a fine. More severe penalty was prescribed for the same crime under aggravating circumstances. Slander consisted in stating or imputing in public, by any means, an action regarding a person, which if real, would expose that person to a criminal, administrative or disciplinary sanction or to public disgrace, and it was punished with the imprisonment between 3 months and 3 years or with a fine. In order to guarantee the freedom of speech, the legislator considered that the abrogation of the two provisions is needed¹⁷, and that the protection of honor and dignity is to be assured only by civil means. Being approached with a complaint, the Constitutional Court held that irrespectively of how they are committed and no matter the quality of the perpetrators – ordinary citizens, political figures, journalist etc. – acts of the same content as these crimes injure severely the human personality, the dignity, the honor and the reputation of the victims. For this reason, the mentioned values protected by the Penal Code, have constitutional status, the human dignity being

¹⁶ Through the Governmental Ordinance no. 89 from the 21st of June 2001, for the modification and completion of some dispositions from the Penal Code regarding crimes to the sexual life, published in Official Monitor no. 338 from the 26th of June 2001

¹⁷ Art. I pct. 56 from the Law no. 278 from the 4th of July 2006, for the modification and completion of the Penal Code and for the modification and completion of some laws, published in the Official Monitor, no. 601 from 12th of July 2007

consecrated by article 1 paragraph 3 of the Romanian Constitution as one of the supreme values. Romania is a democratic and social state, governed by the rule of law, in which human dignity, the citizens' rights and freedoms, the free development of human personality, justice and political pluralism represent supreme values, in the spirit of the democratic traditions of the Romanian people and the ideals of the Revolution of December 1989, and the same shall be guaranteed. Taking into account the importance of the values protected by articles 205 and 206 of the Penal Code, the Constitutional Court ruled that the abrogation of these provisions and the de-criminalization of the crimes of insult and slander are contrary to the provisions of article 1 paragraph 3 of the Constitution. The decisions¹⁸ of the Constitutional Court are definitive and generally mandatory; they are published in the Official Monitor and have only future effect. According to article 147 of the Constitution, the provisions of laws and ordinances in force, as well as those of the regulations, which are found to be unconstitutional, shall cease their legal effect within 45 days of the publication of the decision of the Constitutional Court if in the meantime, the Parliament or the Government, as the case may be, cannot bring into line the unconstitutional provisions with the provisions of the Constitution. For this limited period of time the provisions found to be unconstitutional shall be suspended de jure. This way, de-criminalized provisions referring to insult and slander are still in force, but some courts hesitate to apply them.

Crimes against public property were dealt with in Title IV of the Penal Code (art. 223-235). Although the Title IV contained the same crimes – theft, deceit, breach of trust etc., they were different because they were punished more severely. Because the dispositions of article 44 paragraph 2 of the Constitution establish that private property is guaranteed and protected equally by the law, regardless of the titular, the legislator had to reconcile criminal regulations and constitutional principles. On this ground the legislator abrogated the entire Title IV of the Penal Code¹⁹.

Crimes against authority, regulated by Title V have suffered numerous modifications. Different provisions were abrogated: the defamation of the state or nation, which consisted in any public manifestation by which one expresses contempt for the state or the nation were punished by the imprisonment from 6 months to 3 years (art. 236¹), and the public defamation of a state or public organization by any means, was punished by imprisonment from 3 months to 2 years or a fine (art.

¹⁸ Decision of the Constitutional Court, no. 62 from the 18th of January 2007, published in the Official Monitor, no. 104 from 12th of February 2007

¹⁹ Through Article I pct. 100 from the Law no. 140 from the 5th of November 1996, for the modification and completion of the Penal Code, published in the Official Monitor no. 289 from the 14th of November

237),²⁰ and offence against an authority. Hitting or any other act of violence, as well as physical harm against one of the persons and under the conditions shown in paragraph 1, were punished with the imprisonment between 3 and 10 years; if serious physical harm was caused, the punishment was 5 to 15 years of jail and the interdiction of certain rights (art. 238)²¹.

From the category of crimes against family, the legislator de-criminalized²² adultery which consisted in sexual relationships of married persons outside marriage punishable by 1 month to 6 months of imprisonment or a fine. The criminal action was initiated on the prior complaint of the innocent spouse. At any time, the innocent spouse might have requested the termination of the criminal investigation or the criminal trial, and after a final decision has been rendered, the termination of the punishment execution. Adultery could have been proven only by an official report acknowledging the flagrant crime or by letters of the guilty spouse. The criminal investigation or trial could have ceased in case of death of the spouse that filed the complaint, and in case of annulment of the marriage. The criminal investigation could not have been initiated if the deed had been committed with the encouragement of the spouse, or if the conjugal life had been interrupted and the spouses lived separately. From the category of crimes against social relationships, the legislator de-criminalized vagrancy²³.

3.2. Modification of the content of some crimes

Until now the most substantial modifications of the Penal Code were done by modifying the content of the provisions, by establishing new aggravating circumstances, assuring secondary protection of social values and introducing provisions on alternative modes of committing a crime. We mention some modifications to crimes against persons.

A new aggravating circumstance was added to the second degree homicide (article 176), consisting in the homicide committed by a magistrate, a policeman, sergeant or soldier, during or related to the execution of their work or public duties. The

²⁰ 1996.

Article 237 regarding the crime of defamation of an organization was abrogated by the Law no. 1 from the 26th of December 1989, published in the Official Monitor no. 4 from the 27th of December 1989

²¹ Article 238 regarding the crime of offence against an authority was abrogated by the Governmental Ordinance no. 58 from the 23rd of May 2002, for the modification and completion of the Penal Code regarding crimes against dignity and authority, published in the Official Monitor no. 351 from the 27th of May 2002

²² Through art. I pct. 65 from the Law no. 278 from 2006, for the modification and completion of the Penal Code, and for the modification and completion of other laws, published in the Official Monitor no. 601 from 12th of July 2007

²³ Through art. I pct. 65 from the Law no. 278 from 2006

rule takes into account the special quality of the author of the crime, a magistrate, a policeman, sergeant or soldier. For the existence of the crime it is necessary that, along with the special quality of the author, the act was committed during or related to the accomplishment of work or public duties²⁴.

With the purpose of protecting family and repressing domestic violence, the legislator aggravated the criminal liability in cases of following crimes: hitting or other forms of violence (art. 180), physical injury (art. 181), in the situations in which physical suffering or causing an injury needing medical care of up to 60 days .

Substantial modifications were made to crimes regarding sexual life (art. 197-204) by extending the sphere of facts criminally relevant. For example, initially, rape in the non-aggravated form was defined as a sexual intercourse with a woman, by coercion or by taking advantage of her impossibility to defend herself or to express her wish, the penalty being imprisonment from 2 years to 7 years. Today, the rape is defined as a sexual intercourse of any kind, with a person of the opposite sex or of the same sex, by coercion or by taking advantage of that person's inability to defend itself or to express its will, and is punished by strict imprisonment from 3 to 10 years and the prohibition of certain rights. It is to be noticed that the new regulation refers to sexual acts of any kind with any person, indifferent of sex.

3.3. Introduction of new crimes

The legislator considered it necessary to extend penal illicit in order to protect other social values such as conflict of interest and sexual harassment.

Sexual harassment,²⁵ the act of harassing a person by threat or coercion in order to obtain sexual satisfaction, committed by a person abusing its quality or the influence provided by the office held at the workplace, shall be punished by imprisonment from 3 months to 2 years or by fine.

Conflict of interest exists when a public servant, who, in the exercise of service prerogatives, knowingly commits an act or participates in a decision through which a material benefit is assured, directly or indirectly to him, his/hers spouse, a relative or an affine up to the third degree or to a person who had commercial relations with the perpetrator in the last 5 years or who provided or provides services or benefits of any type, and it is punished by imprisonment from 6 months to 5 years and the interdiction to detain a public function to the maximum period of time. These provisions are not applicable in case of proposing, approving or adopting normative acts.

²⁴ Tudorel Toader, Romanian Penal Law. Special Part, 3rd edition, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2007, p. 54

²⁵ Consecrated through the Law no. 61 from 16th of January 2002, regarding the approval of the Government Ordinance no. 89/2001, for the modification and completion of some dispositions from the Penal Code referring to crime against sexual life, published in the Official Monitor, no. 65 from 30th of January 2002

4. Special Statutes

Criminal provisions from special statutes have priority over those from the Penal Code and are completed by these ones. Usually facts that have contingency on social values are incriminated through special statutes and are completed with the provisions of the Penal Code. For example: tax evasion²⁶, prevention and repression of organized crime²⁷, repression of terrorism²⁸, prevention, disposal and repression of corruption facts²⁹, access to the personal file and disposal of the communist political police service³⁰ etc.

5. Perspectives

At this moment, a new Penal Code and a new Procedural Penal Code are being elaborated. The project of the Penal Code absorbs the fundamental institutions, at their actual state and provides new institutions. Wanting to assure a uniform approach, the new project includes numerous institutions from special statutes.

²⁶ The Law no. 241 from 15th of July 2005, published in the Official Monitor, no. 672 from 27th of July

²⁷ 2005.

²⁸ The Law no. 39 from 21st of January 2003, published in the Official Monitor, no. 50 from 29th of January

²⁹ 2003.

³⁰ The Law no. 535 from 25th of November 2004, published in the Official Monitor, no. 1161 from 8th of December 2004

²⁹ The Law no. 78 from 8th of May 2000, published in the Official Monitor, no. 219 from 18th of May

³⁰ The Law no. 187 from 7th of December 1999, published in the Official Monitor, no. 603 from 9th of December 1999

Isabella Rosoni*

LA STORIA IMBAVAGLIATA

(Ušutkana povijest; Suppressed History)

Sažetak

U veljači 2007. Ariel Toaff je objavio knjigu pod naslovom Krvavi utorak. Židovi u Europi i ritualna ubojstva, u nakladi Il Mulino, Bologna. Knjiga koja podupire hipotezu da je krajem 15 stoljeća izvjesna skupina Aškenaza židova bila odgovorna za ritualna ubojstva kršćanske djece, izazvala je živu raspravu u kojoj su sudjelovali znanstvenici, ugledni članovi židovske zajednice, Izraelskog parlamenta, Unije židovskih zajednica (UCEI), novinari, kreatori javnog mnijenja, koji su se svi složili o neodrživosti teza zastupanih u knjizi. Slijedom te jednodušne osude Ariel Toaff ja od nakladnika zatražio povlačenje knjige iz prodaje i najavio novo izdanje u kojemu će razmotriti kritizirane dijelove te ispraviti mnoge među njima.

Ključne riječi: ritualna ubojstva – kazneni postupak – krvnina – priznanje – tortura – indicijalna paradigma

Summary

In February 2007 Ariel Toaff publishes a book entitled: Pasque di sangue. Ebrei d'Europa e omicidi rituali within Il Mulino Publishers. The book, which supports the hypothesis that at the end of the 15th Century, certain groups of Ashkenazim Jews were responsible for ritual murders of Christian children, provokes a really lively polemics to which renown scholars, authoritative members of the Jew community, the Israeli Parliament, the Union of the Jew Communities (UCEI), journalists, opinion makers took part, and they all agreed in declaring the groundlessness of the thesis sustained in the book. Following this unanimous condemnation Ariel Toaff asks his publisher to withdraw his book from sale, and announces a new edition of his book in which he commits to take the received criticisms to heart and to correct the many criticised passages.

Key words: Ritual murders – Criminal Trial – Blood Accusation – Judicial Confession – Torture – Circumstantial Evidence

* Professoressa associata, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Macerata/ Izvanredna profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Macerati/Associate professor, Faculty of Law, University of Macerata.

In questi ultimi mesi, in Italia, il campo della critica storica è stato attraversato da una polemica relativa al diritto alla libertà di ricerca e di opinione. L'uso pubblico e politico della storia si è sempre più diffuso e la disciplina storica, sottratta agli storici, viene usata come una specie di grande supermercato in cui politici e giornalisti prendono ciò che più fa comodo, basti pensare alle recenti tesi negazioniste sulla Shoah.

Il caso è stato sollevato dal libro dello storico Ariel Toaff, *Pasque di sangue. Ebrei d'Europa e omicidi rituali*, pubblicato dall'editore Il Mulino¹.

L'autore è un italo-israeliano, docente di Storia del Medioevo e del Rinascimento all'Università di Bar Ilan in Israele, ma è anche figlio del rabbino emerito Elio Toaff. Il libro documenta l'ipotesi che in un determinato periodo di tempo e in una certa area geografica (siamo alla fine del XV secolo nei territori transalpini e cisalpini di lingua tedesca), alcuni gruppi di ebrei ashkenaziti si siano resi responsabili di omicidi rituali.

Finora, la storiografia che si è occupata di ebraismo (perlomeno quella del XX e XXI secolo), si è interessata alla storia del pensiero anti giudaico e antisemita, e, nel caso specifico, alla nascita e alla formazione delle costruzioni mitologiche relative all'uso rituale del sangue, ma mai ha preso in esame la possibilità, se pur remota, che tali costruzioni fossero fondate. Ora, per la prima volta, uno storico ebreo prende sul serio questo mito e cerca di restituire realtà alla storia attraverso la ricostruzione di un celebre processo celebrato a Trento nel 1475, contro una comunità di ebrei ashkenaziti accusata di aver ucciso un bambino cristiano (Simonino) e di aver utilizzato il suo sangue per la confezione degli azzimi pasquali.

La lettura degli atti del processo di Trento, fortemente sospettato, fin dall'epoca coeva, di essere stato un clamoroso errore giudiziario, suggerisce all'autore una lettura difforme da quella espressa da molti storici contemporanei di indubbio valore². Nel corso della sua ricerca, infatti, Toaff riconosce che, effettivamente, gli ebrei possono aver commesso gli omicidi rituali dei quali, per secoli, sono stati accusati dalla letteratura antisemita.

Il fatto è abbastanza noto. Siamo a Trento, il 23 marzo del lontano 1475, è giovedì santo. Il piccolo Simone scompare e viene ritrovato morto il giorno di Pasqua nelle acque di un fossato che attraversa lo scantinato della casa del principale esponente della comunità ebraica. Nonostante siano gli ebrei denunciare al podestà di Trento il ritrovamento del corpo, sono gli stessi ebrei ad essere accusati dalla pubblica voce del rapimento e della uccisione del bambino. Al primo indizio, costituito dalla pubblica voce, segue l'arresto di molti uomini e donne della comunità ebraica. Poi il podestà

¹ A. Toaff, *Pasque di sangue. Ebrei d'Europa e omicidi rituali*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 10-11.

² Il processo contro gli ebrei di Trento è stato ampiamente studiato da Diego Quaglioni e Anna Esposito che hanno pubblicato, con un ampio commento, i verbali dei processi: D. Quaglioni e A. Esposito, *Processi contro gli ebrei di Trento (1475-1478)*, I, I processi del 1475, Padova, Cedam, 1990.

inizia la raccolta degli elementi per procedere contro gli accusati: la testimonianza di un ebreo convertito che racconta di essere stato testimone di un caso precedente avvenuto sempre nella stessa comunità, le perizie mediche che attestano che il fanciullo non è morto di morte naturale e che le sue ferite sanguinano in presenza degli ebrei arrestati, poi, ancora, c'è chi racconta di aver udito la voce di un bambino provenire dalla sinagoga. Tuttavia manca la prova legale, senza la quale tutti gli indizi raccolti non sono sufficienti per arrivare a una condanna. La confessione degli inquisiti, estorta con la tortura, fornisce finalmente al processo quell'elemento di certezza legale che permetterà di condannarli alla pena capitale.

Il processo, però, suscita molte perplessità soprattutto negli ambienti ecclesiastici, allarmati dall'eccessivo ricorso alla tortura. Lo stesso papa Sisto IV invia a Trento un suo legato con l'incarico di riferire sui fatti e sul processo medesimo. La relazione che il legato, ritornato a Roma, consegna nelle mani del Pontefice, sottolinea non soltanto la irritualità del processo di Trento, e cioè i vizi procedurali, ma anche l'esistenza di molte, grossolane falsificazioni degli atti processuali.

Nonostante da Roma giungano continui inviti a rilasciare gli ebrei incarcerati, il tribunale di Trento continua il suo lavoro. Quindici condanne alla pena di morte. Tredici ebrei saranno mandati al rogo, due avranno commutata la pena nella decapitazione, grazie alla loro (forzata) conversione alla fede cristiana.

Ma il processo produce anche un effetto ulteriore: a seguito della sentenza, nonostante il Papa e lo stesso imperatore Federico III, invitino alla moderazione, un'ondata di antisemitismo travolge le popolazioni dell'Italia settentrionale e quelle dei paesi più a nord di lingua tedesca. A partire dal 1475 assistiamo ad inasprimenti legislativi e a provvedimenti di espulsione nei confronti degli ebrei, mentre le accuse di omicidio rituale si diffondono velocemente, e il caso di Simonino diventa il primo di una lunga serie di episodi analoghi. Un secolo più tardi la Santa Sede autorizzerà il culto locale di Simonino che diventerà, assieme al vescovo Virgilio, il patrono della città. Le sue reliquie saranno conservate nella chiesa di San Pietro fino al 1965, quando la Chiesa riconoscerà gli errori commessi nel corso del processo del 1475 e abolirà il culto di Simonino martire.

Dall'esame delle carte processuali e in netta controtendenza rispetto alle letture coeve e contemporanee del processo, Toaff arriva alla conclusione che le confessioni degli ebrei inquisiti, nonostante siano state estorte con la tortura, sono veridiche e che quindi, effettivamente, perlomeno in questa circostanza, gli ebrei si sono macchiati del crimine di omicidio rituale.

Alla prima recensione del libro, inequivocabilmente elogiativa, pubblicata nel mese di febbraio dal Corriere della Sera a firma dello storico Sergio Luzzatto³, fa seguito una vivace polemica alla quale partecipano anche noti studiosi che non si

³ S. Luzzatto, *Quelle Pasque di sangue*, "Corriere della Sera", 6 febbraio 2007.

fanno scrupolo di condannare il libro prima ancora di averlo letto (nel febbraio del 2007 il libro non era ancora distribuito nelle librerie). Alla condanna prima del processo si uniscono anche alcuni autorevoli esponenti del mondo ebraico, alcuni rabbini italiani fra i quali il padre di Ariel Toaff, il Parlamento israeliano, il presidente dell'Unione delle Comunità Ebraiche (UCEI), tutti concordi nel condannare recisamente l'inammissibilità e l'infondatezza della tesi sostenuta.

Dietro questa pericolosa forma di censura preventiva c'è la convinzione, assolutamente astorica, che le forme della tradizione ebraica che condanna l'uso del sangue siano state sempre rispettate, in ogni tempo e in ogni luogo, dalle devote comunità ebraiche, e che non sia quindi ipotizzabile alcun uso rituale del sangue, meno che mai umano.

Il comunicato emesso contro Toaff dalla UCEI è esemplare "Non è mai esistita nella tradizione ebraica alcuna prescrizione né alcuna consuetudine che consenta di utilizzare sangue umano ritualmente. Questo uso è anzi considerato con orrore". Verissimo, ma l'obiettivo che lo storico si è posto non è, in questo caso, quello di ricostruire il pensiero della tradizione ebraica, ma quello di indagare i comportamenti di alcuni ebrei in carne ed ossa in una precisa realtà, quella della comunità ashkenazita di Trento negli anni Settanta del Quattrocento.

Finalmente il libro esce nelle librerie e gli elementi della critica si fanno più affinati. Pochissime sono le voci che si levano a difesa del lavoro di Toaff e della libertà della ricerca storica. Fra queste, quella dello storico medievista Franco Cardini che scrive: "non c'è opera storica, non c'è autore, che sia in grado di regger la prova dinanzi al fuoco di fila di una ben concertata artiglieria manovrata dai colleghi. Proprio perché tutti i nostri lavori, anche i migliori, sono sempre soggetti all'errore e quindi passibili di contestazione. Appunto per questo, anche nelle polemiche più aspre, fra studiosi l'onestà intellettuale e la comprensione sono ingredienti fondamentali ... Altrimenti tutto diventa cannibalismo, guerra per bande"⁴. Cardini, uno dei pochi storici che ha avuto il coraggio di difendere le ragioni di Toaff, pubblicherà nell'aprile del 2007 un breve lavoro sulla querelle, con il lodevole intento di rimettere ordine e smorzare i toni del dibattito⁵.

Toaff, da parte sua, si difende sostenendo di aver utilizzato il "paradigma indiziario" inaugurato da Carlo Ginzburg. Di aver cercato, nelle carte processuali, quegli scarti, quelle incrinature che differenziano nella sostanza, oltre che nella forma, i racconti degli imputati dagli stereotipi degli inquisitori, e sostiene che i frammenti lasciati immuni dalle deformazioni introdotte dai protocolli processuali sono di lampante evidenza. E proprio su questi frammenti costruisce la tesi della sua ricerca.

⁴ F. Cardini, *Storici, il paradigma indiziario*, "Avvenire", 28 febbraio 2007.

⁵ F. Cardini, *Il "caso Toaff". Una riconsiderazione*, Milano, Ed. Medusa, 2007.

Intanto l'Università di Bar-Ilan minaccia di licenziarlo e preme per un suo pensionamento anticipato. Il triste epilogo della polemica, che ha occupato per qualche settimana le pagine culturali dei giornali italiani, vede ancora protagonista Ariel Toaff che chiede al suo editore di ritirare il volume dal commercio. Quasi una vergognosa ammissione dell'errore commesso come studioso e un tentativo, a suo dire, di risparmiare altro dolore al padre e alla comunità ebraica. Le ultime notizie ci annunciano una nuova edizione del libro nel quale l'autore si impegna a far tesoro delle critiche ricevute e a correggere i molti punti criticati.

Il ritiro del libro, che comunque è avvenuto quando era stato venduto qualche migliaio di copie, ha trasformato un banale libro di storia in un oggetto di desiderio e il suo autore in un martire della nuova inquisizione del politically correct, vittima di una forma di tortura morale a volte non meno drastica di quella fisica: l'esclusione dal mondo accademico, la messa al bando dalla "comunità scientifica", la gogna mediatica.

Molti si sono convinti che alla fine siano stati gli ebrei a vincere la partita e che effettivamente esista una potentissima lobby ebraica capace di stroncare prima e annientare poi un libro sgradito, ma la accusa del sangue respinta dalla porta rientra dalla finestra perché l'idea che esista una lobby fa anche essa parte del pregiudizio antiebraico e la decisione di ritirare il libro sembra aver dato ragione a coloro che quel pregiudizio sostengono.

Secondo il mio parere il libro di Toaff, giudicato con criteri scientifici, è sbagliato perché non riesce a dimostrare la sua tesi⁶. Se, infatti, il metodo usato da Toaff è lo stesso di quello applicato da Ginzburg, non vuol dire che produca sempre gli stessi risultati. Il problema di Toaff è di aver raccolto una quantità di indizi che testimoniano l'omicidio rituale e l'uso sacrificale del sangue, tutti però di provenienza sospetta (perlopiù estorti con la tortura dalla bocca degli imputati) e di averli poi trasformati, grazie appunto all'uso disinvolto del paradigma, in prove. Di essere passato dal condizionale delle ipotesi all'indicativo delle affermazioni. Di non aver mantenuto, rigorosamente distinti, indizi e prove, ipotesi e tesi. Inoltre una migliore informazione sul funzionamento della giustizia di diritto comune avrebbe evitato all'autore di incorrere in una serie di equivoci e malintesi e, probabilmente, lo avrebbe messo al riparo dalle critiche più trancianti. Una confessione estorta con la tortura non può avere, ai nostri occhi, lo stesso valore di prova che aveva per i giudici di Trento. Invece Toaff prende per vero tutto quanto riportato dalle confessioni.

E' evidente che le testimonianze e le confessioni raccolte sotto tortura non sono da buttare nel cestino. La tortura scioglie la lingua all'inquisito che difficilmente è in grado di resistere e racconta tutto quello che sa (e quindi la verità) ma anche quello che non sa e che gli viene suggerito di dire. Di fronte a questo effetto logorroico della

⁶ Cfr. I.Rosoni, *L'affaire Ariel Toaff*, in *Ius 17@unibo.it*, 1, 2008.

tortura lo storico deve usare il buon senso che è un ingrediente difficile da dosare. Le fonti giudiziarie sono un po' come gli ingredienti di cucina. Se ne possono fare usi diversi e i risultati non sono sempre gli stessi perché è decisiva la mano del cuoco.

Secondo Toaff le confessioni sono presumibilmente vere soprattutto quando dai verbali emergono descrizioni e spiegazioni dei riti pasquali così precise e dettagliate da non poter essere state suggerite dagli inquisitori. A mio avviso, invece, sono proprio gli ebrei a "condire", in modo più o meno forzato, le confessioni estorte con la tortura, con quel patrimonio di conoscenze che appartiene alla loro tradizione, proprio perché in questo modo le confessioni risultino più autentiche. Probabilmente gli elementi rivelatori di una cultura estranea agli inquisitori, che risultano dalle confessioni, furono frutto della rielaborazione degli stereotipi del rito pasquale attribuito agli ebrei. In quegli stereotipi gli stessi ebrei sottoposti a tortura trovarono una guida seguendo la quale le confessioni risultarono concordi e ricche di elementi comuni.

Ancora indizi quindi, che possono essere letti da due diversi punti di vista e che arrivano a due interpretazioni antitetiche. Ma questo in fondo è il rischio che corre chi si affida al paradigma indiziario che, per statuto, non può trasformare le probabilità in certezze.

Allora il libro di Toaff non funziona per il metodo e non per il tema. Il lavoro sarebbe stato accettabile, ma avrebbe perso di "sensazionalismo", se si fosse mantenuto rigorosamente sul piano indiziario, come la stessa introduzione al libro faceva invece pensare. Infatti, nonostante Toaff riconosca, nella prefazione, di muoversi in un ambito di ricerca storica che necessita di una doverosa prudenza metodologica, poi di quella prudenza si dimentica via via che procede nella ricerca.

Tuttavia, se l'autore non è riuscito a dimostrare che effettivamente gli ebrei aschkenaziti hanno praticato omicidi rituali, neppure coloro che hanno letto le stesse carte processuali e sono arrivati a conclusioni diverse, possono dimostrare con certezza l'innocenza degli ebrei di Trento.

La storia non è fatta solo di certezze e le sue verità non sempre si possono incontrovertibilmente provare. Ciò che distingue lo storico dal teologo e dal giudice è il fatto che la verità storica non ha né l'autorità della cosa rivelata, né l'autorità della cosa giudicata, è una verità "scientifica" che si costruisce per approssimazioni successive ed è sempre (tutti ce lo auguriamo) suscettibile di revisione.

Ma allora cosa pensare di questo caso di storia imbavagliata? Un episodio di linciaggio intellettuale? di cannibalismo accademico? Una manifestazione di banale invidia per chi è riuscito ad attraversare velocemente (forse troppo) i filtri che una casa editrice prestigiosa come Il Mulino pone a chi desidera pubblicare per i suoi tipi? Una punizione per chi ha osato intaccare l'intoccabile tabù della Shoah? Tutti elementi che hanno contribuito alla condanna del lavoro di Toaff, ma il fatto più penoso è stato l'epilogo. Quella richiesta di ritirare il libro dal commercio e poi l'impegno a riscriverne una versione più accettabile hanno entrambi l'amaro sapore dell'abiura.

Zlatan Dežman *

O METODOLOGIJI KAZENSKEGA PROCESNEGA PRAVA

(O metodologiji kaznenog postupovnog prava;
Methodological Approach to Criminal Procedure)

Sažetak

Najzanimljivije pitanje u našem kaznenom postupku, već je neko vrijeme kako izmijeniti kazneni postupak u cilju usmjeravanja prema adversarijalnoj proceduri. Za takav nov model kaznenog postupka valja analizirati metodologijsko polazište što je uglavnom povezano s pitanjem kako učiniti sud pasivnim s aktivnijim strankama te dati strankama što izjednačeniji položaj. Učenje o ljudskim pravima je u trajnoj funkciji otklanjanja nedostataka pozitivnog prava i stoga osnova vrednovanja zakonitosti tj. legitimnosti zakonodavstva i sudske prakse.

Ključne riječi: kazнено postupovno pravo – metodološka polazišta – položaj stranaka – ljudska prava

Summary

The most interesting question in our criminal procedure is already for some time a question, how to change the criminal procedure to ensure its shift to more adversary direction. For such change, to a new model of criminal procedure there is a need to analyze methodological starting-points that are related mostly with a question, how to make a court more passive with more active parties and give them more equal position. The doctrine on human rights is in constant function of suppressing the insufficient positive legislation and therefore a basis for recognition of legality i.e. legitimacy of legislation and judicial practice.

Key-words: Criminal Procedure – Methodological Starting-Points – Parties Position – Human Rights

* Izredni profesor, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru/Izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru/Associate professor, Faculty of Law, University of Maribor.

1. Uvod

Pravna znanost, ki se pripravlja na spremembo strukture predmeta svojega proučevanja, mora najprej preveriti svojo metodološko podlago.¹ To velja še zlasti, če gre za tako delikaten predmet, kot ga predstavlja za kazensko procesnoppravno znanost vprašanje, kako naj bo urejen kazenski postopek v bodoče. Čeprav je doživel ta v preteklih desetih letih svoje veljavnosti vrsto obsežnih in nesporno pomembnih sprememb, predstavlja izhodišče njegovi kritiki ocena, da narekujejo razlogi politično – družbene in sistemsko pravne narave premik sedanjega modela ne le v še bolj akuzatorno, temveč naravnost še bolj v adversarno smer, kar predpostavlja torej popolnoma nov model kazenskega postopka. V tak namen se obstoječi zakonski konceptiji očita, da je brez primerne teoretične in filozofske osnove: da je vpeta v zapuščino svoje nedemokratske tradicije, ker omogoča popolno monopolizacijo moči predstavnikov države v kazenskem postopku; da je pretirano paternalistična, ker ne upošteva v zadostni meri posameznikove svobodne volje kot temeljno predpostavko sodobnega (racionalnega) prava; da je zastarela tudi zato, ker ne upošteva procesa multikulturalizacije družbe ter s svojo vsebinsko neskladnostjo povzroča nepravilno in nezaželeno delovanje kazenskih postopkov, kar je v nasprotju z razlogi, ki zadevajo varstvo pravic osumljencev, in da sta instrukcijska maksima in načelo materialne resnice ovira njegovemu nadaljnjemu razvoju k bolj pravičnemu postopku, ki bi zagotavljal večjo mero neodvisnosti sodišča in večjo aktivnost strank, s tem pa boljšo možnost, da enakopravneje vplivata na njegov izid.²

V nasprotju z adversarnim modelom kazenskega postopka raziskava ugotavlja, da analiza poteka naših kazenskih postopkov kaže, da stranke niso vajene nastopati

¹ B. Perić: Pravna znanost i dijalektika (osnove za suvremenu filozofiju prava), 6. izdanje, Narodne novine, Zagreb 1990., str. 9.

² Teoretična izhodišča novega modela slovenskega kazenskega postopka, Inštitut za kriminologijo in kazensko pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2004, <http://www.sigov/mp/2.8.2004>. V zvezi s to primerjalno študijo, ki izčrpno seznanja ne le z ureditvami posameznih institutov v tujih procesnih sistemih, temveč omogoča na tak način predvsem globlje poznavanje domačega kazenskega procesnega prava, je potekala razprava na Dnevih slovenskih pravnikov, Portorož 2004, gl. Podjetje in delo, št. 6-7, Ljubljana 2004, str. 1532-1597. Oštrina takšne kritike, ki kljub vsemu priznava, da naš model kazenskega postopka niti ni tako slab, pa se v znatni meri skrha ob ugotovitvah zadnje raziskave Inštituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani z naslovom "Potek kazenskih postopkov v Sloveniji". Na podlagi empiričnega proučevanja reprezentativnega vzorca 750-ih kazenskih spisov na več kot 500-ih straneh analizira kvantitativne rezultate, od katerih so za oblikovanje novega modela kazenskega postopka najpomembnejši tisti, ki predstavljajo metodološka izhodišča za nadaljnji razvoj našega kazenskega procesnega prava. Čeprav tudi avtorji te raziskave soglašajo s premikom obstoječega modela v bolj adversarno smer, opozarjajo, da obstaja pri prehodu na morebitni novi koncept kazenskega postopka, ki bi pomenil korak v bolj adversarno smer, vrsta pasti.

asertivno in da je hkrati vprašljivo, kako bi sodišče sprejelo lastno pasivnost in asertivno tekmovanje strank. Ta namreč že tradicionalno opira svoje pričakovanje na to, da bo sodišče zaradi instruksijske maksime njegovo premajhno aktivnost kompenziralo s svojo aktivnostjo. Ob močnih tendencah, da se premakne naš kazenski postopek v bolj adversarno smer, je presenetljivo, čeprav razumljivo, oklevanje zakonodajalca, ki ne spremeni določbe 17. člena ZKP tako, da bi instruksijska maksima zavezovala sodišče, da po uradni dolžnosti ugotavlja le tista pravno pomembna dejstva, ki obdolženca razbremenjujejo, če tega ne storita v zadostni meri niti državni tožilec niti sama obramba.³ Zato torej ni tolikšen problem, kako bi sodišče sprejelo lastno pasivnost in asertivno tekmovanje strank, saj lahko ostaja pasivno tudi pri obstoječi zakonski ureditvi, seveda pod pogojem, da sta stranki dovolj tekmovalni oziroma aktivni v dokaznem postopku.

Vprašanje materialne resnice namreč izgublja že samo po sebi na svojem pomenu glede na zahtevo po učinkovitem upoštevanju vseh kvatel, ki so dane obdolžencu na razpolago, da mu omogočijo učinkovito obrambo. Sodobna pravna država lahko obema strankama zagotovi pošten kazenski postopek le tako, da jima zagotovi enake možnosti, da vplivata na njegov izid ter tako realizirata teze, ki jih zastopata. Le na nivoju uporabe prava je možno določiti resničen pomen oziroma smisel abstraktnih norm, kajti končna odločitev sodišča predpostavlja preskok iz abstraktne ravni na konkretno raven pravnega diskurza.⁴ Raziskovalna skupina zato upravičeno opozarja, da uvedba adversarnega modela sama po sebi ne bi avtomatično pospešila kazenskega postopka. Predpostavka za prehod na tak model bi bila izčrpno izobraževanje, poskusno obravnavanje po novem modelu s soglasjem strank ali celo zakonodajni eksperiment.⁵ Zato bi bil tak prehod na nov model kazenskega postopka mogoč šele po preteku kakšnih desetih let, čeprav podrobnejša analiza pozitivne zakonske ureditve hkrati kaže, da je mogoče dobršen del predlogov raziskovalne skupine uresničiti že v okviru obstoječe zakonske koncepcije in to celo z nekaterimi njenimi manjšimi spremembami.⁶

³ Z. Dežman: K predlogom za reformo Zakona o kazenskem postopku, *Pravnik*, št. 1-3/2003, str. 73-95.

⁴ M. Nahtigal: *Vloga prava v tranziciji*, Ministrstvo za šolstvo, znanost in šport, Ljubljana 2002, str. 142.

⁵ M. Nahtigal: opomba kot pod 5, str. 437.

⁶ M. Bošnjak, opomba kot pod 3, XII. stran priloge. K tem ugotovitvam je mogoče samo pritrditi, ker kažejo, da je obstoječi koncept še kako dozveten za nadaljnji postopek modernizacije. Zanj pa je potrebna bolj kot sprememba zakonskih formulacij nemara sprememba v načinu strokovnega razmišljanja. Višjo raven pravičnosti in objektivnosti kazenskega postopka, h kateri težijo predlogi za reformo kazenskega postopka, je namreč mogoče doseči predvsem s strokovnim razvojem, motiviranostjo in osebno poštenostjo predstavnikov državnih organov, ki v kazenskem postopku izvršujejo svoja kompetativna upravičenja.

Pravno odločanje namreč ni samo razpravljanje na podlagi zakona, temveč je razpravljanje, ki mora zajeti zakon, sodno prakso, pravno znanost in procesna pravila.⁷ Ustavne kavtele za varstvo človekovih pravic, ki omogočajo pošten kazenski postopek, tega še ne zagotavljajo same po sebi, temveč predstavljajo le priložnost za tiste stranke, ki so pripravljene vložiti dodaten napor, da se državo "prisili" k spoštovanju pravila o poštemu kazenskem postopku. Spoštovanje človekovih pravic zagotavlja v prvi vrsti ustrezen profesionalni nivo tožilskega, sodniškega in odvetniškega kadra, za kar je potrebna tudi ustrezna podpora civilne družbe.⁸ Zato postopkovnih mehanizmov, ki zagotavljajo pošten kazenski postopek, ni mogoče žrtvovati tendencam po hitrejšem in bolj ekonomičnem postopku z vrsto izbirnih mehanizmov, ker prav ti v adversarnem tipu kazenskega postopka kažejo vrsto negativnih posledic, zaradi katerih izvrstni poznavalci tega postopka opozarjajo na previdnost pri njihovem prevzemanju.⁹

Kakovostno pravno ureditev je namreč mogoče doseči le tako, da se norme dopolnjujejo in izboljšujejo, ne pa da se spreminja njihov temeljni koncept, kajti zgodovinska kontinuiteta ni dolžnost razvoja sodobnega prava, temveč njegova nujnost.¹⁰ Tudi pri razvoju kazenskega procesnega prava je treba upoštevati, da določanje strukture kazenskega postopka nikakor ni predvsem problem nomotehnične narave. Tendence po približevanju adversarnemu tipu kazenskega postopka prezrejo, da je ta proces v bistvu že ves čas v teku, in sicer s približevanjem kontinentalnega tipa kazenskega postopka angloameriškem. Da je tako, dokazuje

⁷ R. Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Begründung*, Frankfurt am Main 1983, str. 37.

⁸ M. Nahtigal; opomba kot pod 4, str. 142.

⁹ Gl. npr. M. Damaška: Napomene o sporazumima u kaznenom postupku, *Hrvatski ljetopis za kazeno pravo i praksu*, broj 1/2004, str. 3-19. Damaška opozarja na to, da je institut poravnavanja težko združljiv z vrsto pomembnih procesnih načel in to ne glede na to, za kakšen tip kazenskega postopka se odločimo. Gl. tudi Damaška, O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi, *Hrvatski ljetopis za kazeno pravo i praksu*, št. 2, Zagreb 1997, str. 382. Na podlagi rezultatov raziskave je mogoče sklepati, da je organizacijsko – tehnična neurejenost poslovanja sodišča sicer ena od slabosti našega kazenskega postopka, katere pa v bistvu ni mogoče pripisati niti sodnikom niti zakonski ureditvi, ker predstavljajo to problematiko predvsem problemi čisto praktične narave, še manj pa problematiki, ki zadeva vprašanje pravičnega kazenskega postopka.

¹⁰ J. Krajnc: Slovenski pravnik na začetku tretjega tisočletja, *Pravna praksa*, št. 29-30, Ljubljana 2000, str. 4. V svojem prispevku citira na tem mestu ameriškega vrhovnega sodnika Oliverja Wendella Holmesa. O problemu kontinuitete in diskontinuitete o razvoju kazenskega procesnega prava gl. Z. Dežman: Nekaj kritičnih pogledov na novi model slovenskega kazenskega postopka, *Podjetje in delo*, št. 6-7, Dnevi slovenskih pravnikov, Portorož 2004, str. 1576-1579. Da se spremembe v sodni praksi le počasi uveljavljajo in da ostajajo zakonske možnosti za naprednejše izvajanje kazenskega postopka neizkoriščene, je ugotovila že raziskava Instituta za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani z naslovom Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava, št. 124, Ljubljana 2000, str. 280.

odnos med doktrino človekovih pravic in zakonskim pravom, odnos med formalnimi viri prava in sodno prakso, ki predstavlja v bistvu prav tako njegov formalni vir in s tem odnos med precedenčnim in kodificiranim pravom. Zato je z ugotovitvami izredno podrobne analize in objektivne ocene stanja na področju našega kazenskega procesnega prava mogoče z ugotovitvami ne le docela soglašati, temveč na njihovi podlagi spoznati, da je eden od temeljnih problemov našega kazenskega procesnega prava premočna vpetost v značilnosti treh zgodovinskih tipov kazenskega postopka, akuzatornega, inkvizitornega in mešanega, katero se poskuša nemara preseči prav s tendencami za premik našega kazenskega postopka v bolj adversarno smer. V bistvu pa vodi k preseganju takšnega tradicionalnega metodološkega pristopa, ki je skozi desetletja zadeval predvsem vprašanje, kako obstoječi model oplemenititi s čim večjo mero akuzatornosti, doktrina o varstvu človekovih pravic v kazenskem postopku kot kategoričnem imperativu za njegovo pravnost oziroma legitimnost. Nauk o varstvu človekovih pravic kot idejno – filozofskemu temelju sodobnega kazenskega procesnega prava predstavlja namreč skupni idejni imenovalec vsem sodobnim kazensko pravnim sistemom. Pravni standardi za spoštovanje človekovih pravic so se v postopku asimilacije in harmonizacije z mednarodnim pravom že izoblikovali do tako visoke stopnje konsenza, da je mogoče trditi, da je preseženo tudi pozitivistično pojmovanje, ki reducira pojem prava zgolj na zakonsko pravo. V kontekstu sodobnega procesnega prava je namreč nauk o varstvu človekovih pravic pravilo in zagotovilo za prepoznavanje pravnosti pozitivne zakonodaje. Zato so v funkciji konstantne potrebe po odpravljanju nezadostnosti pozitivne, normative zakonodaje in njene težnje po identifikaciji s splošno priznanimi načeli kazenskega postopka.¹¹ Prav zaradi oblikovanja standardov za varstvo človekovih pravic, ki se oblikujejo v sodni praksi, se vedno bolj odkrito priznava, da ima ustaljena sodna praksa prav na tem področju naravo formalnega in ne več zgolj materialnega vira prava.¹² K takšnemu preseganju pozitivističnega pojmovanja prava je na najbolj pomemben način prispeval prav institut ustavne pritožbe. Tak premik pa ima vrsto pomembnih teoretičnih in praktičnih konsekvenc: 1. teoretične in praktične problematike procesa sodniškega odločanja; 2. razumevanja pomena doktrine o varstvu človekovih pravic v okviru zakonske koncepcije kazenskega postopka; 3. sodne prakse kot formalnega vira kazenskega procesnega prava; 4. odnosa med kodificiranim in precedenčnim procesnim pravom in 5. odnosa med kazuističnim in normativističnim pomenom sodne prakse.

¹¹ R. David, G. Grasmann: Uvod v velike sodobne pravne sisteme, prva knjiga, Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, str. 84-86.

¹² M. Pavčnik: Pravičnost in uporabljanje prava, Pravna praksa, št. 2, Ljubljana 2001, str. 6. Pomenu sodne prakse je bil posvečena tudi razprava na Pravniških dnevih v Portorožu pod istim naslovom, gl. Podjetje in delo št. 6-7/2004, str. 1032-1102.

2. Nekaj teoretičnih pogledov na proces sodniškega odločanja

Klasično pojmovanje o tem, kako poteka postopek pravnega odločanja v konkretnem primeru, temelji na prepričanju, da izpelje sodnik pravno odločitev iz zakona in da je zato sodba le akt mehanične uporabe pravnih norm.¹³ Po tem pojmovanju, ki ga je razvila eksegetična šola ter utrdila šola pojmovne jurisprudence, je sodnikova dolžnost, da uporabi določeno pravno normo v skladu z zakonitostmi kognitivne logike. Sodnikova naloga naj bi po teh stališčih bila predvsem ta, da si prizadeva za neprotislovnost v pojmi, ki njegovo odločitev sestavljajo, pri čemer je uresničitev družbenih smotrov takšne odločitve drugotnega pomena.¹⁴ Tak kult zakona, ki reducira sodnika zgolj na subsumpcijski avtomat, je spodkopala šola interesne jursipudence.¹⁵ Po stališčih te šole se od sodnika ne pričakuje zgolj logična subsumpcija obravnavanega življenjskega primera pod določeno pravno normo, temveč odločitev, ki bo v skladu s splošnimi interesi družbe¹⁶ ter tako uresničevala pravo kot dejavnik družbene solidarnosti. Ker pa je stvarnost kompleksna, je uporaba prava pogosto komplicirana. Zakonodajalec ima pri oblikovanju hipotez določene pravne norme v mislih le tiste tipične značilnosti, ki jih mora imeti posamezni življenjski primer, da se jim lahko pripiše pravni pomen. To pomeni, da zahteva postopek uporabe prava ustrezen postopek osmišljanja dejstev, ki tvorijo pravnorelevantni življenjski primer.¹⁷ Zato zahteva uresničevanje prava ustvarjalen napor, kajti resnično pravo nastane namreč šele na ravni, na kateri lahko na argumentiran, logičen in izkustveno sprejemljiv način trdimo, da si pravna norma in konkretni dejanski stan ustrezata.¹⁸ Glede na to je pravna odločitev vselej vrednostna sinteza dejanskega in pravnega. Oblikovanje te odločitve pa narekuje

¹³ M. Pavčnik: "Od uporabljanja prava" k argumentiranemu pravnemu odločanju, *Pravnik*, št. 3-4 Ljubljana 1987, str. 127.

¹⁴ B. Košutić: *Sudska presuda kao izvor prava*, Savremena administracija, Beograd 1973, str. 10-13; glej tudi B. M. Zupančič: *Pravo in samopomoč* (pravna norma kot alternativna uporaba prava), *Pravnik*, št. 8-10; Ljubljana 1986, str. 356; M. Pavčnik, opomba kot pod 13, str. 129.

¹⁵ B. Košutić, opomba kot pod 15, str. 14-15, glej tudi M. Pavčnik, opomba kot pod 13, str. 129, R. D. Lukić: *Teorija države i prava*; Beograd 1976, str. 162.

¹⁶ O. Mandić: *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb 1971, str. 18 in 19.

¹⁷ M. Pavčnik; opomba kot pod 13, str. 130. Prof. Pavčnik utemeljeno poudarja, da je pravna odločitev vedno produktivno dejanje, ki ne temelji na vnaprej izoblikovanem pravu, temveč je dejanje, ki pravo soustvarja, opirajoč se na formalne pravne vire, ki mu možnost nudijo, izhajajoč iz življenjskega primera, ki ima pravno-relevantno vsebino. To produktivno dejanje pa terja odgovor na vprašanje, kako sklepamo med normativnim in dejanskim, ter pojasnilo, kako smo oblikovali abstraktni in konkretni dejanski stan, in terja naposled tudi utemeljitev, zakaj smo ju povezali.

¹⁸ M. Pavčnik: *Pravna odločitev kot produktivno dejanje* (med dejanskim in normativnim, normativnim in dejanskim), *Dialogi*, 1987, št. 5-6, str. 101. Glej tudi vse druge, naravnost izvrstne razprave tega avtorja, na katere se sklicuje v znatni meri tudi naš prispevek, gl. tudi Z.

sodniku, da pojasni, kako je prišel do odločitve, oziroma kako je vsebinsko opredelil obe temeljni premisi in tako dokazal, da lahko postaneta predmet subsumpcijskega avtomatizma. Praktičen problem pa je pogosto prav v tem, ker izhaja običajno sodnik pri svojem odločanju iz premise, pod katero subsumira pravnorevalantna dejstva, ne pove pa, kako jo je izoblikoval.¹⁹ In vendar je prav iskanje in oblikovanje zgornje premise sodniškega silogizma poglobitna vsebina pravnikovega dela, kajti metoda uporabe prava neizogibno zajema ustrezen način iskanja premis, njihovega utemeljevanja in uporabe pri argumentiranju pravnih odločitev.²⁰ Če pa se te značilnosti pravnega odločanja prezrejo, potem se kaj lahko zbudi napačen vtis, da že sam silogizem pojasnjuje pravno mišljenje.²¹ Prav to pa lahko daje sodbam njihovo "lažno zanesljivost".²² Za uresničitev te je potrebno najprej preseči normativistično pojmovanje prava, po katerem predstavlja to zgolj sistem pravnih norm, v prid spoznanju, da je lahko normativno v pravu vselej le pravna značilnost dejanskega.²³

Dežman: O pojmu pravne norme, Zbornik znanstvenih razprav, 3. letnik, Visoka pravna šola, Maribor 1991, str. 19-29.

¹⁹ B. M. Zupančič: opomba kot pod 15, str. 361.

²⁰ R. Alexy: opomba kot pod 8, str. 39 in 40.

²¹ B.M. Zupančič: opomba kot pod 15, str. 361.

²² R. D. Lukić: opomba kot pod 16, str. 172. Pravno tehniko pojmuje profesor Lukić kot vez med pravno teorijo in prakso, med uresničevanjem pravnih zamisli, o družbenih odnosih, ki naj bi jih zagotavljajo pravo s svojo prisilno naravo. Zato najde pravna tehnika smisel svojega obstoja na treh ravneh slehernega pravnega pojava; se pravi na ravni oblikovanja, razlage in uporabe prava. Na prvi ravni je njena naloga ta, da prispeva z razlago k čim bolj dognanemu pravnemu osmišljanju družbenih odnosov. Na drugi ravni se uresničuje skozi oblikovanje pravnih pojmov in konstrukcij, ter z njihovim logičnim povezovanjem v sistem kriterijev za presojanje družbenih odnosov, ki izsiljujejo pravno odločanje (op. P; na tej ravni se oblikujejo kot merila za oblikovanje pravnih norm zakonske določbe). Na tretji ravni pa se pravna tehnika odraža kot skrb za čim lažjo, hitrejšo ter čim bolj zanesljivo uporabo prava. Glej tudi A. Perenič; Ali pravna teorija lahko prispeva k večji učinkovitosti prava?, Zbornik Višje pravne šole v Mariboru, 1990, str. 56.

²³ N. Visković: Pojam prava (prilog integralnoj teoriji prava), Split 1976, str. 15, 17 in 42. Če nam gre namreč pri uporabi prava le za osmišljanje pravnih norm, se kaj lahko zgodi, da prezremo normativno moč dejanskega in ločimo pravo od dejstev, kar v bistvu pomeni, da se pri pravnem odločanju zapremo v pojmovni svet pravne dogmatike ter se odtujimo življenju, dejanskim potrebam družbe in hkrati tistim smotrom prava, ki opravičujejo njegov obstoj. Zato Pavčnik (Okrog "pravnega silogizma", Pravnik, Ljubljana 1990, št. 45, str. 114 in 115.) utemeljeno poudarja, da je pravna odločitev vedno produktivno dejanje, ki ne temelji na vnaprej izoblikovanem pravu, temveč je dejanje, ki pravo soustvarja, opirajoč se na formalne pravne vire. Zato razlikuje Pavčnik med zakonskimi določbami in pravnimi normami, ter opozarja na normativno moč dejanskega, saj so le formalni in materialni viri dani a priori in da je pravna norma, kot tipičen primer, vezni člen med raznolikimi življenjskimi primeri in pomensko odprtimi pravnimi predpisi. To produktivno dejanje pa terja odgovor na vprašanje, kako sklepamo med normativnim in dejanskim ter pojasnilo, kako smo oblikovali abstraktni in konkretni dejanski stan in naposled tudi utemeljitev, zakaj smo ju povezali.

Takšna ugotovitev vodi še k enemu spoznanju, ki je v tem, da so lahko le zakonske določbe predmet pravne razlage, pravne norme pa zgolj njen rezultat.²⁴ Pri tem pa je treba poudariti, da pri razlagi zakonskih določb ne gre zgolj za rekonstrukcijo misli,²⁵ ki jo izražajo zakonske določbe s svojo formulacijo, temveč je predmet interpretacije prav tako tudi vedenje in ravnanje, ki je podlaga pravnega ocenjevanja. Zato sta obe razlagi v bistvu le dva vidika istega procesa spoznavanja določenega pravnega pojava, ki pa ju je mogoče zaradi njune dialektične prepletenosti razločevati le v teoretičnem pogledu. Pravna norma kot celota je v bistvu tako konstatacija, da predstavlja obravnavano ravnanje pravno-relevantno kršitev zahteve po določenem tipu vedenja.²⁶ Kot takšna je torej lahko le miselna konstrukcija, ki je v logičnem, pravnem in dejanskem pogledu celovita, hipotetična sodba,²⁷ ki na argumentiran, logičen in izkustveno sprejemljiv način zatrjuje, da ustreza obravnavano dejanje pravno-relevantnemu tipu vedenja. Pravna norma je namreč vezni člen med raznolikimi življenjskimi primeri ter pomensko odprtimi pravnimi predpisi²⁸ in zato končni rezultat pravnega odločanja. Prav zaradi takšne svoje narave omogoča, da tisti, ki pravo uporablja, premosti antinomijo med zakonskimi določbami, ki so po svoji naravi abstraktne, splošne, hipotetične, simplificirane in statične²⁹ ter med obravnavanim življenjskim primerom, ki je konkreten, posamičen, faktičen, kompleksen in dinamičen.³⁰ O tem, kdaj je ta antinomija presežena in kdaj dosežena skladnost med normativnim in dejanskim, vselej odloča tisti, ki oblikuje pravno odločitev.³¹ Če uspešno argumentira svojo odločitev do ravni njene semantične neizpodbitnosti, potem to pomeni, da je takšna njegova odločitev sprejemljiva za avditorij, ki mu je namenjena.³² Na tej ravni ob

²⁴ Takšnemu stališču se, kot že navedeno, v celoti pridružujemo. Tudi sam menim, da ni namen razlage le ugotavljanje natančnega oz. pravnega pomena smisla pravnih norm, temveč, da se skozi razlago vedenja in ravnanja ter smisla ustrezne kombinacije zakonskih določb izoblikuje norma, ki ustreza predstavi o zahtevanem tipu vedenja, in o takšnem tipu vedenja, ki pomeni kršitev te zahteve.

²⁵ M. Pavčnik: Razlaga kot (re)konstrukcija "misli, ki je zakonu" (Vprašanje razlage splošnih pravnih aktov v postopku njihove normativne konkretizacije), Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, Ljubljana 1987, str. od 129 do 146.

²⁶ M. Dika: Osvrt na četiri koncepcije o pravnoj prirodi pravosudnog akta (Duguit, Kelsen, Krbek, Lukić) i pokušaj određenja tog pojma u procesualističkom ključu, Arhiv 1-2, Beograd 1989, str. zl. od 54-58.

²⁷ V. Visković: opomba kot pod 24, str. 71.

²⁸ M. Pavčnik: Pravna odločitev kot produktivno dejanje (med dejanskim in normativnim, normativnim in dejanskim, Dialogi 1987, št. 4, str. 77 in 78.

²⁹ O. Mandić: opomba kot pod 17, str. 120.

³⁰ O. Mandić: opomba kot pod 17, str. 120.

³¹ M. Pavčnik: Pravni viri v Jugoslovanskem pravu. ČZ Ur.list SRS, Ljubljana 1983, str. od 119 do 121, glej tudi B. Košutić, opomba kot pod 15, str. 131 in 132.

³² B. M. Zupančič: Nekatere značilnosti pravne epistemologije (Kazensko procesno pravo, odločbe in razprave), Ljubljana 1988, str. 186 in 187; glej tudi članek istega avtorja: Temeljni postulat

sintezi pravnega in dejanskega nastopi pravni realizem, zaradi katerega se upravičeno trdi, da je kazenski postopek in dogajanje v njem trenutek resnice vsakega političnega in pravnega sistema.³³

3. Doktrina o človekovih pravicah kot pravilo za prepoznavanje pravnosti

Razvoj nauka o človekovih pravicah kot o moralno etičnem-filozofskem temelju pozitivnega kazenskega procesnega prava lahko motrimo glede na tri njegova razvojna obdobja, in sicer predmodernistično, modernistično in postmodernistično obdobje. Za predmodernistično obdobje velja, da so bile človekove pravice v bistvu šele predpravice, ker je pravo podeljevalo privilegij močnejšim.³⁴ Medtem ko moderno pravo teži k enakosti kot moralnemu jedru pravičnosti, pa je za postmodernistično pojmovanje prava značilno, da država ponovno uveljavlja privilegij, vendar ne več privilegij močnejših, temveč privilegij šibkejših, kar se odraža skozi vrsto pravnih standardov za njihovo varstvo.³⁵ Tak razvoj je skladen tudi s Kohlbergovim pojmovanjem moralnega razvoja.³⁶ Postkonvencionalna raven je nivo, na katerem pravo ni več le sredstvo za ohranjanje obstoječega stanja oziroma varstva institucij, temveč tudi sredstvo za uveljavljanje vsesplošnih človekovih pravic.³⁷

prava, *Pravnik*, št. 9-10, 1988; ter M. Pavčnik; Pravo v luči teorije argumentacije, *Dialogi* 1987, št. 7-8, str. od 120 d 123. Več o sodniškem diskurzu glej v študiji J. Hasanbegovićeve: Perelmanova pravna logika kao nova retorika, Izazovi, Beograd 1988, str. 11 idr. Takega avditorija ne predstavljajo le stranke in instančni sodni organi, temveč civilna družba in prav soglasje avditorija predstavlja pglavlitni kriterij pravnosti. Le če je v zvezi s pravno odločitvijo doseženo takšno soglasje, lahko trdimo, da je funkcija prava v konkretnem primeru uresničena in hkrati s tem tudi samo pravo. Teorija racionalnega diskurza zahteva torej ozaveščen proces sodniškega odločanja, ki se nam kaže predvsem kot vnaprejšnje postavljanje opornih točk (topična jurisprudenca), znotraj katerih se mora odvijati pravno odločanje in utemeljevanje.

³³ B. M. Zupančič: Kazneni postopak i njegove funkcije u državi izvornog liberalizma, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, broj 2, Zagreb 1995, str. 253.

³⁴ T. Hribar: Naravno in pozitivno pravo, *Zbornik znanstvenih referatov in razprav*, Slovensko sodniško društvo, Ljubljana 1998, str. 19 in 20.

³⁵ T. Hribar: opomba kot 35, str. 20.

³⁶ Kohlbergovo teorijo moralnega razvoja predstavlja na nazoren način Šugmanova. Gl. K. Šugman: Zakonski in ustavnopravni diskurz v (kazenskem) pravu, *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani – LVII. letnik*, 1997, str. 323-344. Ta razvoj namreč poteka od predkonvencionalne ravni, ki se odraža v naivnem moralnem realizmu in človeškem egoizmu preko konvencionalne ravni, ravni medsebojnega zaupanja in altruizma do postkonvencionalnega nivoja, na katerem človek spoznava univerzalne vrednote in pomen pravic, ki so po svojem dometu nadpravne in zaradi katerih se posamezniki združujejo v družbo prav zato, da bi se te ohranile v dobrobit vsakega izmed njih.

³⁷ K. Šugman: opomba kot pod 37, str. 323 in 333. To prihaja na najbolj očiten način do izraza prav v kazenskem postopku, v katerem se v vsakem konkretnem primeru posebej izkaže, s kolikšno mero tankočutnosti varuje država človekove pravice v tistih situacijah, v katerih je

Kodifikacije, ki so v kontinentalnem pravnem sistemu v veliki meri odpravile pravno negotovost in arbitrarnost sodniškega odločanja, so po drugi strani vpele sodno prakso v jarem zakona s potrebo, da dokazuje, da pravna odločitev izhaja iz besedila zapisanega v zakonu. Zato je doživelo zakonsko pravo kot edini formalno priznani vir prava fetišizacijo, ki utrjuje prepričanje, da so zakonske formulacije, če so dovolj precizne, tiste, ki zagotavljajo že *à priori* ustrezne odločitve v sodni praksi. Formalizem v pravu sicer predpostavlja kvalificirani objektivizem, ker določa meje praktičnemu diskurzu o obstoju kaznivega dejanja, vendar pa pravno odločanje ni samo razpravljanje na podlagi zakona, temveč razpravljanje, ki mora zajeti zakon, sodno prakso, pravno znanost in procesna pravila, se pravi argumentirano razpravljanje v okviru spoznanj in pravil, ki jih postavljajo pred sodnika pravkar navedeni elementi.³⁸ Poštenega kazenskega postopka seveda ustavne in zakonske kavnle same zase ne zagotavljajo, temveč zagotavljajo le priložnost za tiste stranke, ki so pripravljene vložiti ustrezen napor, da državne organe z logično argumentacijo "prisilijo" v pošteno izvedbo kazenskega postopka.³⁹ Za tak postopek pa si morajo seveda tudi ti prizadevati v skladu s svojimi kompetativnimi upravičenji. Prav v tej zvezi Wittgenstein poudarja, da je kazenski postopek besedna igra, pri kateri fizično silo nadomešča sila logike.⁴⁰ Zato temeljni metodološki problem reforme Zakona o kazenskem postopku ni le v zakonodajnem tekstu, temveč tiči predvsem na področju dojemanja pravil, ki omogočajo prepoznavanje pravnosti in hkrati s tem osmišljanja zakonskih določb v skladu z idejami o pravičnem in poštenem postopku, skladnem z doktrino o varstvu človekovih pravic. K ponovnem dojetanju celosti prava je na najbolj nazoren način prispevala teorija integralnega prava. Ta namreč ne definira prava po pozitivističnem principu kot sistema pravnih – zakonskih norm, temveč kot sistem odnosov, vrednot, nazorov in norm, ki dajejo tem odnosom, vrednotam in nazorom pravni značaj.⁴¹ Na tak način se vzpostavlja ponovno sožitje pozitivnega in naravnega prava, katero je pozitivistično pojmovanje, zlasti s svojo ekstremno varianto dogmatičnega normativizma, formalistično in nasilno pretrgalo.⁴² V kontekstu integralne teorije prava so človekove pravice obrambne pravice

konflikt med njo in domnevnim storilcem kaznivega dejanja najbolj zaostren in to toliko bolj, kolikor hujše naj bi bilo kaznivo dejanje.

³⁸ R. Aleksy: *Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 3. Auflage, Surkamp, Frankfurt am Main 1996, str. 37.

³⁹ M. Nahtigal; opomba kot pod 5, str. 142.

⁴⁰ Navedeno po Zupančiču: *Prvine pravne kulture*, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 1995, str. 23-27. Če je pravni formalizem ujet v začaran krog ohranjanja svojega formalističnega okvira, v katerem lahko poteka diskurz zgolj z uporabo tistih argumentov, ki jih mit formalizma prepozna kot pravne, obstaja nevarnost, da se pravo izrodi v goli formalizem, izgubi stik z realnostjo ter s tem svojo racionalno komponento, katera mu daje atribut modernega prava.

⁴¹ B. Perić: *Struktura prava*, Dvanaesto, dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb 1994, str. 104.

⁴² N. Visković: *Teorija države i prava*, Zagreb 2001, str. 53 - 54.

(Abwehrrechte) posameznika pred neupravičenimi posegi države in predstavljajo po eni strani odraz samoomejevanja državne oblasti, po drugi strani pa njeno krepitev, saj je dolžnost države, ki se deklarira kot pravna in demokratična, da s svojim monopolom nad legitimno uporabo sile varuje posameznika pred arbitrarnimi posegi oblasti.⁴³

Pravo namreč ne tvorijo v tolikšni meri normativne izjave in formulacije zakonskih določb kot tista pravila, ki ga konstituirajo kot pravo. Norma je pravna le, če ji tak status podeli norma, ki je tudi sama pravna.⁴⁴ Človekove pravice kot kategorija naravnega prava so temelj pozitivnega prava, ker mu zagotavljajo legitimnost. Kot merilo za prepoznavanje pravnosti so refleksija, zrcalo, v katerem se prepozna zakonsko pravo kot pravo. Ta samorefleksija pozitivnega prava ima zato za posledico, da so človekove pravice že po naravi stvari nujno vključene v samo pravo, in sicer kot pravilo za njegovo prepoznavanje.⁴⁵ Da je tako, dokazuje že sam status sodnika. Sodnik je namreč sodnik šele na podlagi kriterijev, ki jih predpisuje pravilo za prepoznavanje pravnosti pozitivnega normativnega sistema. Zato upoštevanje doktrine o varstvu človekovih pravic kot pravila za prepoznavanje pravnosti funkcijo sodnika naravnost konstituira.⁴⁶ Obvezno spoštovanje zakona dobi tako torej svoj pravni pomen šele na ravni sodnika, kateri mora imeti kot soustvarjalec prava prvenstveno notranji etični odnos tako do zakona kot do same obravnavane zadeve. Sinteza med primarnimi pravili, ki zapovedujejo oziroma prepovedujejo adresatom določeno vedenje in ravnanje, omogoča prepoznavo pravnosti sekundarnih pravil kot pravil o uporabi primarnih pravil.⁴⁷

⁴³ T. Hribar: opomba kot pod 35, str. 19.

⁴⁴ J. Šumič - Riha, R. Riha: Pravo in razsodna moč, Knjižna zbirka Krt, Ljubljana 1993, str. 81-87.

⁴⁵ J. Šumič-Riha, R. Riha, opomba kot pod 45, str. 87. Biti sodnik namreč ne pomeni biti zgolj pravni tehnik, ki sicer pozna pozitivno zakonsko ureditev, temveč biti sodnik pomeni poznati in priznavati pravilo za prepoznavanje pravnosti. Sodnik je torej sodnik, če priznava takšno pravilo kot temelj za uporabo pozitivnega prava.

⁴⁶ J. Šumič-Riha, R. Riha, opomba kot pod 45, str. 83.

⁴⁷ M. Pavčnik: Pojem pravnega pravila, Zbornik znanstvenih razprav – LV. letnik 1995 Pravne fakultete v Ljubljani, str. 217-240; gl. tudi B. Perić: opomb kot pod 42, str. 29-35. Takšna sinteza pa se lahko ustvari šele na ravni sodnika, se pravi na nivoju uporabe prava. Za človekove pravice velja, da je na nivoju sodobne pravne kulture zaradi njihove univerzalnosti in nevtralnosti ter pozitivnega in negativnega statusa dosežen splošni vrednostni konsenz o njihovem pomenu za prepoznavanje pravnosti pozitivne zakonske ureditve, čeprav ostajajo na ustavni ravni le parcialno in dokaj ohlapno in nedoločno opredeljene. Vendar pa to ni le konsens, temveč je celo prednost. Šele ko spoznavamo, kako se jim zagotavlja to pravno varstvo na zakonskem nivoju, se pravi v sodni praksi, lahko ugotovimo, ali se jih dejansko spoštuje. Problem je torej lahko le v tem, ker naleti ustavnopravni diskurz, ki preveva uporabo pozitivnega prava, na identičen problem, kajti pravne standarde za varstvo človekovih pravic je treba v vsakem konkretnem primeru razlagati v skladu z doktrino o varstvu človekovih pravic in v odnosu do konkretnih okoliščin obravnavane primera.

V tej zvezi, kot že navedeno, tudi instruksijske maksime ni mogoče več pojmovati v smislu njenega negativnega historičnega prizvoka, saj je tako za naš kazenski postopek kakor tudi za kazenski postopek adversarnega tipa bistveno le to, da poteka dokazni postopek pod nadzorom strank. Isto velja tudi za načelo materialne resnice, ki naj bi ob inkvizitorni maksimi predstavljala največjo oviro v razvoju našega kazenskega postopka v bolj adversarno smer.⁴⁸

4. Sodna praksa kot formalni pravni vir

Vprašanje o pomenu sodne prakse in njene soustvarjalne vloge pri nastajanju in razvoju prava je vprašanje, ki se zastavlja z namenom, da se poudari preseganje tradicionalnega kontinentalnega normativističnega pojmovanja prava.⁴⁹ Zaradi pomanjkanja zgodovinskega, tradicionalnega izenačevanja sodne oblasti z ostalima njenima vejama, je na tem pravnem področju prevladovala ideologija uporabe prava, ki je izhajala s stališča, da gre v postopku pravnega odločanja le za uporabljanje prava, ki je posteriorno do prava samega in da obstajajo v tem postopku katalogizirana navodila zakonodajalca za razlago zakona, ki omogočajo njegovemu uporabniku – sodiščem, prepoznavanje pomena določenega pravnega pravila in njegovo subsumpcijo s pomočjo silogizma.⁵⁰

Kontinentalno pojmovanje virov prava, ki je iz politično ideoloških razlogov priznavalo za ustvarjalca prava le zakonodajalca, je posledica pomanjkanja zgodovinskega, tradicionalnega izenačevanja sodne oblasti z ostalima njenima vejama.

⁴⁸ Razprava o tem, katera pravno pomembna dejstva so resnična in katera ne, je zakonsko omejena z zahtevo po upoštevanju zgolj pravno veljavnih dokazov; načelom objektivne identitete med obtožbo in sodbo; prepovedjo reformatio in peius in načelom prepovedi ne bis in idem. Ugotavljanje resnice torej na tak način oži svoj domet le na nivo konkretnega pravnega diskurza, na katerem je mogoče določiti resnični smisel abstraktnih norm z njihovo veljavnostjo, in sicer za vsak konkretni primer posebej.

Teorija si je utrla pot do spoznanja, da je treba zakone normativno dopolnjevati, na nivoju praktične uporabe pa individualizirati in jih konkretizirati, če želimo, da dosežejo svoj smoter. Pravna znanost je zato nauk o tem, kako naj ravna sodišče, da bo soustvarjalna vloga ustaljene sodne prakse, ki se ji vse bolj odkrito priznava pomen formalnega pravnega vira, pri svojih odločitvah zanesljivejša tako glede ugotavljanja dejanskega stanja kakor tudi uporabe prava. Prav zaradi tega raziskovalna skupina zadnje systemske raziskave upravičeno poudarja, da je strokovnost sodnikov in razumevanje smisla kazenskega postopka in varstva človekovih pravic v njem tisto, kar predstavlja enega od temeljnih predpogojev za napredek v razvoju našega kazenskega procesnega prava.

⁴⁹ Pomenu sodne prakse je bilo posvečeno zlasti posvetovanje na Dnevih slovenskih pravnikov od 14. do 16. Oktobra v Portorožu, gl. Podjetje in delo, revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo, Portorož 2004, str. 1032-1102.

⁵⁰ M. Pavčnik, Argumentacija v pravu (od življenjskega primera do pravne odločitve), Cankarjeva založba Ljubljana, Ljubljana 1991.

Ideja o pomenu delitve oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno je prišla v evropskem pravu do svojega polnega izraza šele s spoznanjem o pomenu varstva človekovih pravic za sam moralni razvoj družbe in zato tudi prava. S poudarjanjem pomena razlikovanja med ustvarjanjem in uporabo prava in s tem samega pomena razlikovanja med splošnimi pravnimi akti, ki po pojmovanju teh teorij predstavlja izključno samo pravo, posamezni pravni akti in zato tudi sodna praksa pa so le odraz njegove uporabe, je država ljubosumno varovala svoj monopol ustvarjanja prava. Zaradi takšnega formalističnega pojmovanja je bilo nasilno pretrgano razumevanje prava kot enotnega procesa, v katerem se nastajanje prava, njegovo kodificiranje in uporaba pozitivnega prava medsebojno dialektično prepletajo in neločljivo povezujejo tako, kot se neločljivo povezujeta faktično in normativno v pravu. Pojmovanje prava v vseh njegovih razsežnostih namreč ne zadeva le odnosa med ustavo, zakonom in mednarodno priznanimi pravnimi akti ter sodno prakso kot njegovim neformalnim virom, kajti viri prava obsegajo: 1. prednormativni stadij, v katerem so viri prava tudi odnosi, vrednote in nazori kot predmet pravnega normiranja;⁵¹ 2. oblikovanje pravnih norm, se pravi rezultat legislativne dejavnosti in 3. sam proces normativne konkretizacije, ki prihaja do izraza na področju uporabe prava.⁵²

Namen kodificiranja prava je, da zagotovi relativno čvrst in koherenten pravni sistem, v katerem vladajo posebne zakonitosti in postopki ustvarjanja, spreminjanja in nastajanja normativnih vsebin, kakršnih na področju moralnih in običajnih norm ni in kjer silogizem izgubi pomen matematične formule, ostane pa silogistična forma kot okvir, v katerega mora sodnik umestiti obe premisi svojega odločanja. Zato je vprašanje, kdo je ustvarjalec prava in kdo zgolj njegov izvajalec oziroma uresničevalec, odvisno izključno le od ureditve konkretnega pravnega sistema.⁵³ Tako je od pojmovanja pravnih virov znotraj samega pravnega sistema odvisno ne le, v kolikšni meri se priznava samo sodno prakso kot vir prava temveč v kolikšni meri se priznava tak pomen pravni znanosti in celo pravnemu občutku kot viru spoznavanja prava.⁵⁴

Pravo je dinamičen fenomen, ki z razvojem družbe spreminja svojo strukturo. Zato lahko nasilna identifikacija pojma prava zgolj s splošnimi pravnimi normami, se pravi z zakonodajnim pravom, prikrije dejstvo, da so sodne odločbe v bistvu nadaljevanje procesa ustvarjanja prava, ki se nenehno giblje na nivoju od splošnega in abstraktnega k posamičnemu in konkretnemu ter obratno.⁵⁵ Tak preporod je

⁵¹ N. Viskovič: opomba kot pod 43, str. 53 in 54.

⁵² B. Perić: opomba kot pod 42, str. 32-35.

⁵³ B. Perić, opomba kot po 42, str. 177-180.

⁵⁴ M. Cerar: Pravni občutek, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani – LIX. letnik 1999, str. 29.

⁵⁵ M. Pavčnik. Pravna odločitev kot produktivno dejanje (med dejanskim in normativnim, normativnim in dejanskim), dialogi 1997, št. 5-6, str. 100, gl. tudi M. Pavčnik: "Od uporabljanja prava" k argumentiranemu pravnemu odločanju, Pravniki št. 3-4, Ljubljana 1987, str. 127.

doživel tudi naš pravni sistem z ustavnim sodiščem, katerega odločbe so po določilu III. odstavka 1. člena Zakona o ustavnem sodišču (Ur. l. RS, št. 15/94 in št. 64/2001) obvezne, ker imajo učinke splošnega pravnega akta.⁵⁶ Splošen pomen jima daje učinek erga omnes, ker se ne omejujejo le na udeležence ustavnega spora inter partes, katerih pravice so bile zaradi uporabe neustreznega ali nezakonitega splošnega akta prizadete, temveč veljajo tudi za subjekte, ki so sprejeli enak ali podoben splošni akt.⁵⁷ Zato je praksa ustavnega sodišča tista, ki utira pot k radikalni emancipaciji celotne veje sodne oblasti in s tem k njenemu enakopravnejšemu izenačevanju z zakonodajno funkcijo oziroma presejanju njene supremacije v procesu nastajanja in samega razvoja prava.⁵⁸ Čeprav se moderna pravna teorija oddaljuje od fetišizacije zakona kot popolne in zaključene pomenske sheme, ki determinira praktični diskurz na področju uporabe prava ter poudarja kot njegov materialni vir ne le sodno prakso, temveč tudi pravno teorijo in celo pravni občutek, čeprav slednja le kot vira spoznavanja prava, pa ostaja še vedno poudarek na predominantnosti formalnih virov, ker naj bi bilo težišče pravotvorne dejavnosti pri zakonodajalcu.⁵⁹ Pravno odločanje pa, kot že poudarjeno, ni samo razpravljanje na podlagi zakona, ki omejuje praktični diskurz o obstoju pravnopomembnih dejstev, temveč je logični proces, ki mora zajeti zakon, sodno prakso, pravno znanost in procesna pravila, ki zagotavljajo, da je odločba s stališča rešitve dejanskih vprašanj pravilna, glede uporabe prava pa zakonita. Na tak način se uporaba zakona uvršča v širši kontekst in ne pomeni zgolj "dialoga" med sodnikom in zakonom, temveč predpostavlja argumentirano razpravljanje v okviru spoznanj in pravil, ker se v postopku uporabe prava postavljajo pred sodnika vsi pravkar navedeni elementi pravnega odločanja.⁶⁰

Pravo nastaja in se razvija prav ob konkretnih vprašanjih, ki so vselej vezana na konkretnen, v sodni praksi obravnavani primer. Ob pravni problematiki takšnega primera se namreč razvije diskurz o tem, pod kakšnimi pravnimi pogoji ga je treba obravnavati. Takšno pojmovanje je doživelo svojo afirmacijo v drugi polovici dvajsetega stoletja z ustanavljanjem ustavnih sodišč ter jo v polni meri doseglo z institutom ustavne pritožbe kot skrajnim pravnim sredstvom za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin. S tem institutom so pridobila ta sodišča enak pravni status, kot ga ima Vrhovno sodišče ZDA.

⁵⁶ B. M. Zupančič: Ustavni okvirji enakosti kot nov vir prava, O obveznosti odločb ustavnega sodišča, Enakost in pravičnost in socialna država, Zbornik znanstvenih referatov in razprav, Slovensko sodniško društvo, Ljubljana 1998, Dnevi slovenskega sodstva Portorož 1997, str. 10 - 12.

⁵⁷ B.M. Zupančič: Ustavni okvir enakosti kot nov vir prava, O obveznostih odločb ustavnega sodišča, Zbornik znanstvenih referatov in razprav, "Enakost in pravičnost v pravni in socialni državi", Ljubljana 1998, str. 9 - 11.

⁵⁸ B.M. Zupančič: opomba kot pod 60, str. 8.

⁵⁹ M. Pavčnik: Argument sodnega (pravnega) precedensa (Čemu razprava o pomenu sodne prakse?), Podjetje in delo št. 6-7/2004, Dnevi slovenskih pravnikov, Portorož 2004, str. 1033.

⁶⁰ M. Jančar: (Pre)oblikovanje predmeta pravnega urejanja v diskurzu, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2003, str. 207. Če se oddaljimo od statičnega pojmovanja prava,

Demokratska država, ki se deklarira kot pravna, oblikuje svojo normativno ureditev z ohranjanjem takšne povezave in s tem povezave med legalnostjo in legitimnostjo svojega delovanja, kar se dogaja v bistvu lahko le na področju uporabe prava, kjer nastaja sinteza med normativnim in dejanskim. Takšna sinteza se vzpostavlja skozi proces argumentacije kot temeljne metode tako na nivoju nastajanja prava kakor tudi na nivoju njegove uporabe. V zapletenih razmerah sodobne družbe se kot paradoks razkriva dejstvo, da postaja sodna praksa v bistvu tista, ki kaže zakonodajalcu, kako naj uredi posamezno pravno področje in ne več v tolikšni meri obratno.⁶¹ To je razumljivo, ker postaja uporaba sodobnega prava odvisna od vrste pravnih standardov na področju varstva človekovih pravic, katerih ni mogoče izraziti zgolj s kakšno vseobsežno zakonsko formulacijo, ki naj bi sama po sebi vsiljevala ustrezne odločitve v sodni praksi, temveč je uporaba prava vselej odvisna ne le od razlage abstraktnih pravnih norm, ampak tudi od razlage dejstev, ki so predmet pravne presoje.

V demokratičnem procesu nastajanja prava kot rezultatu konsenza je diskurzivna tehnika tista, ki teži k oblikovanju prava kot racionalne kategorije, kajti pravičnost, kot bistvena komponenta prava, je lahko le postulat razuma. Pravo je pravično, če zagotavlja enakost, kajti enakost pred zakonom je jedro pravičnosti slehernega modernega prava.⁶²

Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic v 6. členu določa temeljne kriterije za pošteno sojenje, tem pa je zadoščeno, če je sodni postopek tak, da omogoča obema strankama, da v enaki meri vplivata na njegov izid. Pravičnost pa je mogoče kljub nekaterim abstraktnim kriterijem za njeno presojanje prepoznati le v vsakem konkretnem primeru posebej. Ni namreč dovolj, da država, ki se deklarira kot demokratična in pravna, temelji na parlamentarni demokraciji in na sistemu delitve oblasti kot temeljnega pravnega instituta za varstvo človekovih pravic, temveč mora priti ideja pravičnosti do izraza v vsakem konkretnem primeru posebej. Zato je proces nastajanja prava, njegova kodifikacija in uporaba prava dialektičen proces, v katerem se vsi trije vidiki prava med seboj prepletajo. Takšno pojmovanje namreč lahko

ki ga reprezentirata podobnost in različnost med doktrino angloameriškega precedenčnega prava (stare decisis) in kodificiranim kontinentalnim pozitivnim pravom, v katerem prevladuje njegovo normativistično pojmovanje, k dinamičnemu, potem lahko ugotovimo, da se oba velika pravna sistema kljub svojemu različnemu zgodovinskemu razvoju medsebojno približujeta, ter na tak način razkrivata, da leži perspektiva razvoja sodobnega prava v priznavanju soustvarjalne vloge sodne prakse tudi pri nastajanju prava in samem njegovem razvoju in ne le na nivoju njegove praktične uporabe.

⁶¹ R. David, G. Grassmann: opomba kot pod 12, str. 84 - 86. Prav zato je takšno stanje v nasprotju s tezo, da so dosedanje reforme "krpanje" zakona, kajti pravo prepoznavamo vselej v konkretnem, posamičnem primeru tako kot prepoznavamo, kaj je pravično.

⁶² M. Pavčnik, opomba kot pod 62, str. 1032.

prispeva k razblinjanju predsodka, karakterističnega za pravno znanost kontinentalne Evrope, da sestavljajo pravo že po njegovi definiciji samo splošne norme. Samo zmotna identifikacija prava s splošnimi zakonodajnimi pravnimi normami zakonodajnega je lahko prikrila, da je sodna odločba v bistvu nadaljevanje procesa ustvarjanja prava, in sicer od splošnega in abstraktnega k posameznemu in konkretnemu.⁶³

5. Med precedenčnim in kodificiranim pravom

Po klasičnem kontinentalnem pojmovanju se sodni praksi priznava ustvarjalnost le na aplikativno pravnem nivoju, pri tem pa se prezre, da lahko sleherni pravni pojav motrimo z njegovega zakonodajnega, teoretičnega in praktičnega stališča in da sta v tem kontekstu tudi pravna teorija in celo pravni občutek vir spoznanja prava in zato njegov naravni vir. Izhod iz dileme, ali kodificirano pravo, od katere je odvisen pravni status sodne prakse v domeni teorije pravnih virov, pokaže primerjava dveh velikih pravnih sistemov angloameriškega in evropskega oz. kontinentalnega, ki se med seboj na najbolj očiten način razlikujeta prav v pogledu vprašanja, v kolikšni meri je lahko sodna praksa pravni vir.⁶⁴ V zvezi z odgovorom na to vprašanje sta se razvila dva različna pogleda, ki nimata le teoretičnega, temveč tudi praktičen pomen. Prav zaradi presejanja tega pojmovanja so se v Evropi ustanovila ustavna sodišča, ker zaradi pozitivističnega pojmovanja prava ni bilo zgodovinskega, tradicionalnega izenačevanja sodne oblasti z ostalima njenima vejama.⁶⁵ Poglavitni namen nače-

⁶³ B. Perić: opomba kot pod 42, str. 104 - 105.

⁶⁴ B. Bugarič: Ustavno sodstvo in (ali) parlamentarna demokracija: o doktrinah pravnega interesa in političnih vprašanj, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, LV. letnik, 1995, str. 16.

⁶⁵ L. Šturm: Pomen novih oblik delitve oblasti pri zagotavljanju svobodne demokratične družbene delitve, Enakost in pravičnost v pravni in socialni državi, Zbornik znanstvenih referatov in razprav, Slovensko sodniško društvo, uredil Aleš Zalar, Portorož 1997, str. 46. Po mnenju angloameriških teoretikov je sodna praksa vir prava, ker sodna odločitev ne vsebuje le norme, po kateri se razrešuje posamezni primer, temveč vsebuje zaradi zahteve po posploševanju tudi splošno pravno normo, katero je mogoče po principu analogije kot precedens uporabiti za nek bodoči podoben primer. Po tem pojmovanju je sodnikova ustvarjalnost kot nujni in sestavni del procesa sodniškega odločanja, za samo sodno prakso pa vir prava za primere, do katerih bo šele prišlo. Zato ima sodna praksa v tem sistemu ne le kazuistični, temveč tudi normativni karakter. Zagovorniki takšnega sistema utemeljujejo doktrino precedenčnega prava s sklicevanjem na večjo fleksibilnost običajnega, sodniškega prava od zakonskega, ker naj bi bilo za javnost sprejemljivejše, saj zagotavlja relativna doslednost pri uresničevanju prava enakost in enakopravnost pred zakonom. Takšno pojmovanje prevevajo zgodovinske izkušnje, zaradi katerih so veljali sodniki provincialnih sodišč za potencialnega zaveznika zoper "nepravične" akte angleškega parlamenta in vlade, da bi se na tak način ublažile negativne izkušnje s premočno zakonodajno in izvršilno oblastjo. Zato takšno pojmovanje razglašala sodno prakso kot pravni vir. V tem sistemu se namreč sodnik opira prvenstveno na sodno

la delitve oblasti pa je prav v tem, da trajno zagotavlja z ustavo zagotovljene individualne pravice in temeljne svoboščine napram izvrševanju državne oblasti, saj zgolj deklaratorno priznavanje teh pravic samo po sebi ne more zagotoviti njihovega učinkovitega pravnega varstva.⁶⁶ Na tak način se vnaša v evropsko in s tem tudi v našo sodno prakso argument precedensa, ki zagotavlja sodni praksi uresničevanje načela enakosti pred zakonom, zanesljivost in gotovost uporabe pravnih standardov tam, kjer so ti z uveljavljeno sodno prakso že določeni. Enakost pred zakonom v smislu 6. člena Evropske konvencije, ki določa temeljne kriterije za pošteno sojenje in določbe 14. člena naše ustave je definirana kot enakost udeležencev v postopku s

prakso, kajti šele, če precedensa ni, pride v poštev sklicevanje na pozitivno pravo. Tako ohranja funkcija precedenčnega prava pravni konzervativizem, s katerim se širi proces sodniškega odločanja v sfero običajnega prava z namenom, da se z ustaljeno sodno prakso zagotovi enakopravnost obravnavanja oziroma enakost pred zakonom. To ima sicer za posledico, da v sferi precedenčnega prava ni veliko prostora za inovacije in s tem za odmike od ustaljene sodne prakse. Sodnik je v takšnem sistemu, kot je to posrečeno izrazil Goodhart, "suženj preteklosti in despot prihodnosti", ker se pokorava odločitvam svojih predhodnikov in hkrati s svojo prakso diktira bodočim generacijam sodnikov njihove odločitve. Ne glede na tendenco po zagotavljanju enakosti in s tem pravne varnosti pa je tak sistem brez zanesljive podlage v formalnih virih sodne prakse lahko ovira pravnem razvoju in uveljavljanju novih stališč in tudi z javnim mnenjem, ki je spremenljivo, a hkrati nesposobno, da se povzdigne na nivo racionalnega presojanja sodniških odločitev. Če se pri tem še upošteva, da dveh popolnoma identičnih primerov ni, potem tiči v takšnem sistemu toliko večja nevarnost mehničnega in formalističnega presojanja po analogiji, kot je to v sistemih, v katerih ima sodna praksa svoj vir v ustavi in zakonu. Po tradicionalnem kontinentalnem stališču, kjer se je odreklo zaupanju sodstvu predvsem zaradi bridkih izkušenj z zlorabo oblasti arbitrarnega srednjeveškega sodstva, ki se je povrh vsega "proslavilo" še z reakcionarno vlogo ob padcu monarhije, se je utrdilo stališče, da mora imeti sodna praksa svoj izvor izključno v hierarhiji pisanega, postavljenega, državnega, veljavnega, pozitivnega prava in da se na konkretne primere lahko uporabi le splošna norma in ne analogija z nekim že rešenim sodnim primerom. Le takšno odločanje naj bi zagotavljalo po načelu zakonitosti integracijo obravnavanega primera v pravni sistem. Zato prevladuje skladno s tem pojmovanjem pooblastilo višjih sodnih instanc, da s svojimi odločitvami usklajujejo sodno prakso nižjih sodišč, katera pa na njihovo mnenje sicer niso vezana in ga v okviru svoje avtonomije upoštevajo lahko le glede na avtoriteto njihovih argumentov, saj jih k temu ne zavezuje hierarhični odnos. Odnos med tema dvema pravnima sistemoma pa se prav z institutom ustavne pritožbe v marsičem približuje, čeprav ohranjata svoje sistemske značilnosti. To približevanje kontinentalnega prava k precedenčnemu je prav v tendenci po večjem priznavanju soustvarjalne vloge sodne prakse. Razlika med evropskim in ameriškim konceptom sodne presoje leži namreč v stopnji ustvarjalnosti, ki jo eden ali drugi koncept pripisuje sodnemu odločanju v procesu ustvarjanja prava. Evropski koncept je namreč dolga leta vodil k izkrivljeni ideologiji, sklicujoč se na doktrino političnih vprašanj, torej konceptu, ki je za ustvarjalca prava priznaval le zakonodajalca, sodstvo pa zgolj za njegovega uporabnika.

⁶⁶ L. Bavcon: Kazenskopravno varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Zbirka temeljne pravice – glej tudi M. Pavčnik, A.P. Pavčnik in D.V. Lukič: Temeljne pravice, Cankarjeva založba, Ljubljana 1997, str. 408.

stališča njihovih možnosti, da v enaki meri vplivajo na izid sodnega postopka, kar je temeljni pogoj za njegovo pravičnost.⁶⁷ Ustaljena sodna praksa ima zato naravo formalnega pravnega vira.⁶⁸

6. Kazuistični in normativistični pomen sodne prakse

Zlasti spoznanje o pomenu varstva človekovih pravic kot najeminentnejšega dosežka sodobne civilizacije, aktualizira vprašanje pomena sodne prakse pri nastajanju prava. Poudarjena zahteva po njihovem varstvu namreč daje sodobnemu pravu legitimnost, ker zagotavlja pravičnost, ki predpostavlja enakost kot svoje bistvo. Pravo lahko uresničuje svojo družbeno funkcijo le, če se uresničuje z relativno doslednostjo, kar pomeni, da se v sodni praksi obravnavajo v življenjskem pogledu sicer različni, vendar v pravnem pogledu podobni primeri na enak način. Zahteva, da so sodišča pri svojem odločanju vezana na ustavo in zakon (125. člen Ustave), zagotavlja neodvisnost sodniškega odločanja in zahteva hkrati dokaz, da temeljijo njihove odločitve dejansko na takšni formalni podlagi. Le takšna doslednost pri uresničevanju prava zagotavlja pravno varnost, ki je v legitimnem pričakovanju strank, da jim je zagotovljeno enako varstvo pravic v postopku pred sodiščem in pred drugimi državnimi organi, ki odločajo o njihovih pravicah, dolžnostih in pravnih interesih (22. člen Ustave), ter da so zato pred zakonom enaki (14. člen Ustave).⁶⁹

⁶⁷ M. Pavčnik: Pravnikov pojem prava, Enakost in pravičnost, Enakost in pravičnost v pravni in socialni državi, Zbornik znanstvenih referatov in razprav, Slovensko sodniško društvo Ljubljana, 1998, str. 27 - 28. Zato Pavčnik poudarja, da predvidljivo pravno odločanje terja, da se o podobnih primerih odloča enako vse dotlej, dokler nimamo novih, boljših razlogov, ki utemeljujejo odstop od ustaljene sodne prakse.

⁶⁸ M. Pavčnik: opomba kot pod 51, str. 6.

⁶⁹ Zato se kot ključno zastavlja vprašanje, na kakšen način je mogoče doseči, da sodišča sledijo sodni praksi, se pravi tistim sodnim odločbam, ki so že postale "stalnice". Problem je namreč v tem, ker niti v teoriji ni enotno rešeno vprašanje, kako se sklepa od zakonskih določb k dejstvom in od dejstev k zakonskim določbam. Sodna praksa se v težnji po doslednosti razreševanja podobnih pravnih primerov po sami naravi stvari razvija kot običajno pravo, saj se zateka k judikatom kot opornim točkam v procesu zanesljivejšega sodniškega odločanja, ter na tak način izpolnjuje zahtevo po svoji ustaljenosti. Zakon o sodiščih – ZS (Ur. l. RS, št. 23/2005) poudarja pomen enotne sodne prakse, ko v 109. členu določa, da vrhovno sodišče skrbi za enotno sodno prakso in da na občnih sejah sprejema načelna pravna mnenja o vprašanih, ki so pomembna za enotno uporabo zakonov in določa način za spremljanje sodne prakse na sodiščih (I. in V. odst. 110. člena), vendar ta zakon kljub temu izrecno ne zavezuje sodišč k upoštevanju sodne prakse. V I. odstavku 11. člena ta zakon določa, da lahko sodišče višje stopnje pri odločanju na podlagi vloženega pravnega sredstva usmerja pravno mnenje sodišča nižje stopnje v okvirih, ki jih določa procesni zakon, vendar pa ostaja sodnik glede na določilo II. odstavka tega člena pri uporabi prava neodvisen tudi v razmerju do sodišča višje stopnje, ki je v konkretni zadevi že izrazilo svoje pravno mnenje. To pomeni, da je določba II. odstavka 11. člena ZS še vedno v skladu s tradicijo kontinentalnega normativističnega pojmovanja

Za precedenčno pravo je značilno, da sodna odločba ne vsebuje samo posamezne norme, po kateri je razrešen konkretni pravni primer, temveč tudi splošno normo, ki jo je mogoče uporabiti za nek bodoč v pravnem pogledu podoben primer. To določilo predstavlja zato le eno od značilnosti našega pravnega sistema. Ta ni sestavljen le iz splošnih, temveč tudi iz individualnih norm, ker so primarne norme vsebovane v splošnih pravnih aktih in so kot take vir nastajanja sekundarnih norm, se pravi norm, ki jih na njihovi podlagi oblikuje sodna praksa na nivoju uporabe prava, kajti splošne norme regulirajo v bistvu svojo lastno ustvarjanje. Zato je ustvarjanje prava vselej njegova uporaba.⁷⁰

Na tak način se uresničuje delitev oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno, katere namen je prav ta, da zagotavlja varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin nasproti državni oblasti ne glede na to, v kakšni manifestni obliki je ta pred sodiščem tožena ali obtožena.⁷¹ Le z izenačevanjem vseh treh vej oblasti je dosežen demokratični napredek. Ustava namreč vsem trem oblikam oblasti prepoveduje samovoljnost, arbitrarnost in zlorabo moči. Poudarjena zahteva po varstvu človekovih pravic dviga le-te glede na njihov civilizacijski pomen nad pozitivno pravo kot nadzakonsko pravo (überpositives Recht) z namenom, da se dvigne splošen nivo humanizacije družbe. Zaradi načina ustavnopravnega urejanja so človekove pravice v ustavi le delno opredeljene, zato dobivajo svoj popolnejši pravni status skozi sodno prakso. Sodni postopek v zvezi z njihovim varstvom je v bistvu le nadaljevanje ustavnopravnega diskurza, kajti ustavno sodišče odloča o uporabi prava le, če ugotovi kršitev na nivoju ustavnega varstva človekovih pravic.⁷² Takšno kršitev predstavlja tudi odmik od ustaljene sodne prakse. Odmik od ustaljene sodne prakse je namreč mogoč le,

prava, katero posamičnim sodniškim odločbam ne priznava vloge pravnega vira, ker veljajo le za posamičen konkreten in neponovljiv primer. Na prav nasprotno pa je mogoče sklepati na podlagi III. odstavka 3. člena ZS. Ta namreč določa, da ravna sodnik vselej tako, kot bi imel pred sabo nedoločeno število primerov iste vrste, kar je tipično za precedenčno pravo.

⁷⁰ V dinamičnem pogledu nastaja pravo neprekinjeno ne le na zakonodajnem nivoju, temveč tudi na področju njegove uporabe, kjer imajo sodne odločbe konstitutiven pomen ne glede na to, da predpostavlja svojo vezanost na obstoj splošne pravne norme, saj predstavljajo njihovo individualizacijo oziroma konkretizacijo. Ker pa je uporaba prava vselej tudi njegovo ustvarjanje, se kot nadaljnje zastavlja vprašanje, ali je mogoče tudi sodni praksi priznati lastnost enakovrednega pravnega vira formalnim. Po določilu I. odstavka 1. člena Zakona o ustavnem sodišču (Ur. l. RS, št. 15/94 in št. 64/2001) je opredeljeno ustavno sodišče kot najvišji organ sodne oblasti za varstvo ustavnosti in zakonitosti ter človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Po določilu 3. člena tega zakona so njegove odločbe obvezne ne le s svojimi izreki, temveč tudi s svojimi nosilnimi razlogi (rationes decidendi).

⁷¹ L. Šturm, opomba kot pod 69, str. 29 - 49.

⁷² K. Šugman: opomba kot pod 37, str. 323, gl. tudi K.G. Šugman: Kazensko procesna doktrina v luči odločb Ustavnega sodišča R S, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani-LXIII. I Letnik 2003, str. 69 - 498.

če je argumentiran. Brez kvalificirane obrazložitve razlogov za odmik od ustaljene sodne prakse predstavlja sodna odločba kršitev človekovih pravic, torej kršitev na ustavnopravnem nivoju. V takšnem primeru ustavno sodišče ni razsodnik nad vprašanjem, ali je tak odmik od sodne prakse ustrezno obrazložen, temveč le glede vprašanja, ali je sploh obrazložen, kajti presoja ustreznosti obrazložitve odstopa od ustaljene sodne prakse ostaja v pristojnosti vrhovnega sodišča.⁷³

7. Sklep

Sistemske analize kazenskega postopka in primerjalne študije dajo torej metodološko podlago za pristop k določanju strukture zakona o kazenskem postopku. Na podlagi teh spoznanj je mogoče sklepati, da pričanja prevladovati zadržani optimizem, da bi sprememba našega kazenskega postopka v bolj adversarno smer bistveno prispevala k izboljšanju stanja, saj vse študije opozarjajo na to, da bi imel tak prehod za posledico vrsto pasti, zaradi katerih bi se lahko izničile prednosti, ki bi jih morebiti lahko prinesla takšna korenita sprememba v naš pravni sistem. Za takšno spremembo bi bila torej najprej potrebna sprememba v sami mentaliteti pravosodnega kadra. Ta pa se že in se še lahko razvija v mejah obstoječega koncepta in ob njegovem nadaljnjem plemenitenju z akuzatornimi elementi. Ob takšnem spoznanju pa se zastavlja kar nekaj retoričnih vprašanj, zaradi katerih se zdi vzgledovanje po tujih pravnih sistemih koristno predvsem zato, da bi se boljše spoznalo lastno ureditev. Ta vprašanja npr. so:

1. Ali ni doktrina o varstvu človekovih pravic v konstantni funkciji odpravljanja nezadostnosti pozitivne zakonske ureditve in skupni idejni imenovalec, na katerem se približujeta oba tipa kazenskega postopka?
2. Ali ni sporočilna moč slovenske ustave že sama po sebi tolikšna, da je mogoče uresničevati človekove pravice kot predmet varstva v kazenskem postopku že na podlagi razlage smisla same ustave?⁷⁴
3. Ali ne dokazuje prav to, da postaja že predkazenski postopek del ustavnopravne doktrine, ker ne zadeva več toliko vprašanje policijske in kriminalistične rutine in prakse, temveč dobiva svoj pravni pomen šele skozi optiko spoštovanja ustavno pravnih standardov za varstvo človekovih pravic,⁷⁵ da je zaželeni proces razvoja že v teku?

⁷³ M. Šorli: Enotna in ustaljena sodna preskava v kazenskih zadevah, (omen odločb Vrhovnega sodišča za sodno prakso), Podjetje in delo, št. 6-7) Ljubljana 2004, str. 1066 - 1071.

⁷⁴ M. Pavčnik: Temeljne pravice, Cankarjeva založba, Ljubljana 1997, str. 86.

⁷⁵ M. Nahtigal: opomba kot pod 5, str. 112.

4. Ali ni ustreznost zakonodaje potrebno presojati s stališča vprašanja, ali je abstraktno regulativna raven takšna, da daje ustrezno normativno izhodišče za oblikovanje takšnih pravnih standardov?
5. Ali ne sodi oblikovanje teh standardov kot spontanega pravnega vira na področje relativne samostojnosti prava in s tem na področje oblikovanja ustaljene sodne prakse, kateri se vse bolj odkrito priznava pomen formalnega pravnega vira, saj lahko le normativna konkretizacija teh standardov odraža v kolikšni meri in s kakšnim uspehom vlaga sodna praksa svoj kreativni napor, da doseže varstvo človekovih pravic v vsakem konkretnem primeru posebej svoj smoter in s tem tudi sam kazenski postopek?⁷⁶

⁷⁶ A. Perenič: Relativna samostojnost prava, Center za samoupravno normativno dejavnost, Ljubljana 1981, str. 23, 25, 28, 55, 67, 112, 113 in 122, gl. tudi Interpretacija in ustvarjalnost, Zbornik za teorijo, broj 3, Beograd 1987, str. 85. Ali pravna teorija lahko prispeva k večji učinkovitosti prava, Zbornik Višje pravne šole v Mariboru, Maribor 1980; M. Pavčnik: Pravni viri v jugoslovanskem pravu, Uradni list RS, Ljubljana 1983, str. 107 - 117.

Pietro Semeraro*

TRADING IN INFLUENCE AND LOBBYING IN THE SPANISH CRIMINAL CODE

(Trgovina utjecajem i lobiranje u španjolskom Kaznenom zakoniku)

Sažetak

Članak raspravlja o zakonskim odredbama koje sadrži Španjolski kazneni zakonik o trgovini utjecajem. To kazneno djelo je sada propisano u člancima 428 – 430 Kaznenog zakonika u kojima su tri figure: trgovina utjecajem od strane javnog službenika, trgovina utjecajem i korištenje utjecaja. Razmatranje je posvećeno analizi najvažnijih sastojaka tj. radnje, povrede, ugrožavanja i krivnje.

Ključne riječi. trgovina utjecajem – lobiranje – korupcija

Summary

This article refers to the legal provisions contained in the Spanish Criminal Code about Trading in influence. That crime is now contained in Articles 428, 429 and 430 of Código penal in which there are three provisions: tráfico de influencias ejercido por funcionario público, tráfico de influencias and ofrecimiento de influencias. This research analyses their most important requisites, i. e. conduct, harm, danger and men's rea.

Key words: Trading in influence – Lobbying – Corruption

1. Preliminary remarks

The European Criminal Law Convention on Corruption of 1999 (Article 12) and the United Nations Convention Against Corruption of 2003 (Article 18) regulated the crime of trading in influence.

More precisely, the United Nation Convention deeply renewed the trading in influence contained in the European Convention, introducing two offences.

It contains two provisions indicated in Article 18: a) the promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or

* Professore associato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bergamo/Izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Bergamu/Associate professor, Faculty of Law, University of Bergamo.

supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority (of the State Party) an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person; b) the solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority (of the State Party) an undue advantage.

A first characteristic which distinguishes the U.N. Convention is the fact that it outlined the “active” trading in influence, that is the behaviour committed by an influence purchaser’s (in Article 18 par. a) and the “passive” model, that is the conduct committed by the offender in order to sell an abuse of influence (in Art. 18 par. b). Another data worth of being mentioned, is the feature related to the fact that this provision regulates only a trading in influence preceding to an intermediation but not the subsequent, that is the promise, offering or giving (solicitation or acceptance) of an undue advantage for an abuse of influence which has been already carried out.

Besides, it isn’t clear what the formula “abuse his or her influence” means. The meaning of this words gives rise to some doubts because, as it can be understood, this formula doesn’t precise which kind of influence (if linked to a personal relationship or also to competence and professional skillness) must be object of abuse. In front of such a gap, it seems to us that the case in which an influence is based on the intermediary’s professional skills and knowledge (i.e. when a private influences the administration or Parliament presenting to officials or to Members of Parliament some observations, remarks or technical opinions) can’t be considered a crime because there isn’t a danger to the impartiality of the government. Besides, an abuse of influence is committed whether the offender uses a “personal” influence (i.e. a friendship relation, hierarchical relationship or relative’s relationship) to obtain an undue advantage, because in this case the behaviour puts in danger the impartiality of the government.

After these preliminary remarks, I analyse the Spanish Criminal code containing a complex provisions of trading in influence, aimed to front the phenomenon of the increasing exert of influence towards officials ¹. Already, through law n. 9 of 21 March 1991 and the introduction of Articles 404 bis a) and 404 bis c) in the code, the legislator had added to Article 529 three specific crimes distinct by the diversity of the offender and the different requisites of the conduct. In the Criminal code of 1995 those cases are regulated, with some changes, respectively in Articles 428, 429 and 430.²

¹ Morales Prats – Rodriguez Puerta, *Del trafico de influencias*, in Quintero Olivares – Valle Muniz, *Comentario a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 1232 ss.

² Garcias Planas, *El nuevo delito de trafico de influencias*, in *Poder Judicial*, 29, 1993, p. 21; Munoz Conde, *Los nuevos delitos de trafico de influencias, revelacion de segretos e informaciones*,

Before 1991 influence peddling had found a partial and incomplete provision through Article 529 paragraph 6° of the Código penal.

This Code not only punished fraud (*estafa*), but it contained in Article 529 some aggravating circumstances among which there was the case outlined in paragraph 6°: when a fraud has been committed trafficking in supposed influences or with the pretext of remunerating some public officials. The offence outlined in Articles 528 and 529 paragraph 6° of the Code was based on three requisites: misleading action, victim's mistake and economical damage. The meaning of the conduct were clear because this, being constituted by a fraudulent act committed in a trade of supposed (and therefore false) influences, gave to this crime the features of *venditio fumi*, a form of fraud with damage through the trick of declaring to have an influence on a public official.

In short, we can remember that the purpose of this provision is to avoid the influence purchaser's damage and the offender's enrichment (reached by fraud); the protected good, instead, is the economical interest of a private individual. Besides, the material element, based on deceptive conduct and harm, foresees a liability which is limited to cases of false influence letting outside the provision those situations in which, instead, an influence is effectively. In the end, being required the accomplishment of damage; this offence doesn't encompass cases in which a victim achieves an advantage instead of a damage through an intermediation towards a public official. Then, in 1991, the legislator had appropriately proceeded with a more exhaustive and modern provision introducing Articles 404 bis a), 404 bis b) and 404 bis c) in the section related to crimes against the government.

2. The proposals before 1991

The parliamentary course reached the definitive approval of a new law in 1991 and was characterized by a discussion of several proposals. As for an exigence already expressed, the "Popular" Parliamentary Group introduced to the chambers a model of Ley Organica whose fundamental provision consisted of Article 1, paragraph 1° as for which it was meant as *trafico de influencias* "... a quella actividad de aproximación, inducción o persuasión, ante las Administraciones o Poderes Publicos, autoridades o funcionarios o de intervención ilegítima en asuntos o negocios pertenecientes a la esfera publica, practicadas con el fin de incidir en la formación de la voluntad de los órganos administrativos o sus titulares y obtener de esté modo beneficios patrimoniales para si mismo o para terceros". The 2° paragraph described a crime of manejo de informacion privilegiada, foreseeing that "... se considera manejo de

información privilegiada, a los efectos de esta Ley, la utilización por quien ostenta un alto cargo o lo ha ostentado en los dos años anteriores, de informaciones o datos de los que haya tenido conocimiento en razón de su cargo con el fin de obtener un beneficio patrimonial para si o para terceros”.

Turning our attention to influence peddling, it must be noticed that this crime contained in paragraph 1° was characterized by some problems which stirred up perplexity about proportion between sanctions, danger, harm and men's rea. This provision gave rise to some considerations.

First of all, about the punishment of the conducts, considering that the “Popular” Parliamentary Group used the word *aproximacion* followed by *induccion*, *persuasion* and *intervencion ilegítima*. From the comparative analysis of the meaning of these words, there emerges that an act accomplished by approaching or contacting the public official, was a behaviour representing merely an attempt of induccion, persuasion or intervencion ilegítima.

The features in approaching or contacting the official placed such an act still on a preparatory plan in relation to the other conducts, considering that *aproximacion* is a behaviour merely suitable to commit induccion, persuasion or intervencion ilegítima. So, through the adopted formula, it has been written a provision as for which some acts, characterized by a different danger, had to be punished in the same way (a text lacking in the just punishment).

The need of proportion between seriousness of the sanction and behaviour, conversely, is an acquired task. Mir Puig and Bustos Ramirez, in several occasions, wrote clearly that punishment must be proportioned to danger or harm .

Another question worth considering is that of the provision regulated a particular form of “specific” intent. From an exam of the relationship between conduct and purpose to be pursued, it is clear that the criminal provision required a two-fold specific intent. It means that next to a purpose (consisting of the aim to weigh upon of the government' will) which contributed to make ‘unlawful’ an act which is lawful in itself or anyway not enough suitable to harm or to put in danger the protected interest, there was a further specific intent (consisting of the purpose of achieving a economical benefit) which limited the liability.

Some doubts about this provision were mainly constituted by the feature for which, in this way, the whole offence focused preminently on the purpose of the offender.

Moved by a true exigence of reform, the Parliamentary group of Izquierda Unida-Iniciativa por Catalunya expressed itself for the approval of Article 368 bis to be introduced in chapter IV “De la violacion de secretos”, title VIII “De los delitos de los funcionarios publicos en el ejercicio de sus cargo” of book II codigo penal. This new provision states:

“El funcionario publico que en propio o ajeno beneficio, mediando o no recompensa, participación o dádiva para si o la persona interpuesta, suministrarle a otro información privilegiada, de la que tenga conocimiento por razón de su oficio para facilitar la ventajosa o más favorable consecución de cualquier negocio o intercediera frente a cualquier clase de autoridad para el otorgamiento de concesión, contrato u operación mercantil, servicio o nombramiento será castigado con la pena de arresto mayor, suspensión y multa de 300.000 a 1.000.000 de pesetas además de inhabilitación absoluta”.

From the adopted text, two different conducts can be noticed; the first was an act of revealing secret information, while the other is represented by an intermediation towards a public official.³ This second conduct is a trading in influence.

A feature which must be pointed out seems to be that the provision regulates a “special crime”; such a choice limited unmotivatedly, as regards for influence peddling, the liability to those acts committed by persons with rights of public representation, while putting outside the provision the same behaviours committed by privates. On second place, a distinctive feature was the fact that every intermediation was considered to be a crime and so every exert of influence towards a public official was an offence even when this conduct was not object of a trade.

Therefore this reform, instead of proposing an influence peddling crime seemed to punish the mere commission (by a public official) of an interference in some administrative proceedings; so, also under this profile it didn't seem to be satisfactory.

The catalan Parliamentary group *Convergencia i Unio*, in the end, had presented a proposal of *Ley Organica* in order to introduce through it, in chapter XII “De las negociaciones prohibidas a los funcionarios” of title VII of *codigo penal*, a crime of *trafico de influencias y uso indebido de informaciones privilegiadas* 3.

Article 404 bis a) states: “1. Toda persona que desarrollando acciones ilicitas ante las Administraciones Publicas o de intervención en asuntos o negocios de naturaleza pública, hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno, será castigada con la pena de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor del beneficio obtenido. 2. Incurrirá en la misma pena establecida en el número 1 de este articulo la autoridad pública, sea electiva o no, que utilizando informaciones o datos procedentes del ejercicio de su cargo hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno. La autoridad pública, sea electiva o no, que cometa alguno de los delitos expresados en este articulo será castigada también con la pena de inhabilitación especial”.

³ Garcia Planas, *El Nuevo delito de trafico de influencias*, cit. p. 22.; Semeraro, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000, p. 194.

This provision outlined in paragraph 1° contained a vague model of trading in influence because, linking it to an illegal act with the government or to the accomplishment of “interventions” in government’s contracts, it proposed a crime whose conduct was not properly limited in the agreement of an intermediation to be carried out over a public official.

This last proposal, however, was submitted to some heavy amendments which, from both the branches of the Parliament, gave life to the law definitely approved by the Senate on 21 March 1991 (published in the Boletino oficial of 27 March 1991 and taken back in its general lines in the Codigo penal of 1995).

3. The Criminal code of 1995

3.1. Trafico de influencias ejercido por funcionario publico (Article 428)

Law n. 9 of 1991 deeply renewed the Codigo penal, introducing in it Articles 404 bis a), 404 bis b) and 404 bis c), chapter XIII (“Del trafico de influencias”) of title VII “De los delitos de los funcionarios publicos en el ejercicio de sus cargos” of book II.

It contained three provisions, now indicated in the Codigo of 1995 respectively by Articles 428, 429 and 430 (chapter VI Del trafico de influencias, of title XIX Delitos contra la administracion publica).

A distinctive feature which makes different the content of this new code is the characteristic that, differently from Articles 404 bis a) and 404 bis b) of the former code, influence peddling is not linked now to the achievement of a *resolucion*. From this point of view, the new code outlines an “advanced protection” of interests.

The placement of these provisions in “title” XIX is due to the reason that it groups together some offences consisting of behaviour which harm or put in danger the impartiality and the efficiency of the government as well as the integrity of public officials.

Such a “title” is not subdivided within itself between crimes committed by public officials and by privates against government.

Through Articles 428, 429 and 430, the Codigo penal contains a group of offences in order to hit the phenomenon of the growing increase of Lobbying on public officials and Members of Parliament.

Such a provision introduces many delicate problems. A feature is the fact that the legislator has written this complex law fundamentally on two models: trafico de influencias and ofrecimiento de influencias, outlining the first as a damage crime and the second as a danger offence; a choice which caused, as I’ll see later, some critics.

Data which distinguishes this code is the fact that it contains crimes of “passive” trading in influence, that is the classical offence committed by an intermediary, but doesn’t contain the “active” form of trading in influence, that is the influence’s purchase (as it occurs instead for the French penal code and the U.N. Convention of

2003). Also, it must be noted that the *codigo* states the punishment not only of the preceding influence peddling but also of the subsequent model. In the end, a further distinctive feature is the provision contained in the paragraph 2° of Article 430 of the code, which foresees that every time we are in the case of *ofrecimiento de influencia* the judge may decide the activity suspension of a corporation, a firm, an organization and may close from six months to three years the offices open to public.

An analysis of the provisions contained in chapter VI of title XIX of the *codigo* of 1995 must start with Article 428; it states “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución, que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para si o para tercero, incurrirá en las penas de prision de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitacion especial para empleo o cargo publico por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondran las penas en su mitad superior”.

Proceeding with the exam of this provision it can be noticed, as regards for the first feature, that this offence is a “special ” crime (committed by an offender having rights of public representation). The same behaviour, however, is punished (Article 429 of the Code) if committed by a private individual. The feature of the offender is indicated by the *codigo*. More precisely, it’s to be considered *funcionario publico* (public official) a person who exercises public functions, elected authority or nomination; the concept of *autoridad*, instead, means Members of Parliament, judges and public prosecutors.

As regards for the protected good, it must be noticed that the interest defenced through this provision is, according to Garcia Planas, the impartiality of the government, that is the interest which stays in the neutrality with whom the government must carry out its services (Article 103 of the Spanish Constitution).

A specific protection, however, according to Garcias Planas, had been agreed by Article 404 bis a) of the code previously in force (Article 428 *codigo* of 1995). Following the scheme proposed by Munoz Conde as for the interest protected in the crimes of corruption and according to which the passive corruption would harm the efficiency of the government while the active corruption would harm the duty of integrity (which must be respected by “public officials”), Garcias Planas has affirmed that Article 404 bis of the code previously in force protected also this last interest.

It seems allowed to us to make several considerations.⁴

⁴ Garcia Planas, *El Nuevo delito de trafico de influencias*, cit. 31; Semeraro, *I delitti di millantato credito*, cit., p. 196.

First of all, it must be noticed that an exert of influence, through the use of personal or hierarchic relationships between the offender and the public official who must accomplish the resolution, would put in danger the impartiality of the public official.

The requisite represented by the achievement of the resolution is, instead, a real harm of such an interest, considering the fact that it is the favour agreed by the government, the results of the behaviour.

As for the conduct, it must be said it has got a complex structure because it's constituted of more ingredients. A first requisite is an act of influencing which, according to the *Diccionario de la Real Academia*, means to exercise predominance or moral strenght on another person's soul. The content of such a behaviour, therefore, seems to be found in an act of creating a favourable feeling of a person towards a precise solution, that is by influencing this subject and bringing him/her to a wished decision.

Traditionally, an important problem of influence peddling (and also of false pretences) is to understand the limits of intermediations towards a public official, that is the features which an influence must possess in order to break the law.

The second ingredient of the conduct, indicated in article 428 of the code, seems to offer a solution to this problem requiring that an influence on the official has to be carried out "...prevaliendose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situacion derivada de su relacion personal o jerarquica ..."

With such a provision the behaviour needs an exploitation of office's powers or of another situation deriving from a personal or hierarchical relationship with the public official on whom the influence is exercised, or with another official or authority (in this way clarifying and delimiting the illegal conducts). Through the expression "...prevaliendose de la facultades de su cargo...", more precisely, the lawmaker meant to point out the exploitation of administrative powers, that is their wrong use to influence another official who must adopt the resolution.

The formula "... o de cualquier otra situacion derivada de su relacion personal o jerarquica ..." instead, is a definition directed to make re enter in the range of the provision any kind of relationship between an offender and a public official. This relationship can be a "relacion personal", that means a relationship resulting from friendship, a relative's relationship, etc. or a "relacion jerarquica" that is that kind of relationship which finds its own origin in the hierarchical position of the intermediary (offender) towards the other public official under the level of the services carried out in the government.

As regards to liability, this crime contained in article 428 of the code is an intentional offence, considering that it is impossible to exert an influence on the official by making use of one's own powers or of a personal or hierarchical relationship, in a no culpable way.

With respect to this offence, the men's *rea* object is represented by an act, which means that the offender must be willing of exert an influence on a public official.

As regards for the others features of this provision, it must be noticed that Article 428 of the Criminal code requires a specific intent because the conduct must be ended to "... conseguir una resolucio[n] que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio economico ...". About this characteristic, we wonder if such a purpose has to be the achievement of an act contrary to the office's duties or it may be the enactment of a proceeding conform to those duties. It can be answered to such a question affirming that, in both cases, this purpose is not lawful because the textual data doesn't exclude from the range of this provision the resolucio[n] conform to the office's duties. There was even who, though recognizing this meaning to the word resolucio[n], criticized the Parliament choice assuming that in this way it made re-enter within the provision conducts lacking of social harm, such as that kind of influence directed to achieve proceedings conform to the office's duties.

On one side, however, as precised by jurists, influence peddling protects the impartiality of the government and the integrity of the public officials.

On the other side we must underline that an exert of influence which obtains decisions according to the office's duties harms the impartiality of the government.

This crime is a "special" offence. Such a peculiarity implies that, if the intermediary (offender) believes that the public representation is non-existent, he/she considers the general behavior and not the specific one. For this reason, in this case, it will be committed a normal *trafico de influencias* (Article 429 of the code); therefore he/she will be convicted of this last crime in a system which wants to be respectful of the general rules of men's *rea*.

Garcia Planas has more analytically examined *trafico de influencias* and observed how it is difficult to think of the making of a mistake, culpable or not.

In fact, a mistake produced by an error on the offender's right of public representation seems to be possible (for example a mistake on an administrative law which rules the nomination of an organic in the government). In this case there would be two different solutions. If that mistake is not a negligence, liability will be excluded (Article 14 paragraph 3° of the code).

On the contrary, if a mistake is evitable, the punishment will be diminished from one to two grades (Article 14 paragraph 3° of the code), accordingly to the new provision of the spanish legal system as regards for ignorance of law.

About the liability of an influence's purchaser, we have to come to a negative opinion because it would not be conform to the systematic coherence if the *codigo* (which doesn't contain a punishment for the purchaser) would consider him guilty

for having facilitated the crime. To a same conclusion we must come if he commits a further conduct, an agreement or an instigation to exert influence, because in this case his action is normally implied in the provision (even if it isn't punished). On the other hand it would seem illogical, as regards for the liability, to punish an instigation to exert influence and not to sentence the making of utility payments.

A further problem to be examined seems to be the kind of offence which an accessory (different from the purchaser) commits in the case of a crime facilitating.

As previously noticed, Article 428 regulates a special crime considering that this offence is punished also if an individual commits it (Art. 429 of the code).

Therefore there is the problem of the provision as for which an accessory who gives an help to a trafico de influencias must be charged. The subject matter of the complicity in a special crime finds a particular provision in the Spanish law.

The main part of jurists thought that, on the basis of Article 60 of the code previously in force (Article 65 of the Codigo of 1995), an accessory in a special offence can't be convicted of this last crime but is guilty for the "normal" provision in the case in which he/she was not aware of the author's rights of public representation.

We agree with this conclusion through an interpretation of the content of Article 60 of the code previously in force because it states "... las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposicion moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, serviràn para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellas culpables en quienes concurràn".

Such a provision was commonly meant not to have to charge an accessory for the aggravating circumstances or for the personal circumstances related to the author or those requisites which make a normal crime become a special offence; so an accessory had to be convicted for the normal provision.

Following such a reasoning and applying this particular result to the facilitation given by an accessory in a public official influence peddling, we agree with the conclusion that, in this case, the accessory should not be guilty for the crime regulated by Article 404 bis a) (Art. 428 of the code of 1995), but for the offence contained in Article 404 bis b) (Art. 429 of the code), that is exert of influence by a private individual. At the moment, the jurists come to the same opinion, though having abandoned the reference to Article 65 of the criminal code (which, in reality, was made to foresee provision about the subject matter of the crime's circumstances).

A more problematic question is the liability of a public official who makes the wished resolution. Analyzing the law previously in force, Munoz Conde wrote on the question and precised that when this public official makes a legitimate decision

it can't be charged, while in the case in which he/she commits an act contrary to duties imposed to him/her or he/she omits or delays an act imposed by law, he/she must be punished for the crime of prevaricacion⁵; if in the end a prevaricacion is an act of complicity committed with the intent to help a trafico de influencias there'll be an accessory to be punished for this last offence because it foresees a more grave sanction (instead of the one indicated for the crime of prevaricacion). This trend, even if it made its appearance when the former code was in force, maintains all its reasons also after the reform of 1995, because Article 428 of the code does not distinguish itself from the former Article 404 bis a).

At this point of our research, the attention turns towards the relationships between trafico de influencias (exert of influence) and other offences.

Suarez Montes questioned itself whether, in the case in which an intermediary induces the other public official to an office's abuse (prevaricacion), he/she must be convicted also of this crime. Someone, reading the provision contained in Article 71 of the Criminal code previously in force (Article 77 codigo of 1995) and noticing a means-to-an-end relationship, in this case, between trafico de influencias and prevaricacion, advised for the application of Article 404 bis a) (now Article 428 of the code). Article 71 of the code orientated towards such a solution because it states "... en el caso de que un solo hecho constituya dos o mas delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro ... se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado maximo ...".

An other opinion came to a same conclusion of the application of Article 404 bis a) following a different way. More precisely it was affirmed that, resulting these two provisions as harming different interests, considering that trafico de influencias was directed also to avoid the offender's unlawful enrichment, in this case the offender should be convicted of both crimes; however, as such conclusion violated the double jeopardy Clause there have been some doubts about that solution.

According to us, this last opinion gives rise to remarks of several kind because it doesn't seem to understand the exact identity of the interest protected by Article 428 and tends to use matters which are typical of the so-called economical theory of influence peddling. The perplexities rise first of all because in this setting-out the purpose of the law and the protected goods seem to be not clear. While the aim of Article 428 certainly can be found in the will to avoid the exert of undue influence on the public officials and the offender's unlawful enrichment, the protected interests are the impartiality of the government and the public officials' integrity. If we add to this

⁵ Suarez Montes, Consideraciones politico-criminales sobre el delito de trafico de influencias, in Homenaje a la memoria del Prof. Juan Del Rosal, Madrid, 1993, p. 1087; Semeraro, I delitti di millantato credito e traffico di influenza, cit., p. 198.

realization, the different nature of the good protected by Article 358 (prevaricación), it seems there could not exist a problem of violation of the double jeopardy Clause, considering that such a provision safeguards the efficiency of the government, that is a different interest from those protected by article 428 of the Criminal code in force.

3.2. Tráfico de influencias ejercido por particular (article 429 of the Criminal code)

After having examined the provision contained in Article 428, we can go on in the research analyzing Article 429 of the code.

This provision states: “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”.

The offence regulated is the common shape of influence peddling, as the offender is not a public official (such as it is in Article 428) but a private individual .

As regards for the crime, it must be noticed that it is based on the exert of influence possessed by a private with the official.

This offence, therefore, distinguishes itself from the content of Article 428 of the code, not only for the diversity of the offender, but also for the conduct.

Article 429 has deleted from the provision the need of an exploitation of the office powers.

The behaviour, as it is described in Article 429, can be considered a crime not only if the offender exerts an influence on the public official by his/her own choice, but also when this intermediation is carried out on request of a private who wants to achieve a resolution of the public official. In this provision there aren't features suitable to recognize to those two cases a different solution.

Garcias Planas has not examined the problem of general limits of an intermediation (Lobbying) towards the government. Considering the law in force, anyway, the matter of this profile doesn't seem to get through particular problems.

This crime is an exert of influence carried out by the offender through a personal relationship existing with the public official; this characteristic allows to agree with the lawfulness of those cases in which an influence is based on the intermediary's professional skills and knowledge, i.e. when a private influences the administrative or a Parliament decision, presenting to the public official observations, opinions, remarks or technical considerations.

We come to such a conclusion through the awareness that, in this case, there's only the first of the required requisites of the conduct (the carrying out of an act of

influence) while a “personal” relationship is absent. On the other hand, it must be noticed that a conduct lacking in the second ingredient may give rise to doubts also about harm because the impartiality of government doesn’t receive a damage by an exert of influence based on a mere professional skills and knowledge.

So it will be possible to assume that such a kind of conduct may help the efficiency of the government, considering that it gives clearest elements of evaluation or decision; such a thing, besides, will be even more true if the intermediation has got as object an act imposed to the government but not yet accomplished.

3.3. Ofrecimiento de influencias de particular a particular (Article 430 of the Criminal code)

Article 430 of the Code contains a third specific crime introduced in the Spanish legal system as regards for influence peddling. This provision states : “Los que, ofreciendose a realizar las conductas descritas en los articulos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneracion, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prision de seis meses a un año. En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias al público por tiempo de seis meses a tres años”.

This crime, however, isn’t absolute new in the Spanish law because the code of 1928, inspired by the project of 1912, had introduced in the legal system an offence similar in its structure to false pretences. However such a provision (Article 476 of the codigo of 1928) was interpreted by the jurists of the period as an offence based on the requisite of the misleading conduct, that is on the *mendacio* (existing in the false affirmation of possessing an influence over the public official) and it was meant as a special form of fraud, conceptually different, therefore, from ofrecimiento de influencias. Only in 1980, in occasion of the editing of Proyecto de codigo penal, it was contained a provision similar to the French model of trafic d’influence. Article 473 of the Bill, in fact, stated: “Los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegasen falsamente que el provecho es en todo en parte para el funcionario. Si este delito fuese cometido por funcionario público que se ofrezca a influir sobre otro u otros funcionarios, se le impondrá, además, la pena de suspensión por tiempo de tres a seis meses”. Later on, the content of such a provision was widely taken again in Article 407 of the Propuesta de Anteproyecto de nuevoCodigo Penal of 1983 and it was introduced in the Criminal code with the law amendment of 1991.

Casas Barquero examined *ofrecimiento de influencias* and, first of all, questioned itself on the protected interest, analyzing different opinions about it.

First there is an opinion as for which Article 430 *codigo* of 1995 would be meant to protect the government's and the officials' prestige. Instead a second thesis retains that this provision protects the efficiency of government, which is the general interest of the defence carried out by the title VII of book II of the *Codigo penal*.

About the first thesis, however, we must observe that the new Spanish Constitution subtracted to the government the feature which distinguished itself in the period of the old regime and in which the prestige meant a trait of the public services. The government's prestige, in reality, isn't a constitutional good, considering that it is extraneous to the interests accepted in the constitutional rules which order the principles whom the government must inform to while carrying out its activity. Besides, it does not seem acceptable to deduce it from other constitutional provisions.

According to the second opinion, we must say that the public service (and its efficiency) doesn't seem to be put in danger by an *ofrecimiento de influencias*, considering the fact that when this behaviour is done in order to have an administrative service owed to the citizen, there is no trouble; on the contrary, in this case, an intermediation is potentially suitable to push the government to accomplish its own constitutional duties.

Finally, as regards for the thesis followed by Muñoz Conde, we must notice that the comparative exam with the conduct's elements indicated in Articles 429 e 248 of the code, may bring to conclude that, through *ofrecimiento de influencias*, the legislator meant to punish a "délit obstacle", a crime which doesn't hit an harm towards an interest but tends to prevent from a danger. The data for which this provision focuses on the offer's requisite, in reality, might connote this offence as a "délit obstacle", considering that the conduct described in it is a premiss suitable for the commission of the crime indicated in Article 429 (in the case in which the intermediary wants to influence the public official) and of the crime foreseen by Article 248 (fraud) of the code (in the case in which he doesn't want to make influence on the official).

This thought however seems to give rise to considerations as soon as you think that among the interests protected by the provisions against the government it must be introduced also the so-called gratuity of the administrative services, a good implicitly protected through Article 31 paragraph 3° of the Spanish Constitution which requires that personal and economical services imposed to citizen must be indicated in the law.

Therefore, in the light of the protection which Article 430 of the code seems able to carry out towards this interest, it's acceptable the opinion for which *ofrecimiento de influencias* must be considered a danger crime.

As regards for the conduct's elements, we think it must be noticed how, differently from the provision contained in Articles 428 and 429 (based on the carrying out of an influence on the public official), this behaviour stands in the proposal of exert an influence and in the benefit's request (or at least of its promise).

As for the liability of the purchaser of an influence, we think he/she is not an accessory in the crime of *ofrecimiento de influencias* in the case in which for example the offender offers his influence and receives the undeserved payment (or his/her promise). In this case, in reality, the purchaser can't be charged by Article 28 of the *codigo*; this because it would be contrary to the systematic coherence, if a law, even if it doesn't punish the purchaser (in Article 430), would admit his liability for complicity retaining that he/she facilitated the offence.

In the end, it must be underlined how paragraph 2° of Article 430 of the code states that, in the case of *ofrecimiento de influencias*, it may be imposed to suspend the activity of a corporation, a firm, an association or an agency and to close, from six months to three years, the offices open to public.

The true reason of the insertment of paragraph 2° in Article 430 is the purpose, felt by the legislator, to brake Lobbying on public officials; in the latest years it came to such a marked level that it involved several sectors of the government. These sanctions (the suspension of the activity and the closing of offices open to public) should carry out a function which is not only deterrent but also preventive, eliminating at the moment the conditions which may consent a relapse in crime.

The legislator's appreciable and valuable intent, however, wasn't contained in a formula which has no gaps, if we consider that paragraph 2° of the provision is lacking in the profile of the relationship which must exist between the offender and the corporation. More precisely, it must be revealed that the legislator has omitted to clarify whether the offender must be a director/owner of the corporation or he/she can be only a partner or an employee, or he/she can be a third person linked to it by a contract for the provision of services.

Also, it doesn't seem easily clear the reason for which the activity's suspension and the closing of the offices have been considered only in relation to the crime contained in Article 430 of the Criminal code and are not applicable when, instead, the committed offence is *trafico de influencias* (exert of influence) and the offender has acted in the interest of a corporation.⁶ So also under this profile, the outlined provision seems lacking and needing an amendment suitable for filling the gaps above mentioned.

⁶ Semeraro, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, cit., p. 201.

Tadija Bubalović

POJAM I PRIMJENA GRAVAMENA U KAZNENOM POSTUPKU

(Notion and Application of Gravamen in Criminal Procedure)

Sažetak

Gravamen je nepisana procesnopravna ustanova pod kojom se razumije, nepravilnom ili nezakonitom sudskom odlukom, bitno pogoršan pravni položaj onoga tko podnosi pravni lijek. S tim u svezi osnovna je postavka da pravni lijek protiv takve odluke može podnijeti samo onaj na čijoj se strani utvrdi postojanje gravamena, a on će postojati ako je sudskom odlukom došlo do neposredne povrede, odnosno štetne pogodenosti u pravima ili pravno zaštićenim interesima ovlaštenika prava na pravni lijek. Posebna je dvojba mora li se uvijek tražiti gravamen za pravni lijek državnog odvjetnika. Ako se pravni lijek podnosi u korist okrivljenika, traži se postojanje gravamena kod okrivljenika. Ako se podnosi na njegovu štetu, nije nužno postojanje gravamena jer se državni odvjetnik može žaliti uvijek kada postoji odluka koja ne odgovara pravnoj normi. Podnošenje pravnih lijekova privatnog tužitelja povezano je sa zaštitom samo njegovih interesa.

Ključne riječi: pravni lijek – kazneni postupak – gravamen

Summary

Gravamen is unwritten procedural-legal institute comprising legal position of the person requesting remedy, substantially deteriorated by incorrect or unlawful judicial decision. In this connection the thesis that the remedy against such decision may be submitted solely by the individual in the case of whom the existence of gravamen is established and exists when the direct violation, i.e. damaging effect for the rights or legally protected interests of the holder of the right to remedy is caused by the judicial decision is well-founded. The particular doubt is, however, whether it is mandatory to request the existence of gravamen for the remedy of the state attorney. If the request for remedy is submitted on behalf of the accused the existence of gravamen is requested for the accused. If it is submitted to his detriment the existence of gravamen is not necessary because the state attorney may always submit the appeal whenever the decision not corresponding to the legal existing rules. The submission of request for remedy by the private plaintiff (complainant) is connected exclusively to the protection of his/her interests.

Key words: remedy – criminal procedure – gravamen

* Docent, Pravni fakultet Sveučilišta u Tuzli i sudac Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine/Assistant professor, Faculty of Law, University of Tuzla and Judge of the Supreme Court of Federation of Bosnia and Herzegovina.

1. Uvodne napomene

Ustanova gravamena u kaznenom procesnom pravu usko je povezana s općim pojmom pravnih lijekova, posebice s pojmom prava na žalbu u kaznenom postupku.¹ Ako bi se davao potpuniji pojmovni i sadržajni prikaz toga prava, njegov bi se prikaz morao dati s aspekta opće teorije prava, aspekta ustavnoga prava i aspekta međunarodnoga prava o ljudskim pravima. Smještajući to pravo u kontekst općega prava, može se govoriti ponajprije o opsegu i sadržaju prava na žalbu u kaznenom postupku, zatim ustanovi gravamena kao posebnom uvjetu uporabe žalbe te pravnom interesu ovlaštenika toga prava. Kad je riječ o supstantivnom pojmu prava na žalbu, to pravo je u svojoj biti pravo pobijanja nepravilnih i nezakonitih sudskih odluka. Ono sadrži zahtjev za preispitivanje pravilnosti tih odluka te ispravljanje pravnih i činjeničnih nedostataka, radi donošenja pravilne odluke.² Država priznaje građaninu pravo na žalbu kao subjektivno javno pravo zbog toga što, nasuprot isključivom monopolu države na javno kažnjavanje, na osnovi legitimnih ljudskih prava ta ista država mora priznati optuženiku i pravo na ispravljanje pogrešnih odluka o neosnovanoj osudi ili nepravednoj kazni. Pravo na žalbu država priznaje i zbog činjenice što se pogrešnom sudskom odlukom tom građaninu (okrivljeniku) pričinjava neposredna stvarna šteta (gravamen), ali što se time istodobno i samoj toj državi nanosi moralna šteta. Upravo zbog postojanja neposrednoga pravnog interesa, pogrešno osuđeni optuženik prije svih ima pravo pobijati takvu sudsku odluku, s ciljem ishođenja pravilne i zakonite presude.

Hrvatsko kazneno procesno pravo koncipira i uređuje žalbu kao jedinstven pravni lijek, jer se njome istodobno mogu pobijati i činjenični i pravni nedostaci sudske odluke. Ona je jedini sveobuhvatni redoviti pravni lijek zato što se njome sudske presude mogu pobijati iz svih žalbenih osnova koje zakon predviđa,³ što znači da je njome dopušteno pobijanje pravilnosti činjeničnih zaključaka i primjene prava.⁴ Žalba je potpun pravni lijek protiv sudskih presuda, što znači da pored nje ne postoji nikakav drugi redoviti pravni lijek. Svestrana i učinkovita zaštita ljudskih prava i sloboda ne bi bila moguća bez postojanja učinkovite ustanove pravnih

¹ Tematika gravamena opsežnije je obrađena u autorovoj doktorskoj disertaciji obranjenoj 2004. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Ovaj je rad fragment te disertacije djelomice izmijenjen i dopunjen.

² O pojmu prava na žalbu i njezinoj pravnoj prirodi moguće je govoriti s više različitih aspekata: normativnog, sociološkog, pravnodogmatskog, pravнополитичког, pravnofilozofskog, pravnoetičkog, ali i nekih drugih aspekata.

³ Usp. G. Tomašević, *Kazneno procesno pravo – Temeljni pojmovi i osnove praktične primjene*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 1998., str. 218.

⁴ Usp. B. Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Rijeka, 2001., str. 591.

lijekova, kao pravno normiranoga “sustava kontrole rada i rezultata pravosudne aktivnosti”.⁵ Omogućavanje prava na žalbu protiv sudskih odluka i odluka drugih tijela vlasti u suvremenom je pravu bitna sastavnica temeljnih ljudskih prava čovjeka i građanina.

Određujući pojam prava na žalbu, treba vidjeti u čemu se sastoji opseg, a u čemu sadržaj toga prava. Opseg prava na žalbu u kaznenom postupku određen je brojnim čimbenicima. Taj opseg ovisi prije svega o zakonskoj dopustivosti pobijanja odluka svih ili samo nekih kaznenih sudova.⁶ Opseg prava na žalbu ovisi i o broju odnosno krugu ovlaštenika koji se mogu koristiti tim pravom.⁷ Ni svi subjekti prava na žalbu nisu se mogli koristiti istim opsegom ovoga prava. Najsveobuhvatnije pravo žalbe imali su i imaju državni odvjetnik i okrivljenik. Opseg prava na žalbu za pojedine ovlaštenike može biti ograničen ne samo vrstama i brojem presuda koje mogu pobijati nego i vrstama odlučivanja u okviru iste presude. Nekim ovlaštenicima je ograničeno pravo na žalbu samo na određene žalbene osnove. U prijašnjim zakonodavstvima, a u nekima i danas, kaznene presude mogle su se pobijati samo zbog pravnih, ne i činjeničnih pitanja.⁸ Odluka o kaznenim sankcijama također se nije mogla uvijek pobijati. Opseg prava na žalbu može biti veći ili manji i zbog postojanja većih ili manjih formalnosti prilikom uporabe toga pravnog lijeka.⁹ Njega određuje država, preko svojega zakonodavnog tijela, putem kaznenih zakona.¹⁰

Što je temeljni sadržaj prava na žalbu, u čemu se sastoji njegova supstantivna konstanta? Sadržaj prava na žalbu u kaznenom postupku sastoji se prvenstveno u pravu

⁵ D. Krapac, Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5-6 (Supplement), 1989., str. 839.

⁶ Tako je francuski kazneni postupnik sve donedavno isključivao svako pobijanje presuda što ih donosi porota, odnosno sud asiza, iako su u pitanju bila najteža djela. Takve su se presude mogle pobijati samo izvanrednim pravnim sredstvom – kasacijskom žalbom. U Engleskoj je pravni lijek protiv kaznenih presuda uveden tek 1907. godine.

⁷ U prijašnjim zakonodavstvima pravo žalbe imali su samo određeni građanski staleži. U Hrvatskoj su do 1791. godine kaznene presude mogli pobijati samo plemići. Prema većini prijašnjih kaznenih postupnika, to se pravo priznavalo samo okrivljenicima. Čak ni oni nisu mogli pobijati sve kaznene presude.

⁸ Njemački i austrijski ZKP ograničavaju pobijanje presuda prvostupanijskih sudova višega ranga samo zbog pravnih nedostataka (revizija), a dopuštaju pobijanje presuda sudova “slabijega sastava” i zbog činjeničnih propusta (priziv). Istu odredbu sadržavao je i ZSKP iz 1929.

⁹ Pojedina zakonodavstva propisivala su i druge uvjete za uporabu pravnog lijeka. Prema francuskom pravu, jedan od uvjeta koji stranka, posebice civilna, mora ispuniti prilikom podnošenja kasacijske žalbe jest da preda određeni novčani iznos koji joj propada ako ne uspije sa svojom žalbom, ili je u određenim slučajevima dužna pristati na “nastupanje pritvora” (de se constituer prisonier) prije početka rasprave o žalbi.

¹⁰ Kada je riječ o kaznenopravnom području, takav temeljni zakon je Zakon o kaznenom postupku, ali neke odrednice ustanove prava na žalbu nalaze se i u drugim kaznenopostupovnim propisima.

okrivljenika na osporavanje i pobijanje nepravilne i nezakonite presude kaznenog suda, kojom je ugroženo ili povrijeđeno neko njegovo pravo ili interes, s ciljem njezina preispitivanja radi uklanjanja činjeničnih i pravnih nedostataka, donošenjem nove, pravilne odluke. Pravo na žalbu tijesno je povezano s pojmom ljudskih prava uopće, posebice i zbog toga što i samo pravo na djelotvoran pravni lijek spada u osnovna ljudska prava jer okrivljenik ne smije biti izložen nepravilnim (štetnim) sudskim odlukama? To njegovo pravo (na žalbu) mu dopušta da može tražiti da država stvori sve uvjete kako se prema njemu ne bi izricale nepravedne odluke.

Treba razlikovati sadržaj žalbe od sadržaja prava na žalbu. U prvom slučaju riječ je o propisanom sadržaju žalbe kao žalbenog podneska, čije elemente propisuje Zakon o kaznenom postupku. Materijalni sadržaj toga žalbenog podneska ovisi o vrsti i brojnosti žalbenih osnova koje taj podnesak sadrži, posebice kojim i kakvim stvarnim žalbenim razlozima obrazlaže istaknute žalbene osnove. Kada je riječ o sadržaju prava na žalbu, ne radi o sadržaju nikakvoga žalbenog podneska niti neke posebne postupovne radnje, već o sadržaju jednoga važnog ljudskog prava koje je, osim međunarodno-pravnoga utemeljenja, u većini suvremenih pravnih sustava uređeno i kao ustavno i kao zakonsko pravo građanina.

Koja je, dakle, sadržajna konstanta prava na žalbu? Prije svega, pravo na žalbu obuhvaća pravo na osporavanje nepravilne i nezakonite sudske presude. Pravo na osporavanje je subjektivna javnopravna ovlast neosnovano osuđenog ili nepravedno kažnjelog optuženika da ospori pogrešnu odluku. Ono također znači pravo okrivljenika da ne bude terećen (pogođen) štetnom presudom koja bi pogoršala njegov pravni položaj u kaznenom postupku, ali i poslije njega. Pravo na žalbu, nadalje, obuhvaća i tvrdnju oštećenog okrivljenika da je određena sudska odluka nepravilna i nezakonita. Neslaganje s pogrešnom sudskom odlukom i njezino odbijanje također se nalazi u biti prava na žalbu. Ono u osnovi znači odbijanje ne samo stvarne i postupovnopravne, već i normativne nepravde. To neslaganje u pravilu rezultira prijedlogom za ispravak (ukidanje ili preinačenje) pogrešne sudske odluke, u cilju uklanjanja negativne pravne posljedice nastale njezinim donošenjem. Pravo na žalbu sadrži i zahtjev za donošenje pravedne i zakonite sudske presude koji obuhvaća pravo na traženje nove odluke određenoga sadržaja. Ono predstavlja izraz protivljenja stranke donesenoj pogrešnoj sudskoj odluci. Žalba je i izraz žaljenja onoga koji trpi nepravo, ona je i poziv u pomoć nepravedno osuđenog. Pravo okrivljenika da ne bude terećen nepravilnom sudskom odlukom zapravo znači da on ima pravo tražiti da se i njegov slučaj tretira na isti način kao i u svim prethodnim istim ili sličnim slučajevima i u skladu s dotadašnjim standardima strogoga pridržavanja zakona, što znači da ima pravo očekivati i zahtijevati stvarnu, ali i proceduralnu pravednost. To je i poseban način zauzimanja obrambenog stava optuženika naspram nepravedne

sudske odluke. Uporabom prava na žalbu okrivljenik ostvaruje dodatnu sudsku zaštitu svojih prava i interesa.

Sad kada se zna osnovna bit prava na žalbu u kaznenom postupku, prethodno određivši pojam toga prava, a potom njegov opseg i sadržaj, bit će korisno prikazati pojam i sadržaj gravamena kao bitnoga uvjeta podnošenja žalbe protiv kaznene presude. Iako ta ustanova još uvijek nije pravno normirana u procesnim zakonima, neophodnost njezina postojanja u kaznenom postupku, ali i u drugim sudskim postupcima, već sada proizlazi iz brojnih odredaba Zakona o kaznenom postupku. Zbog ograničenoga opsega ovoga rada, dat će se samo bitne osnove te ustanove.

2. Pojam gravamena

Što je, zapravo, gravamen i kada se uzima da on postoji? Gravamen je nepisana, specijalna procesnopravna ustanova, uvedena i oblikovana u pravnoj teoriji i sudskoj praksi, pod kojom se razumije bitno pogoršan, zbog pogrešne sudske odluke, pravni položaj onoga tko podnosi pravni lijek. Kako pravni lijek protiv takve odluke može podnijeti samo onaj tko je njome terećen (beschwert), gravamen je bitan uvjet uporabe pravnog lijeka protiv pogrešnih sudskih odluka. U pravnoj se literaturi najčešće navodi da na strani podnositelja pravnog lijeka postoji gravamen ako je sudskom odlukom došlo do neposredne povrede, štete, štetne pogođenosti u pravima ili njegovim pravno zaštićenim interesima.¹¹ U svim tim slučajevima riječ je o povredi pravnoga položaja žalitelja.¹² Pojam gravamena, kao preduvjeta pravnih lijekova, u sebi dakle sadrži neposrednu štetnu pogođenost u pravima ili pravno zaštićenim interesima onoga tko podnosi pravni lijek.¹³ Gravamen je jednostavno rečeno šteta za žalitelja, koja je u svojoj biti opterećujuća, ali neovisna o stvarnoj zakonitosti ili nezakonitosti odluke.¹⁴ Pritom ne treba očekivati dokazivanje štetnosti, dovoljno je njezino stvarno postojanje. Također nije nužno da se nezakonitim postupanjem stvori nekakav odnos. Ispituje se samo da li odluka pravno značajno štetno pogađa

¹¹ H. Schorn, *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied/Berlin, 1963., str. 130 ff.

¹² E. Hägi, *Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und im deutschen Zivilprozeß*, Diss., Zürich, 1975., str. 66 f.

¹³ O tome posebice: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung strafprozessualer Rechtsmittel*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992., str. 43 (u nastavku rada: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*); H. Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1968., 96 I, 1; Gollwitzer, LR, § 296, Rn 12.

¹⁴ W. Ohndorf, *Die Beschwer ...*, str. 42, navodi da i pravilna zakonita odluka može biti štetna, može teretiti, a jedna nepravilna pak nezakonita odluka može biti za onoga na koga se odnosi povoljna, ili barem "neutralna".

žalitelja.¹⁵ Kao preduvjet ponovnoga ispitivanja stanja stvari u kaznenoj stvari mora postojati stvaran razlog podnositelja zahtjeva za tim preispitivanjem. Drugim riječima, potrebno je da postoji jedan dopušten i obrazloživ zahtjev za ponovno preispitivanje. Moguće je da postoji sumnja u postojanje gravamena na strani žalitelja. I u tim se slučajevima može odlučivati zbog toga što zakon potrebu gravamena ne uređuje u sustavu pravnih lijekova.

Procesne stranke i drugi ovlaštenici imaju pravo na žalbu samo ako im je određena sudska presuda nanijela stvarnu, neposrednu štetu.¹⁶ Jedino se za državnog odvjetnika uzima da je i samo “pogrešno suđenje”, u korist ili na štetu okrivljenika, dovoljna osnova za podnošenje ovoga pravnog lijeka. Ta se nanesena neposredna šteta u pravnoj literaturi različito naziva: lat. gravamen, njem. die Beschwer,¹⁷ franc. prejudice, tal. pregiudizio i sl.¹⁸ Na hrvatskom jeziku ta bi se neposredna šteta (štetna pogodenost) mogla nazvati: otežica (otegotnost, nepogodnost).¹⁹

¹⁵ Tako: L. Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen durch den Beschuldigten, Diss. München 1962., str. 14.

¹⁶ Usp. G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 7 i sl.

¹⁷ Sama riječ Beschwer izvedena je od glagola beschweren ili imenice die Beschwerde i ima specifično pravno značenje u pojedinim granama prava, posebice u kaznenom procesnom pravu, u kojemu se pojavljuje kao specijalna procesnopravna ustanova. O tome opširnije vidjeti: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., str. 7 i sl.; Buddeus, u: Weiske, Pravni leksikon za pravnike svih njemačkih država, svezak 2, str. 26.

¹⁸ Pojam gravamen ima više oblika i više značenja. Tako, u Rječniku stranih riječi – tuđice i posuđenice B. Klaića, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb, 1985., na stranici 499 navodi se da riječ gravamina ili gravamen može značiti: teretiti, tegobe, ali i žalba, tužba, pritužba. Glossarium mediae et infimae latinitatis, Niort, tomus quartus, 1885., na stranici 106 uz riječ gravamen navodi i riječi: damnun, injuria i gravamentum. U Latinsko-hrvatskom enciklopedijskom rječniku J. Marevića, Matica Hrvatska, Zagreb, 2000., na stranici 1262 prvenstveno se spominje riječ grauamen, a u zagradi i riječ gravamen, sa značenjem: tlačenje, ugnjetavanje, prisila. Na istoj stranici, koji redak niže, navodi i riječ gravamen, sa značenjem: optužba, ali i težina, otežavanje, opterećivanje. Za glagol gravare navodi se značenje: opteretiti, natovariti, pritiskivati, opterećivati, tištati. Za particip toga glagola gravatus, a, um, navodi značenja: otežan, opterećen, pritisnut. Na stranici 1264 za riječ gravis, e navodi, pored ostalog, i značenja: težak, natovaren, opterećen, ali i tegotan, nepovoljan, škodljiv, štetan. Na stranici 734 za riječ detrimentum navodi značenje: šteta, gubitak. Na stranici 1536 za riječ injuria određuje značenje: nepravda, povreda prava, nenesena šteta, povrijeđeno pravo (“nanijeti nepravdu onome tko to nije zaslužio”).

¹⁹ Otežicu kao hrvatsku riječ za gravamen koristio je i M. Grubiša, Krivični postupak – Postupak o pravnim lijekovima, Informator, Zagreb, 1987., str. 98. i sl. (u nastavku rada: M. Grubiša, Krivični postupak – postupak o pravnim lijekovima ...). Imajući u vidu pravno značenje pojma gravamen, prvenstveno u kontekstu negativnog utjecaja sudske presude na pravni položaj optuženika, hrvatska riječ otežica, kao ekvivalent latinskoj riječi gravamen, u svoj biti znači: opterećen, otežan, tegotan, a zatim i nepovoljan pravni položaj optuženika do kojega je došlo zbog opterećujuće i štetne neosnovane osude ili nepravdne kazne, na koji način se nanosi nepravda onomu tko to nije zaslužio, što dovodi do toga da je njegov pravni položaj

Za uporabu žalbe, osim pravnih pretpostavki, mora se ispuniti i jedan poseban uvjet. Da bi namjeravani pravni lijek bio dopušten, nužno je da sudska odluka tako štetno pogađa onoga tko želi podnijeti žalbu da se time bitno pogoršava njegov pravni položaj u kaznenom postupku. Mora se, dakle, raditi o znatnom (bitnom) pogoršanju njegova pravnog položaja, a ne nekom neznatnom, manjem pogoršanju koje ne bi proizvodilo nikakvu štetnu promjenu. Temeljni je, stoga, postulat da onaj tko želi podnijeti pravni lijek, mora biti terećen pobijanom odlukom.²⁰ O tom općem načelu postoji potpuna suglasnost u teoriji kaznenog procesnog prava ali i u drugim granama prava.²¹ Međutim, iako je nužnost postojanja gravamena jednodušno prihvaćena ne samo u kaznenom postupku već i u drugim sudskim postupcima, prije svega u građanskom parničnom postupku, zbog čega se o gravamenu ponajprije i govori kao o civilističkom pojmu, s tom specijalnom ustanovom povezana su mnoga nerazjašnjena pitanja, posebice domet i preciznija izgrađenost gravamena kao preduvjeta za podnošenje pravnih lijekova, zatim iz kojih dijelova pobijane odluke mora proizaći potrebni gravamen: samo iz dispozitiva presude ili i iz njezina obrazloženja te, posebno, vrijedi li zahtjev za obveznim postojanjem gravamena za sve sudionike kaznenog postupka ili samo za neke od njih. Na ta i mnoga druga pitanja pravna teorija i praksa ne daju potpun odgovor, što upućuje na zaključak da problematika gravamena nije samo "akademske naravi".²²

Jedno od neriješenih pitanja u svezi s gravamenom jest i dvojba spada li on u katalog preduvjeta za dopuštenje ili se odnosi na pitanja obrazloživosti pravnog lijeka.²³ Pojedini autori određuju gravamen preduvjetom obrazloživosti pravnog lijeka.²⁴ Drugi ga smatraju preduvjetom dopuštenosti pravnog lijeka.²⁵ I za jedne i za druge, međutim, nema dvojbe da je gravamen jednostavno "šteta za pravni položaj žalitelja" koja je opterećujuća, ali neovisna o "stvarnoj protuzakornosti odluke".²⁶ Pod pojmom gravamen misli se, dakle, na povredu pravnoga položaja osporavatelja, a pitanje postoji li povreda u domeni je preispitivanja obrazloženosti

pogoršan krivom osudom ili pretjeranom kaznom. Otežica je, dakle, za optuženika: nanescena neposredna šteta, povreda prava, povreda njegova pravnog položaja, nanescena nepravda koju nije zaslužio, i sl.

²⁰ O tome posebice: Gollwitzer, LR, § 296, Rn 12.

²¹ C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 22. Aufl., München, 1991., § 51 B II 2.

²² O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ..., str. 2; Eb. Schmidt, Strafprozessrecht ..., Rn 350.

²³ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ..., str. 23.

²⁴ Tako: Eb. Schmidt, StPO II, dodatak I, pred § 296, nap. 7, Rn 14.

²⁵ Tako: W. Ohndorf, Die Beschwer ..., str. 42.

²⁶ Gollwitzer, LR, § 296. Rn 14; K. Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe, 1985., 71 II 7; C. Roxin, Strafverfahrensrecht ..., § 51 B II 2a.

pravnih lijekova.²⁷ G. Kaiser smatra da ta dvojba i nije od neke posebne važnosti jer nitko ne poriče da u domeni obrazloživosti u prvom redu spadaju pitanja je li osuda nepravedno izrečena i je li kazna prestrogo odmjerenjena. On, međutim, kao istinski problem postavlja pitanje jesu li uopće legitimna određena ograničavanja težnje za pravnim lijekovima, pa ako jesu, kako ta ograničenja moraju biti postavljena. Glavna se dvojba, dakle, svodi na pitanje "opravdanosti i sadržaja potrebe dopuštenosti pravnog lijeka".²⁸

U okviru problematike gravamena nužno je razmotriti i još jedno pitanje: Postoji li kakva veza između egzistirajućih objektivnih zakonskih normi i ustanove gravamena? Odgovor na to pitanje je potvrđan. Njihova se međusobna povezanost sastoji u tome što je faktično postojanje gravamena, zapravo, uvjetovano postojanjem tih normi. Npr. mogućnost optuženikova osporavanja odluke o obustavi postupka, s ciljem ishoda oslobađajuće presude, ovisi o objektivnom postojanju odgovarajuće norme koja u konkretnoj (određenoj) situaciji propisuje nastavljanje postupka ili pak nalaže donošenje oslobađajuće presude.²⁹ Ako se podnositelj pravnih lijekova poziva na normu pisanoga prava i ako sudska odluka odstupa od mjerodavne norme objektivnoga prava, onda je pravni lijek dopušten.³⁰ Pritom treba utvrditi ima li podnositelj pravnih lijekova ovlast praćenja ostvarenja te pravne norme, što zapravo dovodi do utvrđivanja postojanja gravamena na strani onoga tko podnosi pravni lijek. Kod privatnih sudionika u postupku mora dakle postojati objektiviziran prigovor, što je u biti sadržajna komponenta gravamena.³¹

O potrebi postojanja gravamena može se govoriti tek onda kada su ispunjeni ostali preduvjeti za podnošenje pravnih lijekova koje, istina, i nije lako odvojiti od pojma gravamen. Prvo, mora biti dopušteno određenim pravnim lijekom pobijati sudsku odluku. Drugo, osporavatelj mora pripadati krugu osoba koje po zakonu imaju pravo pobijanja sudske odluke. Ne postoji, naime, kaznenoprocesni propis po kojem bi svaki onaj koji je na bilo koji način povrijeđen nekom odlukom imao pravo tu odluku pobijati.³² Nepotrebno je stoga ispitivanje postojanja gravamena kao preduvjeta njegove dopuštenosti ako podnositelj pravnoga lijeka prethodno nije

²⁷ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 25.

²⁸ Vidjeti: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 27 - 28.

²⁹ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 105; H. Reuter, Die Anfechtbarkeit freisprechender Urteile durch den Angeklagten, Diss. Hamburg 1970., str. 50.

³⁰ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 104; W. Frisch, SK-StPO, § 296, Rn 128.

³¹ O tome posebice: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 105.

³² B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, Diss. Mannheim, 1972., str. 35.

ispunio ova dva navedena uvjeta: postojanje zakonske dopuštenosti osporavanja odluke te postojanje zakonskoga prava na pravni lijek.³³

Jedno od značajnijih pitanja u svezi s navedenom problematikom jest i pitanje iz čega se izvode osnove i sadržaj gravamena. Odgovori na to pitanje nisu jednoznačni. Tako je npr. u pravnoj literaturi o građanskom parničnom postupku iz samoga pojma pravnog lijeka izvedena potreba postojanja gravamena. Postavka je, naime, da pravni lijekovi pojmovno pretpostavljaju da donesena odluka u samoj sebi nosi razlog za žalbu u smislu nastale štete za stranku koja podnosi pravni lijek.³⁴ Ta postavka nije potpuno prihvatljiva zbog toga što apsolutan pojam pravnog lijeka ne postoji. Riječ je, naprotiv, o čisto pravnom pojmu koji nema općevrijedeći sadržaj. Nemoguće je, dakle, samo iz pojma pravnoga lijeka izvesti zaključak o njegovu ograničenju potrebom postojanja gravamena.³⁵

Da bi uopće došlo do ponovnoga preispitivanja odluke, podnositelj pravnih lijekova mora (u)tvrditi nepravilnost odluke koju pobija, bilo u stvarnom, bilo u pravnom pogledu, ili nepravilno donošenje odluke,³⁶ te tražiti njezino ukidanje ili izmjenu. Ako okrivljenik smatra da je sama odluka pravilna i zakonita, dopuštenje pravnog lijeka ne bi se moglo uskladiti s općim ciljem ustanove pravnih lijekova. Ako bi, međutim, cilj pravnih lijekova, osim kontrole pravilnosti, bio usmjeren i na ispitivanje pravičnosti donesenih odluka, situacija bi bila drukčija. Redovito se, naime, polazi od toga da podnositelj pravnih lijekova ide za tim da svojim pravnim lijekom pobije nepravilnost osporene odluke, ali se može dogoditi da donesenu odluku smatra samo nepravednom i da je kao takvu osporava. Ne može se stoga izvesti zaključak o postojanju gravamena samo iz činjenice da se pravni lijekovi moraju usmjeriti protiv sudskih odluka.

Ponekad se neopravdano izjednačuju gravamen i potreba pravne zaštite.³⁷ Moguće je da u određenom slučaju formalno postoji gravamen, ali ne i stvarna potreba pravne zaštite.³⁸ Iako je načelo potrebe pravne zaštite svojstveno građanskom parničnom postupku, i postupku kaznenoprocesnih pravnih lijekova mogao bi se pripisati karakter pravne zaštite (npr. zaštita optuženikove slobode, imovine ili drugih prava i interesa).³⁹ Naime, objašnjenje potrebe postojanja gravamena bilo bi moguće i pomoću poimanja pravnog interesa, odnosno potrebe pravne zaštite. Međutim,

³³ Usp. C. Roxin, *Strafverfahrensrecht ...*, § 51 B II 1.

³⁴ G. Stich, *Die Beschwer im Verwaltungsprozeß*, Diss. München, 1963., str. 13.

³⁵ Tako posebice: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 35.

³⁶ W. Ohndorf, *Die Beschwer ...*, str. 43 ff.

³⁷ Vidjeti: W. Ohndorf, *Die Beschwer ...*, str. 74 f, 76 ff; G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, bilj. 55 na str. 45.

³⁸ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, bilj. 55 na str. 45; Stich, *Beschwer...*, str. 50.

³⁹ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 47.

nije uvijek jasno koje optuženikove interese pravni poredak priznaje kao opravane, pretežne odnosno pravno značajne.

3. Iz kojih dijelova sudske odluke mora proizaći gravamen

Nakon određivanja pojma i osnovnoga značenja gravamena kao uvjeta pravnih lijekova, potrebno je odgovoriti i na pitanje iz kojih dijelova odluke treba proizaći gravamen. S tim u svezi, u pravnoj se literaturi spominje tzv. načelo tenorskoga gravamena.⁴⁰ Prema tom tumačenju, gravamen bi trebao rezultirati iz konačne osude, i to iz svih njezinih dijelova, ali ne i iz razloga odluke.⁴¹ U načelu se smatra nedopuštenim pravni lijek onoga tko ne pobija izreku odluke, već samo njezino obrazloženje. Optuženik je terećen (beschwert) ako izreka presude sadrži opterećujuću odluku u svezi s krivnjom,⁴² ili u svezi s pravnim posljedicama osude (kazna, druge kaznene sankcije, odluka o troškovima), ili ako za pravni položaj optuženika sadrži druge nepovoljne odluke.⁴³ Prema tim shvaćanjima proizlazilo bi da oslobađajuća presuda ne može teretiti optuženika.⁴⁴ Takvo stajalište, međutim, sudska praksa ne podržava u cijelosti. Nekada je vrlo važno pozvati se na razloge odluke jer se točan sadržaj izreke presude ne može saznati bez navođenja razloga u obrazloženju odluke.⁴⁵ Drugi prigovor odnosio bi se npr. na odluku o obustavi postupka kod koje se, radi utvrđivanja djelovanja izreke, poziva i na same razloge. Razlikovanje između terećenih (beschwerenden) i neterećenih (nicht beschwerenden) konačnih obustava pokazuje da se kod odluka o obustavi razlozi odluke uvijek uzimaju u obzir. Iz kojega je razloga obustava uslijedila, može se saznati isključivo iz razloga odluke.⁴⁶

U literaturi se spominje posebna iznimka od načela tenorskoga gravamena. U njoj se tako navodi da je pravni lijek optuženika dopušten i u onim slučajevima u kojima sam način obrazlaganja može povrijediti njegova osnovna prava, što znači da se do postojanja gravamena može doći ne samo preko izreke presude

⁴⁰ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 113.

⁴¹ O tome posebice: C. Roxin, Strafverfahrensrecht ... , § 51 B II 2 c; E. Schlüchter, Das Strafverfahren ... , Rn 623.1.

⁴² Opširnije vidjeti: Eb. Schmidt, StPO II, pred § 296 Rn 18; H. Henkel, Strafverfahrensrecht ... , § 96 I 1 b; K.H. Gössel, Strafverfahrensrecht ... , str. 304; C. Roxin, Strafverfahrensrecht ... , § 51 B II 2 b; A. Hoffmann, Die Beschwer ... , str. 23, 38; L. Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen ... , str. 31 f.; O. Plottner, Die Beschwer des Angeklagten im Rechtsmittelverfahren, Diss. Freiburg 1973., str. 107 ff; C. Amelunxen, Die Berufung ... , str. 28.

⁴³ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 113.

⁴⁴ O tome: K. Kühl, Unschuldsumutung, Freispruch und Einstellung, Köln/ /Berlin/Bonn/ München, 1983., str. 37 ff.

⁴⁵ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 114.

⁴⁶ Tako: L. Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen ... , str. 28, 93.

već i preko obrazloženja presude. Zbog toga je načelo tenorskoga gravamena već odavna izloženo velikim osporavanjima. Naime, sve se više zastupa mišljenje da bi potrebni gravamen mogao u jednakoj mjeri proizaći i iz izreke presude i iz njezina obrazloženja.⁴⁷ Opće je dakle stajalište da se, u načelu, uzimaju u obzir svi dijelovi odluke i pravni lijekovi uvijek se smatraju dopuštenima ako je presuda u izreci ili u obrazloženju pravno pogrešna.

Djelovanje svih sastavnih dijelova presude, koji na bilo koji način terete optuženika (u osuđujućoj ili oslobađajućoj presudi, ili odluci o obustavi postupka i sl.), tj. pojedine stvarne konstatacije u presudi, ipak nemaju istu važnost niti proizvode isti učinak. Manje je važno djelovanje onih dijelova odluke koji nisu od bitnog značenja za odluku o krivnji i kazni. Takva utvrđenja i ocjene same po sebi ne bi bile podesne za osporavanje pravnim lijekovima. Zato je pravilo da se optuženik može koristiti pravnim lijekom samo protiv objektivno štetnih učinaka presude. Protiv dijelova odluke bez takvih učinaka pravni lijek nije dopušten. Naspram toga, državno odvjetništvo može podnijeti pravni lijek uvijek kada, po njegovu uvjerenju, neki dijelovi odluke, koji su povezani s pravnim djelovanjima, ne odgovaraju objektivnom pravu.

U svezi s navedenim treba podsjetiti da u kaznenom postupku nije dovoljan samo tzv. formalni gravamen za dopustivost podnošenja pravnog lijeka, tj. da sudska odluka odstupa od zahtjeva koji su sudionici postupka postavili pred sudom prvoga stupnja.⁴⁸ Ti zahtjevi, zapravo, i nemaju nikakvu obvezujuću snagu niti ih sudovi moraju uvažiti. To praktično znači da svaki sudionik u postupku može podnijeti pravni lijek i onda kada je donesena odluka u suglasnosti s njegovim zahtjevima ako su pritom ispunjeni drugi uvjeti. Nužno je, dakle, za sve vrste pravnih lijekova, kao njihov preduvjet, posebice privatnih sudionika u kaznenom postupku, postojanje materijalnoga gravamena na strani onoga tko podnosi pravni lijek.⁴⁹ Također je potrebno da podnositelj pravnoga lijeka prema kaznenoprocесnom zakonu ima ovlast ostvarivanja prava u kojem je sudsском odlukom oštećen, i to samo onoliko koliko ima pravo ostvariti zaštitu priznatih mu interesa.⁵⁰ Konačno, pobijana sudska odluka mora odstupati od mjerodavne norme objektivnoga prava, u protivnom pravni lijek ne bi bio dopušten.⁵¹ To odstupanje sudske odluke od pozitivne pravne

⁴⁷ O tome: H. Schorn, *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied/Berlin, 1963., str. 130 ff; O. Plöttner, *Die Beschwer ...*, str. 63; K. Peters, *Strafprozeß*, 4. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe, 1985., § 71 II 7 (str. 613).

⁴⁸ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 107.

⁴⁹ O tome: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 108; Gollwitzer, LR, § 296, Rn 11; R. Neumann, *Beschwer ...*, str. 5.

⁵⁰ Tako: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 143.

⁵¹ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 143.

norme ne može se, međutim, poistovjetiti s potrebom postojanja gravamena na strani onoga tko podnosi pravni lijek.

4. Vrste gravamena

Postoji više vrsta gravamena: (1) formalni i materijalni gravamen, (2) pravni (pravno relevantni) i ostali (irelevantni) gravamen, (3) izravni i neizravni gravamen, (4) potvrđeni i stvarni gravamen, (5) procesnopravni i materijalnopravni gravamen.⁵²

Formalni gravamen postoji ako pobijana odluka “zaostaje za postavljenim zahtjevom“ koji je žalitelj postavio u prethodnoj prvostupanjskoj instanciji. Materijalni gravamen ovisi o tome ide li pobijana odluka materijalno i na koji način na štetu žalitelja, neovisno o postavljenom zahtjevu.⁵³

U okviru pojma materijalnoga gravamena razlikuje se pravni (pravno relevantni) gravamen, koji se smatra važnijim i znatnijim, i irelevantni, ostali gravamen.⁵⁴ Kriterij razlikovanja jest činjenica je li onaj koji se žali “pogođen“ u svojem pravno zaštićenom (interesnom) krugu, ili se ta pogođenost odnosi samo na ekonomske, političke, moralne ili druge sadržaje.⁵⁵

Nije dovoljan samo neizravni gravamen. Šteta za onoga koji podnosi pravni lijek ne smije nastati nekim daljnjim uzrokom.⁵⁶ Ona (neposredna šteta) mora biti prouzročena izravno.

Razlika između potvrđenoga, s jedne, i stvarnoga gravamena, s druge strane, pojavljuje se u okviru neslaganja u tome u kojoj mjeri gravamen dotiče pitanje dopuštenosti i osnovanosti pobijanja.

Pojam gravamena naročito se divergira u još jednom, posebnijem kontekstu. Kod pravnoga lijeka revizije (u njemačkom pravu) razlikuje se procesnopravni i materijalnopravni gravamen. Procesnopravni gravamen vezan je za dvojbe može li se osoba koja pobija uspješno žaliti na određenu pogrešku jer ga ona štetno pogađa. Materijalnopravni gravamen odnosi se na pitanje primjene ili neprimjene normi materijalnoga prava koje su štetne za onoga koji se žali.⁵⁷ Nema dvojbe da čisto formalno određen gravamen za dopuštenje pravnoga lijeka sam po sebi nije

⁵² Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 8 i sl.

⁵³ Tako: G. Stich, Die Beschwer im Verwaltungsprozeß, Diss. München, 1963., str. 19; W. Ohndorf, Die Beschwer ... , str. 83 ff.

⁵⁴ H. Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1968., § 96 I 1.

⁵⁵ Tako: G. Stich, Die Beschwer ... , str. 22.

⁵⁶ Gollwitzer, LR, § 296 Rn 12; E. Hägi, Die Beschwer ... , str. 49.

⁵⁷ O tome: B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer ... , str. 144 ff.

dovoljan.⁵⁸ Za pravni lijek, svejedno kojega sudionika u postupku, nije važno samo to odstupa li odluka suda od zahtjeva podnositelja pravnih lijekova postavljenog pred sudom prvoga stupnja.⁵⁹ U svakom konkretnom slučaju mora postojati i tzv. materijalni gravamen.

5. Kaznenoprocetni i civilistički pojam gravamena

Sadržaj pravnoga pojma gravamena nije isti u svim vrstama sudskih postupaka, kao ni u svim kaznenoprocetnim sustavima.⁶⁰ Razlika između kaznenoprocetnoga i civilističkoga pojma gravamena proizlazi iz različitoga procesnog položaja i nejednakih ovlasti sudionika u tim sudskim postupcima kao i iz različitih ciljeva tih postupaka. Glavni cilj kaznenog postupka jest utvrđivanje krivnje ili nedužnosti i eventualno izricanje kazne krivcu. Ostvarenjem toga cilja kazneni postupak služi i široj društvenoj svrsi.⁶¹ Utvrđivanjem krivnje ili nedužnosti za moguću povredu javnoga poretka, opisanu kao kazneno djelo te utvrđivanjem krivnje njezina počinitelja ostvaruje se “državna djelatnost javnoga kažnjavanja” i kroz autoritet pravomoćno izrečene sudske kazne “otklanja neizvjesnost u odnosima između pripadnika društvene zajednice”.⁶² Upravo priroda ovoga postupka, posebice njegovih svrha i cilj, određuju poseban pravni položaj prije svih ovlaštenoga tužitelja i okrivljenika. Odluke koje se donose u kaznenom postupku ne tiču se, međutim, samo tih stranaka, nego i širih interesa društvene zajednice. Hoće li i u kojoj mjeri sudionici kaznenog postupka biti zadovoljni tim odlukama, odnosno hoće li kaznene presude sadržavati i određena štetna djelovanja, primjerice za optuženika, i time otežati njegov pravni položaj u postupku, ovisi i pitanje opsega i sadržaja gravamena onih na koje se te odluke odnose.

Zadaća građanskoga parničnog postupka prvenstveno je zaštita subjektivnih prava građana koja se ostvaruje zaštitom tih prava u smislu uspostavljanja pravnoga mira među strankama, a time i pravne sigurnosti.⁶³ Poznato je, naime, da subjekti privatnoga prava svoje pravne odnose samostalno uređuju. Međutim, ako im je prisilno uskraćeno ostvarivanje tih prava, mogu ih ostvariti u sudskom građanskom parničnom postupku. Predmet spora i odlučivanja u tom postupku određuju jedino

⁵⁸ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 107.

⁵⁹ O. Plöttner, Die Beschwer..., str. 7; B v.Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer..., str. 13.

⁶⁰ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 8.

⁶¹ O razlikama razliku između procesnog cilja i društvene svrhe kaznenog postupka, opširnije vidjeti: D.J. Galligan, Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures, Clarendon Press, Oxford, 1996., str. 31 i sl., 55 i sl., prema: D. Krapac, Kazneno procesno pravo, prva knjiga: institucije, Informator, Zagreb, 2000., bilj. 5 na str. 3.

⁶² Tako: D. Krapac, Kazneno procesno pravo ... (2000.), str. 3.

⁶³ O ciljevima građanskog postupka, vidjeti: L. Rosenberg, – H. Schwab, Građansko procesno pravo, pov. 1. III; H. Henkel, Procesno pravo i materijalno pravo, str. 60 - 61. i sl.

stranke. Na osnovi dispozicijske maksime sama stranka odlučuje hoće li se i u kojem opsegu koristiti sudom kao državnim ustanovom u rješavanju svojih privatnih sporova. U tom slučaju sudska odluka za nju može biti povoljna ili nepovoljna. Pri osporavanju tih odluka na strani podnositelja pravnog lijeka također mora postojati gravamen, kao poseban preduvjet. I taj civilistički pojam gravamena određuje se i utvrđuje po tome opterećuje li stvarno donesena sudska odluka (izrekom, a ponekad i svojim razlozima) onoga tko podnosi pravni lijek.⁶⁴ Iz sudske će odluke, donesene u građanskom parničnom postupku, proisteći gravamen ako dakle iz nje proistječu štetne posljedice za žalitelja.⁶⁵

Različitosti u pojmu tih dvaju gravamena ogledaju se i u različitoj prirodi štetnih posljedica prouzročenih kaznenom odnosno građanskom parničnom presudom. Štetna pogođenost kaznenom presudom najkonkretnije se prouzročuje neosnovanom osudom, neopravdanom kaznom, nezakonitom odlukom zbog pogrešno vođenoga postupka i sl., pri čemu se štetna posljedica (gravamen) u pravilu sastoji u povredi osnovnih ljudskih prava (prava na slobodu, imovinu, čast i ugled i dr.). Štetna pogođenost građanskom parničnom presudom drukčije je naravi. Neposredna šteta za tužitelja prouzročena pogrešnom sudskom parničnom odlukom najčešće se sastoji u nepriznavanju posve određene materijalne ili nematerijalne štete, u pravilu fiksno iskazane u nominalnom novčanom iznosu, nedosuđivanju povrata (predaje) neke određene pokretne ili nepokretne stvari, nepriznavanju određenih (stvarnih, imovinskopravnih, radnih, nasljednih, statusnih i dr.) prava i sl. Te razlike proizlaze ne samo iz različitoga cilja i svrhe koje trebaju ostvariti kazneni i građanski parnični postupak nego i iz samoga opsega i sadržaja pojedinačnih ovlasti sudionika u ta dva postupka.

Pa ipak, iako se pojam gravamena veže ponajprije uz građanski parnični postupak, može se kazati da je taj civilistički pojam gravamena, po svojoj pravnoj prirodi i učinku do kojega dovodi, jednako tako primjenljiv i u kaznenom postupku, zbog čega se može govoriti i o posebnom kaznenoprocesnom pojmu gravamena kao uvjetu pravnih lijekova koji se podnose protiv kaznenih presuda.

6. Povijesni pogled na ustanovu gravamena

U starijem njemačkom (germanskom) pravu nije bio poznat instancijski sustav, pa otud ni pravni lijekovi. Ni rimsko pravo u prvo vrijeme nije poznavalo pravni lijek u današnjem smislu njegova značenja. Javni kazneni postupak, osim provocatio

⁶⁴ Opširnije vidjeti: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 146; L. Rasenberg – H. Schwab, ... , 137 II 3c; W. Ohndorf, Beschwer ... , str. 84.

⁶⁵ L. Rosenberg – H. Schwab, § 137 II 3a; W. Ohndorf, Beschwer ... , str. 112, 119.

ad populum, nije poznavao pravi pravni lijek.⁶⁶ Tek se u doba carstva apelacija u kaznenom postupku razvila u redoviti pravni lijek protiv objavljenih konačnih presuda, usmjeren na nastavljanje postupka i sadržajno preispitivanje odluke suca.⁶⁷ U rimskom kanonskom postupku apelacija se mogla izjaviti na viši sud ako je postojao određen interes, s tim što se interes optuženika drukčije shvaćao nego u rimsko doba.⁶⁸ Sada se, naime, tražilo postojanje nepravedne osude ili inače štetne odluke.⁶⁹

Zakonik *Constitutio Criminalis Carolina* iz 1532. godine nije omogućavao nikakve pravne lijekove protiv konačnih presuda o kazni tako da je *Beschwer* (gravamen) na području njegove primjene bilo bespredmetno pitanje. Djelomične su apelacijske mogućnosti postojale prema pokrajinskom pravu koje je, istina samo u praksi, široko zahtijevalo gravamen.⁷⁰ U partikularnom zakonodavstvu XIX. stoljeća učvrstilo se shvaćanje da je *Beschwer* svojevrsna nepogodnost, da je opći preduvjet pravnoga lijeka optuženika. Kaznenoprocetni propisi koji su se nakon toga pojavili predviđali su da pravni lijekovi (žalbe, prizivi, prijekori osude, kao i druge vrste pravne pomoći) pripadaju državnom tužitelju i okrivljeniku ako je bio terećen (*beschwert*). Jedan zakonski nacrt iz 1939. izričito je nalagao postojanje *Beschwera* u slučaju oslobađajuće presude ili presude kojom se postupak obustavlja.⁷¹

7. Osnove gravamena na strani ovlaštenika prava na žalbu

Sam pojam pravnog lijeka, a ni same zakonske odredbe o pravnim lijekovima, ne upućuju na ograničavanje osporavanja sudskih odluka potrebom postojanja jednoga općeg gravamena. Pa ipak, iz ciljeva kaznenog postupka, što ih propisuje kaznenoprocetni zakon, proizlazi da se sudionicima kaznenog postupka, prije svega privatnim sudionicima, osporavanje sudskih odluka mora učiniti ovisnim upravo o postojanju gravamena.⁷² Naime, sam zakon pruža odgovor kakve su i kolike ovlasti pojedinih subjekata u postupku glede dopustivosti, ali i opsega i sadržaja pravnih lijekova protiv sudskih odluka. Tako državnom odvjetniku pripadaju široke mogućnosti korištenja pravnih lijekova, ponajprije s ciljem zaštite društvenih interesa, ali po načelu zakonitosti i interesa samog optuženika. Optuženiku, pak, pripada pravo pobijanja svih onih sudskih odluka koje su štetne za njega i njegova prava u kaznenom

⁶⁶ Th. Mommsen, *Romisches Strafrecht*, Leipzig, 1899., str. 167 ff, 255, 473 ff.

⁶⁷ O tome: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 14.

⁶⁸ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 14.

⁶⁹ O tome posebice: W. Ohndorf, *Die Beschwer ...*, str. 23.

⁷⁰ Prema: A. Hoffmann, *Die Beschwer im Rechtsmittelwesen des Strafverfahrens*, Diss. Halle/Wittenberg, 1936., str. 14 f.

⁷¹ Prema: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 17 i sl.

⁷² O tome: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 101.

postupku. I za sve ostale ovlaštenike (privatnoga tužitelja, supsidijarnoga tužitelja, oštećenika i druge) vrijedi pravilo da njihov opseg pobijanja sudskih odluka proizlazi iz ukupnih kompetencija koje im daje kazneno pravo u kaznenom postupku.⁷³

Na strani optuženika gravamen se neizostavno traži pri pobijanju osuđujućih, oslobađajućih i odbijajućih presuda, odluka o obustavi postupka, ali i pri pobijanju drugih odluka koje su štetne za njegov pravni položaj u kaznenom postupku. Određeniji katalog gravamena na strani optuženika moguće je prikazati analizom sadržaja zakonskih osnova po kojima se sudska kaznena presuda može pobijati te analizom sudskih odluka kojima se odlučivalo o optuženikovim žalbama, imajući pritom u vidu već iznesene osnovne pravne postavke o toj, još uvijek nepisanoj pravnoj ustanovi. Tako će optuženiku biti nanesena izravna stvarna i pravna šteta ako mu je, umjesto oslobađajuće presude, izrečena osuđujuća presuda s odlukom o krivnji i kaznenoj sankciji. U tom bi slučaju bila povrijeđena prvenstveno njegova temeljna ljudska prava na čast i ugled, slobodu, imovinu, ali i druga prava ovisno o različitim načinima kršenja čovjekovih prava nepravilnom sudskom odlukom. Osim faktičnoga oduzimanja slobode (zatvor) sa svim njegovim negativnim učincima, ili oduzimanja imovine (novčana kazna), često uz izravno ugrožavanje optuženikove egzistencije, takvom se nepravednom osudom, u onom čisto pravnom aspektu, bitno pogoršava pravni položaj optuženika u društvu jer on tako postaje stigmatizirani kriminalac sa svim negativnim društvenim posljedicama (osobnim, statusnim, profesionalnim i dr.). Posve je jasno da u takvim slučajevima na strani optuženika postoji gravamen, kao i neposredni pravni interes za pobijanje takvih sudskih odluka. Do nepravilnih sudskih odluka može doći zbog povrede kaznenoga zakona, zbog temeljenja presude na pogrešno ili nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju te zbog povrede zakonskih pravila pri izricanju odnosno odabiru vrste i mjere kaznene sankcije. Iz dikcije i sadržaja pojedinih zakonskih žalbenih osnova i njihovom raščlambom lako je zaključiti da se gravamen na strani optuženika može prouzročiti različitim povredama i materijalnoga i formalnoga kaznenog zakona, koje upravo zbog toga i dovode do različitih vrsta štetnih (pravnih) pogodenosti optuženika. Osim ovoga najočitijeg primjera postojanja gravamena na strani optuženika u slučaju njegove neosnovane osude i kažnjavanja, na njegovoj strani može postojati gravamen i u slučajevima donošenja drugih vrsta kaznenih odluka.

I pri donošenju odbijajuće umjesto oslobađajuće presude, ili pri obustavi postupka umjesto oslobađajuće presude, također može postojati gravamen na strani optuženika. Postojat će gravamen na strani i onoga okrivljenika kojemu je neosnovano izrečena mjera pritvora. Smatra se, naime, da je neosnovanim pritvaranjem povrijeđeno

⁷³ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 102.

njegovo temeljno pravo na slobodu, u čemu se i sastoji njegova stvarna i pravna štetna pogodnost (gravamen).⁷⁴

I dok navedeni slučajevi postojanja gravamena u osnovi nisu dvojbeni, nešto je drukčije kada su sudske odluke donesene uz povredu odredaba kaznenog postupka. Osnovno polazište pravne teorije i sudske prakse jest da pravni položaj optuženika može biti pogoršan i onda ako je sudska odluka donesena na nelegalan način, tj. u postupku koji nije vođen po odredbama Zakona o kaznenom postupku. Optuženik će moći pobijati takve sudske odluke samo ako su počinjene povrede bile na njegovu štetu, a ne na štetu drugih sudionika kaznenog postupka. Analizom bitnih povreda odredaba kaznenog postupka moguće je vidjeti o kojim sve nepravilnostima postupka može biti riječ.

U svezi s navedenim treba istaknuti da su kompetencije optuženika u kaznenom postupku znatno ograničenije nego državnoga odvjetnika koji također ima status stranke u postupku. Optuženiku tako ne pripada pravo zaštite društvenih interesa, postizanja stabilizacije normi ili djelovanja na jedinstvenoj primjeni zakona. On nema nikakvih ovlasti u pogledu pokretanja kaznenog postupka. On ne može iznuditi, čak ni inicirati, da državni odvjetnik podigne javnu optužbu – to pravo, za razliku od optuženika, oštećenik ima. Njegova se nadležnost u postupku proteže samo na očuvanje vlastitih prava i interesa, ali ne u većoj mjeri nego što to objektivno predviđa kazneno zakonodavstvo.⁷⁵ Jedino u kontekstu te nadležnosti on može, uz ostalo, podnositi i pravne lijekove protiv sudskih odluka koje su za njega štetne. Upravo se u tom smislu i govori o potrebi postojanja gravamena kao preduvjeta pravnih lijekova optuženika.⁷⁶ Šteta za optuženika, u procesnopravnom smislu, sastoji se u ugrožavanju ili povredi njegova pravnog položaja u postupku, odnosno u drugim procesnim nepogodnostima koje se cijene na temelju objektivnih, a ne subjektivnih kriterija. Važno je pritom istaknuti da naspram optuženikovih prava na zaštitu njegovih individualnih interesa, stoji dužnost suda da ga ne smije neosnovano osuditi niti mu izreći nepravednu kaznu.⁷⁷

Za pravni lijek optuženika, kao njegov preduvjet, traži se dakle postojanje gravamena na njegovoj strani.⁷⁸ Da bi optuženik mogao podnijeti određeni pravni lijek, mora se prethodno ocijeniti je li optuženikovo osporavanje usmjereno protiv

⁷⁴ Vidjeti odluku Ustavnog suda RH U-III-1162/1997 od 2. XII. 1998. objavljenu u: D. Krapac, *Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskoga postupovnog prava*, 3. izdanje, Denona, Zagreb, 2000., str. 111.

⁷⁵ Tako: W. Frisch, *SKStPO*, pred § 296, Rn 126.

⁷⁶ O tome: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 94.

⁷⁷ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 95.

⁷⁸ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 94. To je poseban oblik ograničenja općega prava optuženika na pravni lijek.

ugrožavanja njegova pravnog položaja, odnosno protiv određene nepogodnosti, ili on ima drugi cilj. To pravilo upućuje na zaključak da optuženik može podnijeti pravni lijek samo u svoju korist, a ne i na svoju štetu. Po istom kriteriju procjenjuje se i pravni lijek državnog odvjetnika kada ga podnosi u korist optuženika, koji je moguć samo onda kada je optuženik terećen u svom pravnom položaju. Na isti način određene su kompetencije i onih osoba koje u kaznenom postupku djeluju u korist optuženika (branitelja, zakonskoga zastupnika i drugih).⁷⁹

Pravo optuženika na pravni lijek obuhvaća i pravo na pravilnu i zakonitu odluku, tj. "odluku bez pogrešaka", što podrazumijeva i odgovarajući odnos tijela sudbene vlasti prema njemu. S tim u svezi u kaznenom postupku vrijedi pravilo da se optuženik ne smije pretvoriti u "običan predmet postupka" niti se smije dovesti u pitanje njegova "subjektivna kvaliteta i njegova egzistencijalna autonomija i integritet".

Gravamen se na strani optuženika različito utvrđuje kod pravnih lijekova koje namjerava podnijeti protiv odluka o krivnji, kaznenim sankcijama, obustavi postupka, u slučajevima donošenja oslobađajuće presude⁸⁰ te nekih drugih. Nema nikakve dvojbe da odluka o krivnji iznad svega i prije svega tereti (beschwert) optuženika.⁸¹ Zato je njegov pravni lijek kojim ide na odbijanje odluke o krivnji uvijek dopušten.⁸² Optuženik može smatrati da on uopće nije kriv i da je u konkretnom slučaju morao biti oslobođen. On također može nastojati postići izmjenu odluke o krivnji, npr. da nije počinio jedno djelo, nego neko drugo, kvalitetno drukčije, za njega blaže djelo.⁸³ Razlog za pravni lijek postojat će i onda ako optuženik smatra da je neosnovano osuđen zbog kvalificiranog, a ne osnovnog oblika djela, ako je osuđen zbog počinjenog, a ne pokušanoga djela, ako je osuđen zbog namjernoga, a ne nehajnog djela, ako je osuđen zbog (su)izvršiteljstva, a ne sudioništva i sl. Naime, presuda o krivnji proizvodi takva pravna djelovanja koja krajnje nepovoljno pogoršavaju pravni položaj optuženika u kaznenom postupku. To se pogoršanje jedino može spriječiti podnošenjem pravnih lijekova koji su u tim slučajevima uvijek dopušteni. Stoga u sudskoj praksi i pravnoj literaturi nema podijeljenosti o tome da optuženik ima pravo na one pravne lijekove pomoću kojih može pobijati presudu o krivnji sadržanu u prvostupanjskoj presudi.

Osim s ciljem ukidanja presude o krivnji, optuženiku je dopušten pravni lijek protiv takve odluke i zbog težnje za njezinom izmjenom u kvalitativnom smislu.⁸⁴

⁷⁹ U pravnoj teoriji postoje shvaćanja da se ovlasti branitelja protežu i izvan interesa koji su vezani isključivo uz optuženika. To bi, po nekima, moglo biti "pravo na obranu vlastitoga terećenja i pravo osiguranja vlastitih povlastica." Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 96.

⁸⁰ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 2 - 3.

⁸¹ Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 158.

⁸² G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 158.

⁸³ O. Plöttner, Beschwer ... , str. 97.

⁸⁴ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 160.

On tako može svojim pravnim lijekom odbiti za njegov pravni položaj opterećujući “moralno-etički prigovor” sadržan u odluci o krivnji. Dopušten je pravni lijek uvijek kada žalitelj teži bilo kakvom poboljšanju odluke u kvalitativnom smislu, posebice kod djela koja su međusobno u stupnjevitom ili drugom tijesnom odnosu. Pri postojanju pogrešnog identiteta optuženika, odnosno povrede subjektivnog identiteta optužbe na glavnoj raspravi, također nije upitna dopuštenost pravnoga lijeka protiv takve odluke jer je i ona za njega opterećujuća.⁸⁵

Pojedini sastavni dijelovi obrazloženja odluke o krivnji, iako optuženika terete, kao i sve stvarne konstatacije te pravna zaključivanja, načelno se ne mogu samostalno pobijati,⁸⁶ čak ni onda kada takvo obrazloženje presude povrjeđuje osnovna optuženikova prava. To zbog toga što pogreške u obrazloženju presude ne dovode u pitanje postizanje općih ciljeva kaznenog postupka.

U pravnoj teoriji i sudskoj praksi također nema dvojbe o tome da su presude kojima se optuženiku izriču kaznene sankcije za njega uvijek opterećujuće (beschwerend).⁸⁷ U tim odlukama gravamen se iskazuje kroz izrečenu kaznu zatvora, novčanu kaznu, uvjetnu osudu, mjeru sigurnosti, odgojnu mjeru,⁸⁸ ali i kroz kazneni nalog ili bilo koju drugu kaznenu mjeru povezanu s osudom.⁸⁹ U svezi s navedenim postavlja se pitanje može li optuženik izjaviti pravni lijek ako mu nije izrečena za njega povoljnija mjera iste kazne odnosno kaznene sankcije. U pravnoj se teoriji, posebice u sudskoj praksi, smatra da i tada postoji gravamen.⁹⁰

Osnovno je, dakle, pravilo da je pravni lijek uvijek dopušten ako optuženik njime želi potpuno ili djelomično ukloniti kaznenu sankciju sadržanu u izreci presude, koja objektivno opterećuje njegov pravni položaj.⁹¹ Pravni će lijek također uvijek biti dopušten ako teži za priznavanjem određenih povlastica u svezi s odlukom o kazni. S druge strane, optuženik ne može podnijeti pravni lijek, zbog nedostatka gravamena, s namjerom postizanja za njega teže, nepovoljnije kaznene sankcije, što bi, uostalom, bilo protivno njegovim kompetencijama u kaznenom postupku.⁹² Optuženiku, dakle, ne pripada ovlast temeljem koje bi mogao pobijati one odluke koje su za njega

⁸⁵ Gollwitzer, LR, § 230 Rn 11; K. Peters, Strafprozesordnung ... , § 55 I; K.H. Gössel, Strafverfahrensrecht ... , str. 288; R. Neumann, Die Beschwer ... , str. 12.

⁸⁶ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 163.

⁸⁷ Otome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 153; Gollwitzer, LR, § 296, Rn 21; W. Frisch, SK-StPO, § 296, Rn 141; Eb. Schmidt, StPO II, § 296 Rn 17; K.H. Gössel, Strafverfahrensrecht..., str. 304; B. v. Löbbecke, Beschwer... , str. 92; O. Plöttner, Beschwer..., str. 82.

⁸⁸ Eb. Schmidt, StPO II, pred § 296 Rn 17; C. Amelunxen, Berufung ... , str. 27.

⁸⁹ Usp. G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 153.

⁹⁰ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 154; W. Frisch, SK-StPO, § 296, Rn 146; Hanack, LR, 333 Rn 24.

⁹¹ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 154.

⁹² G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 157; Gollwitzer, § 296, Rn 21; W. Frisch, SK-StPO § 296 Rn 142; O. Plöttner, Beschwer ... , str. 87.

objektivno povoljne.⁹³ Postoje, međutim, shvaćanja po kojima bi optuženik mogao ići za "pooštavanjem neke negativne pravne posljedice" ako bi se za njega u konačnici u cjelini radilo o ukupnom poboljšanju njegova pravnog položaja.⁹⁴

U kontekstu rasprave o potrebi postojanja gravamena na strani žalitelja posebno su zanimljive oslobađajuće presude. Naime, najmanje je dvojbi pri pobijanju oslobađajućih presuda zbog očita postojanja okolnosti koje isključuju krivnju, kao i zbog toga što djelo po zakonu nije kazneno djelo. Stanovite se dvojbe pojavljuju kod oslobađajućih presuda zbog nedostatka dokaza. Optuženik može imati interes za utvrđivanje svih stvarnih i pravnih činjenica glede postojanja kaznenog djela u oslobađajućoj presudi. S tim u svezi, on može imati opravdan interes za postizanje oslobađajuće presude iz nekoga drugog, za njega povoljnijeg razloga, a ne onoga navedenog u donesenoj presudi.⁹⁵

Optuženik može pravnim lijekom pobijati i one dijelove odluke koji nalažu određene, za njega nepovoljne mjere. U pitanju je nedvojbeno optuženikova ovlast na uklanjanje štetnih djelovanja u sudskoj odluci koja opterećuju njegov pravni položaj.⁹⁶ Osim toga, kod svih vrsta oslobađajućih presuda on može zahtijevati uklanjanje ili izmjenu onih dijelova razloga presude u kojima su sadržana stvarna ili pravna štetna djelovanja.⁹⁷

U pravnoj je teoriji dopušteno pobijati oslobađajuću presudu koja sadrži i opterećujuće ocjene o krivnji, jer bi i takva tvrđenja, makar i u oslobađajućoj odluci, povređivala, uz ostalo, i osnovna prava optuženika, zbog čega bi takvo pobijanje bilo dopušteno.⁹⁸ Ako bi se, međutim, radilo samo o povredi osnovnih prava, ne bi se moglo dopustiti pobijanje oslobađajućih presuda pomoću kaznenoprocesnih pravnih lijekova zbog toga što bi se pritom miješala pitanja kaznenoprocesnoga gravamena, s jedne strane, i ustavnoprocesnoga gravamena, s druge strane.⁹⁹ Uklanjanje takvih manjkavosti putem kaznenoprocesnih pravnih lijekova ne bi bilo dopustivo.¹⁰⁰

I pri osporavanju odluka o obustavi postupka nužno je postojanje gravamena na strani onoga tko podnosi pravni lijek. U pravnoj se teoriji razlikuje osporavanje konačnih i privremenih obustava postupka.¹⁰¹ U svezi s potrebom postojanja gravamena na strani žalitelja i kod privremeno i kod konačno obustavljajućih odluka,

⁹³ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 157-158.

⁹⁴ O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 155.

⁹⁵ O tome posebice: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 185.

⁹⁶ Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 180.

⁹⁷ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 181.

⁹⁸ Eb. Schmidt, StPO II., I. § 296, 11 (Rn 20); O. Plöttner, Die Beschwer ... , str. 160 ff.

⁹⁹ Optuženik bi u ovim slučajevima mogao podići ustavnu žalbu. O tome posebice: W. Frisch, SK-StPO, pred § 296 Rn 138, 164, 166.

¹⁰⁰ Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 184.

¹⁰¹ Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 212.

potrebno je utvrditi ide li optuženik za tim da pravnim lijekom postigne ostvarenje prava koje mu po zakonu pripada. Moguće je, naime, da on osporava privremenu obustavu s ciljem ishoda konačne obustave ili s ciljem drukčije obrazložene obustave. U slučajevima bilo koje obustave postupka, optuženiku se uvijek mora odobriti pobijanje tih odluka s ciljem ishoda oslobađajuće presude. Optuženik bi svojom žalbom također mogao pobijati i druge procesne odluke kojima se faktično kazneni postupak obustavlja, u koje prije svega spadaju odbijajuće presude zbog nastupanja zastare, amnestije, pomilovanja ili je riječ o *res iudicati*.

Opravdana je i dopuštena okrivljenikova žalba protiv rješenja o pritvoru ako ide za tim da ishodi njegovo ukidanje s ciljem uklanjanja onoga djelovanja (lišavanje slobode) koje ga tereti u njegovu pravnom položaju.¹⁰²

Glede općih uvjeta što ih mora ispuniti optuženik prilikom pobijanja sudskih odluka postavlja se i pitanje mora li postojati gravamen na njegovoj strani pri podnošenju žalbe kojom pobija sudsku presudu zbog počinjenih pogrešaka u postupku. U pravnoj se literaturi o toj problematici raspravlja pod natuknicom: "gravamen (Beschwer) zbog pogrešaka u postupku".¹⁰³ Osnovna je, dakle, dvojba može li podnositelj pravnog lijeka pobijati (u)tvrđenu manjkavost u postupku. Načelno se uzima da gravamen zbog pogrešaka u postupku ima samo relativno značenje za dopustivost pravnih lijekova u tim slučajevima.¹⁰⁴ Sudska praksa i veći dio pravnih pisaca pritom zahtijevaju da bi zbog pogreške u postupku koju pobija podnositelj pravnog lijeka njome morao biti stvarno terećen (*beschwert*). Taj se zahtjev, zapravo, svodi na to da svaki sudionik u postupku može pobijati samo one povrede postupka koje pogađaju njega samoga (čak i samo posredno), a ne drugoga sudionika u postupku, posebice ne drugoga suoptuženika. To, nadalje, znači da povreda propisa koju optuženik smatra povređujućom mora u znatnoj mjeri pogađati njegov krug prava.¹⁰⁵

Ta, u literaturi nazvana teorija kruga prava, u svezi s ograničavanjem mogućnosti pobijanja značajno je kritizirana. Postoje, naime, pretežnija shvaćanja da ovo pravilo treba biti iznimka od osnovnoga pravila da sudionici postupka mogu pobijati svaku povredu zakona.¹⁰⁶ Također se smatra da teorija kruga prava pogrešno shvaća cilj i zadatak kaznenog postupka.¹⁰⁷ Stoga ne bi bilo opravdano pravila postupka izuzimati

¹⁰² O tome: K. Peters, *Strafprozeß ...*, § 47 A VI 2; C. Roxin, *Strafverfahrensrecht ...*, § 30 G I 1.

¹⁰³ Prema: K.H. Gössel, *Strafverfahrensrecht ...*, str. 182, 320 f.; B. v. Löbbecke, *Begriff und Wesen der Beschwer ...*, str. 144 ff. Usp. i: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 164.

¹⁰⁴ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 165.

¹⁰⁵ G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung ...*, str. 165.

¹⁰⁶ O tome izrijekom: E. Schlüchter, *Strafverfahren ...*, Rn 723.2.

¹⁰⁷ Eb. Schmidt, *Die Verletzung der Belehrungspflicht ...*, str. 597.

iz revizibiliteta jer one utvrđuju granice do kojih se, u interesu pronalaženja istine, u prava trećih osoba smije zadirati.¹⁰⁸

Neki pravni pisci uporabu tih pravnih lijekova čine ovisnom o težini povrede postupka. Kao osnovni kriteriji za to vrednovanje navode se težina kaznenog djela, kvaliteta i vrsta pravnoga dobra pogođenog povredom te potreba zaštite oštećenika.¹⁰⁹

Državni odvjetnik u kaznenom postupku strogo je vezan načelom zakonitosti i zbog toga mora djelovati kako na štetu, tako i u korist optuženika. Upravo zato što nije samo stranka u kaznenom postupku u svojim je odlukama vezan za strogu objektivnost. Njegova bi zadaća bila zaštita državnih interesa, postizanje "stabilizacije normi", otklanjanje "ometanja pravnoga mira", ali i zastupanje interesa optuženika.¹¹⁰ Osim toga, on će izjaviti pravni lijek i ako je dovedeno u pitanje postizanje svrhe postupka ili je potrebno ponovno uspostavljanje "snage važenja propisanih normi ponašanja". Iz navedenog proizlazi da ne postoji jedna i jedinstvena potreba postojanja gravamena na strani državnog odvjetnika.¹¹¹

Državni odvjetnik može, bilo u korist ili na štetu optuženika, putem pravnih lijekova, osporiti svaku po svome mišljenju s "objektivnim pravom" neusklađenu odluku ako se, zbog postojanja materijalnih i formalnih manjkavosti, dovodi u pitanje postizanje svrhe postupka. Njegov je, dakle, pravni lijek dopušten uvijek kada njime ide za uklanjanjem nepravilnih i nezakonitih odluka.

Posebna je, dvojba mora li se uvijek tražiti gravamen i za pravni lijek državnog odvjetnika. Prije odgovora na tu dvojbu treba razlikovati podnosi li se pravni lijek u korist ili na štetu okrivljenika. U prvom se slučaju traži postojanje gravamena kod okrivljenika,¹¹² dok se u drugom slučaju, pak, državni odvjetnik može žaliti uvijek kada postoji odluka koja ne odgovara pravnoj normi.¹¹³ Uzima se da tada gravamen nije potreban.¹¹⁴

Pravo državnog odvjetnika na žalbu u korist optuženika nije ustanovljeno u cilju zaštite privatnog interesa niti ono spada u privatna prava državnog odvjetnika.¹¹⁵

¹⁰⁸ Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 167.

¹⁰⁹ Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 169.

¹¹⁰ U tom smislu on pokreće istražni postupak, podiže optužnicu, zastupa optužbu pred sudom, podnosi pravne lijekove i sl. Državni će odvjetnik izjaviti pravni lijek radi ostvarenja državnih interesa, ali to može biti podnošenjem pravnog lijeka kako na štetu, tako i u korist optuženika, jer je on nadležan i za zaštitu priznatih optuženikovih interesa. O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 92.

¹¹¹ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 93 i sl.

¹¹² Gollwitzer, LR, § 296 Rn 7, 13; L. Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen ..., str. 38; B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer ... , str. 40.

¹¹³ C. Roxin, Strafverfahrensrecht ... , § 51 B II 2 b.

¹¹⁴ O tome posebice: C. Amelunxen, Die Berufung ... , str. 15.

¹¹⁵ B. Petrić, Komentar Zakona o krivičnom postupku, Savremena administracija, drugo, izm. i dop. izd., II. knjiga, Beograd, 1986., str. 180.

Takvo pravo je njegova zakonska obveza i ustanovljeno je u javnom interesu. Zbog toga optuženik ne može odustati od žalbe koju izjavi državni odvjetnik u njegovu korist. U tim se slučajevima uopće ne postavlja pitanje postojanja gravamena.¹¹⁶ Ako državni odvjetnik podnosi pravni lijek isključivo u korist optuženika, prema načelnim stajalištima, takav pravni lijek treba biti dopušten ako je optuženik i sam terećen (beschwert).

Ako je optuženik proglašen krivim za neko kazneno djelo, državni odvjetnik može pravnim lijekom pobijati presudu o krivnji koja je prema njegovu mišljenju neodgovarajuća i zahtijevati njezino ukidanje ili izmjenu, neovisno o tome je li ta izmjena kvantitativna ili kvalitativna i je li u korist ili na štetu optuženika. Ako presuda sadrži odluku o kaznenoj sankciji, državni odvjetnik može protiv svake od tih odluka podnijeti pravni lijek ako smatra da one nisu sukladne zakonu. Ta mogućnost postoji neovisno o tome je li ta odluka sastavni dio izreke presude ili njezina obrazloženja i neovisno o tome na kojega se sudionika ova odluka, pozitivno ili negativno, odnosi. Nedopušten je, međutim, pravni lijek državnog odvjetnika kojim izdvojeno pobija pojedine dijelove obrazloženja presude koji sadrže nebitna stvarna utvrđenja i pravne ocjene zato što ona ne mogu proizvesti relevantna (štetna) pravna djelovanja.

Državni odvjetnik može pobijati svaku oslobađajuću presudu s ciljem ishoda konačne osude. Pravni lijek s ciljem zadržavanja oslobađajuće presude, uz izmjenu njezina obrazloženja, dopušten je samo ako razlog oslobađajuće presude nije odgovarajući jer je npr. oslobađanje trebalo biti utemeljeno na pravilnijoj zakonskoj osnovi.

U svezi s povredama postupka ("pogreške u postupku") vrijedi načelo da državni odvjetnik može pobijati svako postupanje suda koje je u opreci sa zakonom ako je ono protivno ciljevima kaznenog postupka.

Odgovor na pitanje jesu li pravni lijekovi državnog odvjetnika dopušteni samo protiv izreke presude ili se njima mogu zahtijevati i izmjene u obrazloženju presude, ovisi o tome iz kojega dijela odluke proizlaze "štetna pravna djelovanja". Ako takva nedopuštena pravna djelovanja postoje, neovisno u kojem se dijelu presude nalazila, pravni bi lijek državnog odvjetnika bio dopušten.¹¹⁷

Privatnom tužitelju ne pripada, kao državnom odvjetniku, "službeni položaj predstavnika pravosuđa". Njegove su ovlasti u kaznenom postupku bitno ograničene. On može težiti za zaštitom samo vlastitih (privatnih) interesa, s pravom gonjenja i kažnjavanja optuženika u kaznenom postupku. On također može težiti određenim "pravnim rasterećenjima" ili "dobivanju povlastica" koje su u njegovu interesu, ili

¹¹⁶ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 225.

¹¹⁷ Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 226.

“obrani” od terećenja njegova vlastitog pravnog položaja.¹¹⁸ Podnošenje pravnih lijekova privatnog tužitelja povezano je sa zaštitom samo njegovih interesa.

Nadležnost supsidijarnoga tužitelja također je ograničena na zaštitu samo onih prava i interesa koja su mu zakonom priznata. On prije svega može zahtijevati odluku o krivnji i kazni za optuženika. On također može ići na opsežna “pravna rasterećenja” ili na “obranu” od terećenja svojega pravnog položaja, kao i na postizanje vlastitih povlastica.¹¹⁹ I njegovi pravni lijekovi vezani su samo na štetne sudske odluke za njega, što znači da se i za pravni lijek supsidijarnoga tužitelja traži postojanje gravamena na njegovoj strani, kao opći uvjet uporabe pravnoga lijeka.¹²⁰

Ne smiju se poistovjetiti pojmovi pravni interes i gravamen niti se ta dva pojma smiju izjednačiti sa žalbenim razlozima. Naime, gravamen predstavlja neposrednu štetnu pogođenost onoga tko podnosi pravni lijek, do koje dolazi donošenjem nepravilne sudske presude, te mu na taj način bitno pogoršava pravni položaj u kaznenom postupku. Gravamen je nepisana, posebna kaznenoprocena ustanova koja se pojavljuje kao uvjet podnošenja žalbe u kaznenom postupku. S druge strane, neposredan pravni interes, kao zasebna ustanova, proizlazi iz više zakonskih odredbi na osnovi kojih ovlaštenici stječu pravo podnošenja pravnog lijeka. Taj je pravni interes različit kod svakoga subjekta prava na žalbu i ona se može izjaviti samo u okviru tog interesa.

Osim u području kaznenog prava,¹²¹ gravamen ima velik opseg primjene i u građanskom parničnom postupku,¹²² upravnom postupku,¹²³ ustavnosudskom postupku,¹²⁴ u postupku zaštite ljudskih prava pred Europskim sudom za ljudska prava¹²⁵ te nekim drugim postupcima.

¹¹⁸ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 143.

¹¹⁹ Loc. cit.

¹²⁰ Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 101.

¹²¹ G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 5.

¹²² O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung ... , str. 7.

¹²³ Opširnije vidjeti: L. Rosenberg, – H. Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., München, 1986., § 137 II 3; W. Ohndorf, Die Beschwer ... , str. 18 ff. Jedino se u § 546 ZPO spominje pojam Beschwer tako što se revizija u imovinskopравnim sporovima proglašava obavezujućom u pogledu dopuštenosti ako Beschwer – koji proizlazi iz prizivne presude – ne prelazi vrijednost od 60.000 DM.

¹²⁴ Riječ je o praksi njemačkoga Saveznog ustavnog suda.

¹²⁵ Usp. članak 25. Europske konvencije o ljudskim pravima.

Rexhep Murati*

MAIN CHARACTERISTICS OF THE JUDICIAL CRIMINAL SYSTEM IN KOSOVO

(Glavne značajke sustava kaznenog pravosuđa u Kosovu)

Sažetak

Hibridni pravosudni sustav Kosova ima negativne učinke uslijed funkcionalne i institucionalne neovisnosti međunarodni sudaca i tužitelja. Institucionalna neovisnost je prije svega povrijeđena načinom na koji se imenuju i razrješavaju suci od strane SRSG, disciplinjskim mjerama itd. S druge strane funkcionalna neovisnost sudstva na Kosovu je povrijeđena miješanjem izvršne i zakonodavne vlasti. Vrhovni sud Kosova je izrazio načelno stajalište protiv zadiranja u neovisnost sudstva. Zadiranju u neovisnost sudstva suprotstavili su se OSCE te akademski i profesionalni krugovi. Uz to, djelovanje međunarodnih sudaca i tužitelja obilježeno je nepoznavanjem nacionalnog jezika, prava, pravosudnog sustava, kulture i povijesti zemlje itd.

Ključne riječi: Međunarodna civilna uprava u Kosovu (UNMIK) – sustav kaznenog pravosuđa – hibridno pravosuđe – neovisnost sudstva

Summary

The hybrid judicial system in Kosovo had negative impact upon the functional and institutional independence of the international judges and prosecutors. The institutional independence is first of all infringed by the way how judges are appointed and discharged by the SRSG, the methods in which disciplinary measures are pronounced etc. On the other hand, the functional independence of the judiciary in Kosovo is infringed with the interference of the executive and legislative powers. The Supreme Court of Kosovo has expressed its principal opinion against the infringement of the judicial independence. The infringement of the principle of the independence of judiciary has been apposed by OSCE and the Kosovar academic and professional circles. Moreover the work of international judges and prosecutors has been characterized with a number of other shortages such as lack of knowledge of the national language, the national laws, the judicial system, the culture and the history of the country etc.

Key words: International Civil Administration in Kosovo (UNMIK) – Criminal Justice System – Hybrid Judiciary – Independence of Judiciary

* Profesor asistent, Fakulteti Juridik i Universitetit të Prishtinës/Docent, Pravni fakultet Sveučilišta u Prištini/Assistant professor Faculty of Law, University of Prishtine.

1. Introduction

Historical development of Kosovo, as well as its judicial system is characterized by the fact that Kosovo was for centuries occupied, thus in its territory ruled various foreign jurisdictions, respectively it was implemented the foreign law. Thus, by the late period of domination of Ottoman Empire in these regions, Kosovo was a special administrative unit called the Villayet of Kosovo.¹ This period is characterized by the constant contradictions between the foreign law and Albanian customary law developed at that time.

After the decline of the Ottoman Empire in Balkan in 1912 and after the Albanian state was established only in some parts of ethnic Albanian territories, Kosovo and other Albanian territories remained under the Serbian, Montenegrin and Greek occupation. After the World War II, the status of Kosovo 'in the Federal People's Republic of Yugoslavia / FPRY'² as well as in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) up to the adoption of the constitutional amendments of 1968, 1971 and adoption of the Constitution of SFRY in 1974 did not changed essentially.

The Constitution of 1974 gave the federal units a greater power in many fields. In this context by the constitution of 1974 Kosovo was given a greater autonomy than before. In fact, although left in the framework of SR of Serbia, Kosovo was admitted the right to be a constituent unit of Yugoslav Federation. This implied that pursuant to the SFRY Constitution of 1974, Kosovo had gained more rights in self-government, respectively far more authorizations to exercise the legislative power, executive and judicial authorities than before. In the frame work of its authorizations, specified by the constitutions of 1974, in Kosovo was adopted the Constitution of the Socialist Autonomous Province of Kosovo in 1974 and later in 1977 it was also promulgated the Kosovo Criminal Law in 1977 and a large number of systemic laws and other legislative acts, such as the Kosovo Law of the Regular Courts;³ Kosovo Law on the Public Prosecutor's Office;⁴ Kosovo Law on Legal Profession and other Legal Aid;⁵ Rules on Internal Activity of the Courts;⁶ promulgated pursuant to article 62 of the Law on the Regular Courts, etc. Thus, pursuant to the SFRY Constitution of 1974, the republics and provinces gained greater legislative authority. Consequently, among others, the republics and provinces were able to promulgate their own criminal laws (special part of the criminal law) but they were not authorized to promulgate their

¹ See: Noel Malcolm, *Kosovo: A Short History*, London, 1998, pp. 191-193

² A state established immediately after the World War II by the Constitution of 1946.

³ KSAK Official Gazette no 47/76, no. 21/78, as amended in No. 49/79; 2/89.

⁴ KSAK Official Gazette no 32/76, as amended in nos 42/77; 44/82; 44/84.

⁵ KSAK Official Gazette no 43/73, as amended in no 46/77; corrected text in no. 48/79.

⁶ KSAK Official Gazette no 7/81.

laws of criminal procedure. They were obligated to implement the Law of Criminal Procedure of SFRY.

After the forceful abrogation of the autonomy of Kosovo in 1989 and up to the international military intervention against the dictatorial regime in Serbia, respectively in the Federal Republic of Yugoslavia,⁷ on 24 March 1999, when the repressive paramilitary, military and police forces were driven out of Kosovo, the Serbian regime has intensified in large scale the systematic and massive encroachment of individual and collective rights of Albanian people as a majority in Kosovo. In order to protect from further systematic and massive violation of the rights and freedoms in Kosovo, the international community has finally intervened militarily, and thus legalizing the international intervention because of massive and systematic violation of the individual and collective rights of a people.⁸

Thus, in Kosovo was created a new political, juridical and social reality, and under the UN Resolution 1244, in Kosovo was established a specific model of military and civil administration combined with local self-government.⁹ Although under the Resolution 1244 it was preserved the territorial integrity of so called Federal Republic of Yugoslavia over Kosovo, after the deployment of international military forces in Kosovo, it ceased validity of the Yugoslav, respectively Serbian jurisdiction. Thus it was created a juridical vacuum. This happened, first of all, for the fact that the international community, although had intervened militarily against Serbia, did not recognize the right of the people of Kosovo to self-determination up to separation, so it was left under the formal sovereignty of the Federal Republic of Yugoslavia. For this reason, the people of Kosovo were not given the possibility to approve an independent legislation and to create institutions that would replace the former ones. Another reason is that the previous Serbian legislation for Kosovo was entirely unacceptable, mostly because of its discriminatory and repressive character towards the majority of people in Kosovo. The third reason is connected with the fact that UNMIK, during its initial period of administration in Kosovo had not enough capacity to create a legal framework and functional institutions which would replace the previous ones.

⁷ A State created between Serbia and Montenegro on 27 April 1992 in Zhblak, after the SFRY was ruined.

⁸ Blerim Reka: New Legislation in the Post-War Kosovo: Sui generis model of national and international association in exercising sovereignty, *Kosovo Law Review*, Prishtina, 4:4, December, 1999, p. 10.

⁹ Under UN Security Council Resolution 1244/1999 of July 1999, in Kosovo was established the international presence named United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK)

2. Kosovo Criminal-procedural legislation in force after the establishment of international civil administration

UNO International Administrative Mission, while making efforts to supplement the created juridical vacuum on 25 July 1999 has promulgated Regulation No. 1999/1 on the Authority of the Interim Administration in Kosovo, which among other, provides that the laws applicable in the territory of Kosovo prior to military intervention of International Community in Kosovo on 24 March 1999 shall continue to apply in Kosovo. This attitude, as known was strongly opposed by the public opinion of Kosovo that was led mostly by a number of outstanding judges and lawyers. Thus, a great number of judges and prosecutors did not regard the Regulation 199/1, while in practice they have implemented the KSA Kosovo Criminal Law applicable prior to the forceful suspension of the autonomy of Kosovo in 1989. Therefore, there are many political, juridical, and other arguments against the establishment of Yugoslav, respectively Serbian legislation of which a great number of discriminatory laws and other regulations was applied especially during the last decade of the Serbian regime¹⁰. Some of these arguments, as stated above, exist in the earlier history of Kosovo and some others in the late one.

Nevertheless, the UN Special Representative of the Secretary General (hereinafter SRSG) has continued to supplement this vacuum by approving the respective legislative acts in the form of Regulations. By such acts it shall be settled the issue of continuity, respectively discontinuity of legislation in Kosovo. Amongst these regulations, the most important one to be emphasized is the Regulation No. 1999/24 of 12 December 1999: on the law applicable in Kosovo, amending the contested UNMIK Regulation no. 1999/1, this because of the objections and reactions made by the professional public, opinion of Kosovo. By this regulation shall be re established the legislation that was in force in the period of the Socialist Autonomous Province of Kosovo. In fact, the Regulation No. 1999/24 defines that the Law Applicable in Kosovo includes the regulations promulgated by UNO SRSG and the law applicable in Kosovo on March 1989 a day before the adoption of the Constitutional amendments in Serbia, by which was fundamentally restricted the autonomy of Kosovo, although it was guaranteed by the Federal Constitution.¹¹. In other words, this Regulation has rightly enforced the legislation applicable prior to the forcible and anti constitutional

¹⁰ In reference to these and some other discriminatory legislation and regulations see: Adil Fetahu, Discriminatory legislative acts in the context of the transformation and privatization of socially owned property; Professional Round Table held on 21 May 2003 in Prishtina, organized by Kosovo Law Association.

¹¹ In fact, on 23 March 1989, the Kosovo Assembly under extraordinary circumstances and under the great military and police pressure of the Republic of Serbia, has adopted the above mentioned amendments in the Constitution of Serbia.

suspension of the autonomy of Kosovo that was determined by the Constitution of the former Yugoslavia (SFRY). It must be stated that the Regulation No. 1999/24 defines that in case of a conflict between the UNMIK regulations and the laws applicable up to 22 March 1989, the regulations promulgated by the SRSG and subsidiary instruments issued there under shall take precedence.

Furthermore, under the terms determined by this regulation, in Kosovo can also be applied the laws in force in after 22 March 1989, which are not discriminatory. By this regulation it is also defined that in exercising their functions, all persons undertaking public duties or holding public offices in Kosovo shall observe internationally recognized human rights standards.¹² The same regulation also defines the abolition of the capital punishment, which is in meantime by the Regulation No. 2000/59 replaced by a long-term imprisonment to a maximum of forty (40) years.¹³

UN/SRSG has promulgated a number of regulations on penal, administrative and other fields. Beside the approval of many regulations, the SRSG aiming the preparation of systemic laws, in August 1999 has established the common Consultative Council on Judicial Matters (CCC/In) composed of local and international experts. It is worth saying that at that time the drafting of juridical and penal legislation was a priority.¹⁴

SRSG has after some time approved the Kosovo Interim Criminal Code (hereinafter KICC) and Kosovo Interim Criminal Procedure Code (hereinafter KICPC) through special regulations.¹⁵ The evident of the approval of these codes could be attributed to uncertainty of the international administration to approve these codes because this prejudices the future status of Kosovo.¹⁶ Approval of these codes is obviously a considerable accomplishment of the efforts to complete the Kosovo's Criminal and Procedural legislation. During the compilation of the new

¹² See: Regulation No. 199/24 of 12 December 1999 on the law applicable in Kosovo.

¹³ See: Regulation No. 200/59 of 27 October 2000 amending UNMIK Regulation No. 1999/24 on the law applicable in Kosovo.

¹⁴ The working group of this field made the first versions of the drafts of the Kosovo Interim Criminal Code (KICC) and Kosovo Interim Criminal Procedure Code (KICPC) which were translated into English by ABA/CELI. Afterwards an intensive activity that lasted for three and a half years followed on perfection of these drafts compiled by local experts and many international experts (from UNMIK, OSCE, ABA/CELI and Council of Europe in particular)

¹⁵ KICC was approved by the Regulation No.2003/25 of 6 July 2003, and KICPC by the Regulation No.2003/26 of the same date. These two regulations define that the codes shall enter in force on 6 April 2004. It is stated that the correct denomination of these codes in Albanian and English is: Kosovo Interim Criminal code and Kosovo Interim Criminal Procedure Code. The same codes in Serbian are denominated as "Laws" (not codes). It is known why the denominations of these codes in Serbian and the ones in Albanian and English were not harmonized. Nevertheless, this issue, as known shall be solved according to the Regulation No. 1999/1, which specifies that in case of disparity between the translated texts, the text in English shall prevail.

¹⁶ Rexhep Murati: A review of Criminal Procedure due to new facts and evidence, Prishtina, 2006, pp 162.

Criminal and Procedural legislation there were referenced many provisions of the law in force; the laws of countries of the region: the states of Western Europe and USA; the various international covenant on the human rights; and provisions from a great number of UNMIK regulations related to the criminal and procedural matters, which contents of were smelt into the new criminal and procedural legislation. Having approved the KICC and KICPC instead of up to now scattered legislation, the Kosovar judiciary has been provided all the procedural and criminal legislation in one place and at the same time it was ceased the judiciary continuity with the prior legislation. Thus the KICPC aimed to offer an appropriate equilibrium in inclusion of international standards on the basic human rights ad freedoms,¹⁷ in the effectiveness of the criminal procedure, in fighting against serious crime, organized crime and corruption, in protection of victims and witnesses, in the alternative, i.e. concessionary settlement of criminal issues etc.¹⁸

It must be emphasized that these codes present the most important systemic laws of Kosovo; still, the procedure of their promulgation differs from that of other countries. In fact, as stated beforehand, the said codes although examined in the Kosovo Assembly where there were made some concrete objections and suggestions, yet the approval of these coeds was done by SRSG not by the Kosovo Assembly. The reasons for this must be found in the Security Council Resolution 1244. in meantime it was approved the Kosovo's Criminal Law for Juveniles,¹⁹ Regulation on Criminal Procedure for Doers with Mental Disorders,²⁰ and the Law on Execution of Criminal Sanctions.²¹

¹⁷ More about the protection of human rights and freedoms under KICC and KICPC see: Rexhep Murati "Protection of Human Rights under Kosovo Criminal Code and Criminal Procedure Code", *Chicago-Kent Law Review*, Volume 80, No. 1, 2005, pp 99-118.

¹⁸ In reference to the importance and the main characteristics of KICC see: Ejup Sahiti, Rexhep Murati, Eduard Kumstek "Criminal Procedure System of Kosovo", in Berislav Pavišić (ed.) *Transition of Criminal Procedure Systems*, Rijeka, 2004, pp. 125-145; Ejup Sahiti, Rexhep Murati "Kosovo Criminal Procedure Code: "Theoretical Review", *E drejta*, Prishtina 2003, No.3-4/2003, pp.7-36

¹⁹ Approved by UNMIK Regulation No. 2004/8 of 20 April 2004, which entered into force the same day.

²⁰ Approved by UNMIK Regulation No. 2004/34 of 24 August 2004, which entered into force the same day

²¹ Approved by UNMIK Regulation No. 2004/46 of 19 November 2004, which entered into force on 19 February 2005.

3. Judicial criminal system in Kosovo after the establishment of the international civil administration

Immediately after the entering of the international military forces (KFOR) on 10 June up to the promulgation of the first UNMIK Regulation No. 1999/1 in Kosovo, respectively in the zones controlled by the respective military forces of KFOR members states, against the accused detained by KFOR, there were applied the respective provisions of the legislations that belonged to the states engaged with their troops in Kosovo.

Therefore, in order to establish an emergent judicial system, the SRSG on 28 June 1999 promulgated a decree on the establishment of the Common Consultative Council on Interim Judicial Appointments (CCC) the mandate of CCC was a recommendation on establishment of an emergent interim judicial system in deadline of three months. Thus, under the suggestions of CCC, during the period of June to September 1999, the SRSG appointed the total of 55 judges and public prosecutors.²² Interim courts were established in Prishtina, Prizren, Mitrovica and Peja. Thus the emergent judicial system consisted of judges and prosecutors recommended by CCC and appointed by SRSG. In order to function this emergent judicial system, the SRSG had to promulgate the Regulation on ad hoc establishment of the Court of Last Instance and ad hoc Office of the Public Prosecutor.²³ In fact, under this Regulation, the Court of Last Instance has the authority that the Supreme Court used to have beforehand in relation to appeal against the District Courts decisions dealing with criminal matters and prolongation of detainment. According to this Regulation the Court consist of five judges including the Chief Judge.²⁴ It must be emphasized that the CCC has operated up to 10 September 1999.

For realization of the goal for a correct juridical system it was necessary to a priori define the structure of the courts and public prosecutor's offices. For this reason the SRSG has approved the Regulation on Recommendation on the Structure and Administration of the Judicial and Prosecutor's Office Service.²⁵ Consultative Commission on the Judiciary and Public Prosecutor's Office, establishment under this Regulation has proposed to the SRSG the same structure of the Courts and Public Prosecutor's Offices as that of the Courts under the legislation in force in KSAK prior to its countermand by Serbia in 1989.

Along the establishment of the technical Consultative Commission on Judiciary and Prosecutor's Offices, SRSG has established the Judicial Consultative

²² See: OSCE Report: The Review of Criminal Law System (1 February – 31 June, 2000) pp.11

²³ Regulation No. 1999/5 of 4 September 1999

²⁴ Ibid. Article 1, paragraph 1 and 2.

²⁵ Regulation No. 1999/6 of 7 September 1999.

Commission²⁶ (JCC) mandated to establish a proper judicial system.²⁷ By this Regulation practically was ceased the activity of the Common Consultative Council (CCC). Under the Regulation 200/7 JCC recommends to SRSG the nomination of judges and prosecutors. At the same time by this regulation is prescribed the procedure for nomination of judges and prosecutors as well as the terms of their selection and discharge. In meantime for the function of a correct judicial system the SRSG approved the regulation on nomination and discharge of the Assistant Judges from the posts.²⁸

JCC has during the years 1999-2000 recommended the SRSG to appoint a considerable number of judges and prosecutors. For example, in January 2000 the SRSG appointed 301 judges and prosecutors of which 245 judges and 42 prosecutors took oath. In August 2000 the SRSG appointed 125 other judges, 17 prosecutors and 309 Assistant Judges.²⁹ It is to state that the proposed list by JCC in the second round after the submission to the SRSG was evidently changed, including some other persons who were not proposed by JCC, which indicates a possible intervention of formal and non formal elements outside JCC and its non observation, for what the JCC has reacted through a letter addressed to SRSG/UNO.³⁰ Aiming to reorganize this body the SRSG by the Regulation No. 2001/8 of 6 April 2001 established Judicial and Prosecutorial Council of Kosovo (JPCK) to advise the SRSG on the issues dealing with appointment of judges, prosecutors and assistant judges, etc. for implementation of this regulation the SRSG has approved a special administrative direction.³¹

In order to assure an independent, professional, neutral and integrated judiciary, SRSG acting for Judicial and Prosecutorial Council of Kosovo (JPCK) under the Regulation no.2005/52 of 20 December 2005, established the Judicial Council of Kosovo (JCK) which consists of 11 members, of which 7 judges and 4 others. According to this Regulation until the establishment of responsible subject to advise the SRSG about the appointment and removal of prosecutors etc, two prosecutors will be part of JCK³². The JCK role is the specification of administrative policies and the administrative supervision of judiciary and courts, it is responsible for specification of work policy, and for notification of regulations and instructions

²⁶ Regulation no 1999/7 of 7 September 1999. This Regulation shall be amended by UNMIK Regulation no. 2000/57 of 6 October 2000.

²⁷ The author of this article was a member of this commission during the years 1999-2000.

²⁸ Regulation No. 1999/18 of 10 November 1999.

²⁹ For more see: OSCE Report, op.cit note 22, pp. 13

³⁰ For more see: Letter of Coordinator Dr. Riza Smakaj, Coordinator of JCC of 04.09.2000 addressed to SRSG, Bernard Kushner. (The letter can be found in the archives and the dossier of the author of this work)

³¹ Administrative Direction No. 2001/17 of 23 October 2001

³² Article 2, paragraph 3 of Regulation no. 2005/52.

for judiciary and courts, which includes among others appointment of judges, lay judges, prosecutors and other non judicial employees³³. As for application of this important regulation on functioning of judicial system of Kosovo, SRSG approved the Administrative Direction for Application of Regulation no. 2005/52 by which is established the Judicial Council of Kosovo.³⁴ It is important to state that the Regulation on the establishment of the Judicial Council of Kosovo dedicated to judges will be applicable for prosecutors as well, until the notification of a regulation on the establishment of a responsible subject to advice the SRSG about the issues of appointment, discipline and removal of public prosecutors.³⁵ Until the notification of a regulation on the establishment of a responsible subject to advice the SRSG about the issues of appointment, discipline and removal of prosecutors (prosecutorial subject), Judicial Council of Kosovo will establish the Prosecutorial Disciplinary Committee, as an interim measure to solve the cases of prosecutors' misconduct on the first instance and to fix the adequate sanctions after noticing the misconduct.³⁶

As stated above, it can be concluded that after the establishment of International Administration in Kosovo, a large number of incoherent legal provisions is applied, which were negatively manifested in establishment of the basis of independent and professional judiciary. Analysis of these legal acts by which judicial system is regulated after installation of UNMIK, shows that despite the attempt to assure an independent judiciary, actual judicial system in Kosovo in essence reflects the judicial system which existed before the war in Kosovo in 1999. This statement first of all can be supported by all inclusive analysis done in the framework of the Project: "Judicial System in Kosovo- Evaluation and proposed options", (2003-2004) prepared by the request of SRSG of UN for Kosovo and Judicial and Prosecutorial Council of Kosovo supported by the European Council and the US State Department.³⁷

³³ Ibid , article 1 paragraph 4 c.

³⁴ No. 2006/8 of date 6 June 2006. Further, as important documents for the regulation of judicial system can be considered also the Regulation no. 2006/25 On Regulative Framework for the Justice System in Kosovo and the Administrative Direction no. 2006/18 On application of UNMIK Regulation no. 2006/25 For the Regulative Framework of Justice System in Kosovo.

³⁵ Article 1 paragraph 6 of the Regulation no. 2005/52.

³⁶ Article 1 paragraph 3 of the Administrative Direction no.2006/8

³⁷ See: the Project "Judicial System in Kosovo- Evaluation and proposed options", (2003-2004) prepared on the request of SRSG of UN for Kosovo and Judicial and Prosecutorial Council of Kosovo supported by the European Council and the US State Department. In this important project except the all inclusive and critical arrangement of existing judicial system of Kosovo, a lot of propositions have been given towards reformation of judicial system as for the courts structure and necessity of reconstruction of Judicial and Prosecutorial Council of Kosovo. In the main group participated: G.N. Rubotham, Director of reform and development , Court service, Ireland; Lis Sejr, Judge of West High Court in Denmark; John R. Tunheim , District Judge in USA for Minnesota District, USA; Elizabeth C. Wiggins, Senior Research Associate,

By the Constitutional Framework for Provisional Self-Government³⁸ in Kosovo, Kosovo has a Supreme Court, district courts, municipal courts and police courts. In the framework of the Supreme Court a special college should be established, about issues of the Constitutional Framework, which should have among others to decide if any Law approved by the Assembly is in contradiction with the Constitutional Framework respectively with international instruments on the human rights (9.4.11).³⁹ Special College which was supposed to replace the Constitutional Court is not established yet. According to the Constitutional Framework, (9.4.9.) Public Prosecutor's Office of Kosovo, District Public Prosecutor's Office and Municipal Public Prosecutor's Office are established. Distinguished lawyers with high moral values and with corresponding education can be Judges (9.4.7). Judges and prosecutors are nominated by the SRSG, from the list proposed by Judicial and Prosecutorial Council (now JCK) and approved by the Assembly of Kosovo (9.4.8). Judges must be independent and impartial in their job and they can not have other official assignments (9.4.6). The organization of courts mentioned above except police courts is regulated on the basis of unified judiciary which means that in the same court both penal and civil issues are decided.

4. The establishment and function of hybrid judicial system in Kosovo

Judicial System of Kosovo after the war is characterized by the establishment and functioning of hybrid judicial system composed by international judges and prosecutors appointed directly by the SRSG.⁴⁰ International Administration in Kosovo, as mentioned before, (through a large number of regulations) in attempt to establish the basis of an independent and impartial judicial system in Kosovo, it has established a very complicated and incoherent legal infrastructure between them as

Federal Judicial Center USA; Markus B. Zimer, Administrator, District Court in USA for Utah District, USA. In particular we notice that a lot of solutions from mentioned Project, have taken place in the Draft Law on Regular Courts of Kosovo and in the Draft Law on Public Prosecutor's Office of Kosovo, which are not approved yet and they are still in the approval procedure. In comparison with existing judicial system, in the Draft Law on Regular Courts of Kosovo, in provision 9 paragraph 3 is proposed that judicial system of Kosovo should be composed of Basic Courts, District Courts, Commercial District Courts, Intermediate Court of Appeal and Supreme Court of Kosovo, page 259 and 246-270.

³⁸ Approved by the Regulation no. 2001/9 of 15 May 2001 as amended by Regulations no. 2002/9 of 3 May 2002 and no. 2007/29 of 4 October 2007.

³⁹ See: Annual Report of Ombudsperson's Institution in Kosovo for the period 2006-2007 page 14 9 text in Albanian).

⁴⁰ For this issue see: Albert Zogaj, Qerkin Berisha and Valon Murati, Achievements and Deficiencies of Judicial System in Kosovo: Human Rights and European Integrations, Prishtina 2007, page 76-83.

well as with other provisions in force. So, since 2000, after the outbreak of interethnic disorders in Mitrovica for the first time an international judge and a prosecutor is appointed for penal cases in the District Court of Mitrovica.⁴¹ In the meantime, on May 2000, international judges and prosecutors are appointed in all District Courts and District Prosecutor's Offices in Kosovo.⁴² In the meantime, international judges work in the Supreme Court of Kosovo as well.

However, the engagement of international judges in corresponding criminal issues, in common criminal colleges with local judges has not given the results expected by UNMIK, because international judges were outvoted by local judges. On the other hand, the prosecutors did not still have sufficient authorizations to resumption the criminal prosecution in cases when local judges did not start the criminal prosecution or they withdraw from the criminal prosecution. Moreover, the work of international judges at this time was not effective because of large number of criminal matters and low number of prosecutors.⁴³ For these reasons the Regulation no. 2000/64 shall be adopted and it shall give large authorizations to international prosecutors and judges. According to this regulation, the competent public prosecutor, the accused or the defender can lodge a claim in the Department of Justice to appoint international judges and prosecutors and to change the seat where is held the criminal procedure in every phase of that procedure if it is considered necessary, in order to secure the independence and impartiality of judiciary. In every phase of criminal procedure the Department of Justice at the request stated above or by its initiative can recommend the SRSG about the appointment of international judges and prosecutors. SRSG decides about the recommendation submitted by the Department of Justice to appoint international prosecutors and judges.⁴⁴ We have to accentuate that by this Regulation, criminal issues defined by SRSG are judged by judicial colleges composed of three judges, two of them must be international judges and one is the chairman.⁴⁵ Moreover, by the Regulation no. 2001/2 international prosecutors will obtain larger authorizations to restart or continue the prosecution, if the prosecution is not initiated by the local prosecutor or in case of his withdrawal of prosecution in a penal issue.⁴⁶ Based on what is stated above, it can be

⁴¹ See: Regulation no. 2000/6 of 15 February 2000 On the Appointment and Removal from Duty of International Judges and International Prosecutors.

⁴² See: Regulation no. 2000/34 of 27 May 2000 by which the regulation no. 2000/6 is modified and Regulation no. 2001/2 of date 12 January 2001.

⁴³ Hartmann, Michael E. Hartmann, *International Judges and Prosecutors in Kosovo: A New Model for Post Conflict Peacekeeping*. United States Institute of Peace Special Report 112, October 2003, page 10.

⁴⁴ See: Article 1 of Regulation no. 2000/64 of 15 December On the Assignment of International Judges- Prosecutors and and/or Change of Venue

⁴⁵ *Ibid*, Article 2

⁴⁶ See: Article 1 of Regulation no. 2001/2 of 12 January On Amending UNMIK Regulation As Amended, On the Appointment and Removal From Office of International Judges and

concluded that International Administration in Kosovo, had as a main pretext for the establishment of hybrid judicial system in Kosovo, the establishment of conditions for a righteous and impartial in criminal issues with interethnic character. In this context, judgments in the period 1999-2000 about the war crimes, held against accused Serbs, International Administration in Kosovo and a considerable number of international organizations for human rights and the OSCE, considered these judgments as partial in ethnic aspect. These mechanisms estimated that the same standards were not applied for Albanians and Serbs.⁴⁷ Another reason was that in the war against organized crime which was related to the segments of power, local judges and prosecutors were not ready to be engaged enough, among others because of insufficient protection of local judges and prosecutors and their families by the authorities in power, and because of their low salaries as well.⁴⁸ In other words, by the Regulation no.2000/6 the basis of the creation of hybrid judiciary was established, so in the same judicial system international judges and prosecutors work together with locals. This hybrid judicial system in Kosovo is special for the international justice, because hybrid judiciary created after 2000, in a lot of other places (such as East Timor, Sierra Leone and Bosnia and Herzegovina) does not have unlimited acting authorizations or in decisions as international prosecutors and judges have in Kosovo.⁴⁹

5. Some issued related to the principle of independence in Kosovo judicial system

Larger authorizations of international judges and prosecutors contain a multitude of weaknesses and defects that are first of all related to institutional and functional independence of judiciary and prosecutor's office (installed by UNMIK), from the executive power exercised by UNMIK.⁵⁰ So, when we talk about independence of judges and prosecutors, it is considered that no matter how they came in power, it is important for them to be independent from the body or person who chose or appointed them.

Analysis of provisions in power related to the criminal justice system shows that institutional independence of judges and prosecutors in Kosovo is related first of all to the way of appointment and removal of judges by SRSG, the way of pronouncement of disciplinary measures and the way of assignment of matters. In this

International Prosecutors.

⁴⁷ See: Zogaj et al, op.cit. page 78

⁴⁸ See: Tom Perriello and Marieke Wierda, Lessons from the Deployment of international Judges and Prosecutors in Kosovo. Prosecutions Case Studies Series of the International Center for Transitional Justice page 6-7)

⁴⁹ See : Hartmann, op.cit., page 2

⁵⁰ Since 2001 Department of Justice and UNMIK Police are under authority of SRSG as well.

context, if we take into account the fact that international judges and prosecutors are employed through UNMIK vacancies, which mean that judges and prosecutors are as well employees of international administration, this leads to the conclusion that institutional independence of judiciary is encroached on, because of a considerable political impact of UNMIK on prosecutors and judges.⁵¹ Furthermore according to the OSCE, the institutional independence is encroached on as well when different criminal cases are appointed to international judges and prosecutors through SRSG. It happens in conditions when standards are not clearly defined, how the cases should be given to international prosecutors and judges, although in judicial systems of democratic countries, and also in kosovar justice system led by locals, usually cases are given to the judges according to a system of appointment of judicial matters by chance. So there is no justification when an executive intervenes in a democratic judicial system to appoint judges who will judge respective matters.⁵² Here, it can be stressed the case of Albin Kurti, which is considered as a political judgment by kosovar opinion, as in the criminal procedure against him are involved the international prosecutors and judges. This case is different from others because until now international judges were appointed only in war crimes cases, ethnic characterized crimes and organized crime cases. Furthermore, this case is specific because Kurti is accused by the international public prosecutor employed by UNMIK, while in this process representatives of UNMIK are invited to witness as a damaged party. As known, the judges who lead the procedure and must take a court decision are appointed and paid by UNMIK as well.⁵³ In this context, we can stress the fact that international prosecutors and judges have a common executive authority – the SRSG, and sometimes they share the same office.⁵⁴ It is also considered that short term contracts of international judges and prosecutors with UNMIK, which were criticized by the OSCE can be a reason for executive authority to impact in their professional work⁵⁵.

This way of work by international judges and prosecutors in Kosovo is in contradiction with the principle of sharing basic functions of criminal procedure, (prosecution, judgment and defense) functions that in contemporary criminal procedure systems are exercised by special subjects. It must be stressed that larger authorizations of international judges and prosecutors, including the large

⁵¹ See: OSCE LSMS, Kosovo Review of Criminal Justice System 1999-2005, March 2006, page 26-28

⁵² See: OSCE Report, Examination of Penal Judiciary in Kosovo, September 2001- February 2002, page 26

⁵³ See: Zogaj et al, op. cit. page 81-2

⁵⁴ See: Perriello and Wierda, op.cit., page 2

⁵⁵ See: OSCE Report, Examination of Penal Judiciary in Kosovo, September 2001- February 2002, page 24-25.

differentiation of salaries is one of the reasons that professional and human relations with the local prosecutors and judges are not so good.⁵⁶

On the other hand, functional independence implicates the non interference of other non judicial powers such as executive and legislative power in judiciary activity by giving them obligatory instructions. Therefore according to the OSCE, interferences in the functional independence have been large especially in 2001 when SRSG used an unseen instrument until then the executive order and through it they continued the detention to persons discharged in a regular judicial process. This illegal decision of SRSG could not be objected with any judicial instrument. However, after a lot of critics of the professional opinion, SRSG is not using this executive instrument anymore, by which it interferes directly in the judiciary issues. As stressed above, in the after war period there were evidenced some cases of detention by KFOR without a regular judicial process.⁵⁷

The interference of legislative power in order to change the legal situation of a certain case which is at issue in court, according to European Court for Human Rights, violates the judicial independence especially when the State is a party. In this context, according to the OSCE, the functional independence of judiciary is encroached from the legislative power as well, especially by the promulgation of UNMIK Regulation no. 2001/18.⁵⁸ So, the Commission established based on this Regulation is a judicial organism ad-hoc, its structure, functions and composition are not part of the regular judicial system in Kosovo. Moreover, establishment of the exceptional judicial Commission for re-examination of detention issues in specific cases shows the usurpation of competences which belong to the regular judicial system.⁵⁹

Except pronounced weaknesses, the work of international prosecutors and judges has been accompanied by a variety of deficiencies such as: ignorance of local language, local laws, local system of justice, and ignorance of culture and history of the country. Further, the coming of international judges and prosecutors from countries with different legal culture and traditions (Anglo-Saxon system or continental European), even from the Countries where the State of Justice does not function properly, and their insufficient knowledge of English language, is the reason why international prosecutors and judges have pronounced difficulties to adapt themselves in this system and to be efficient in their work. It is considered as well

⁵⁶ See: Almut Schröder, Strengthening the Rule of Law in Kosovo and Bosnia and Herzegovina: The Contribution of International Judges and Prosecutors. Zentrum für Internationale Friedenseinsätze – Center for International Peace Operations, Analyse 04/05, 2005, p.9-10

⁵⁷ See: OSCE Report, Examination of Penal Judiciary in Kosovo, (September 2001- February 2002), page 31-33.

⁵⁸ UNMIK's Regulation no. 2001/18 of 25 August 2001 On the Establishment of Detention Review Commission for Extra-Judicial Detention Based on Executive Orders.

⁵⁹ See: OSCE Report, op. cit. note, 57 page 33-34.

that judges and prosecutors engaged in Kosovo did not have necessary knowledge about International Humanitarian Rights and they do not have necessary experience to judge heavy penal offences. It must be stressed that the majority of them came from East European Countries, Asia and Africa, because judges from West Europe and North America had difficulties to take a long leave to serve in Kosovo.⁶⁰

As it was stressed above, in the last period international judges have judged penal issues such as: war crimes, organized criminality and terrorism, inter ethnic violence, political assassinations and corruption.⁶¹ However, this hybrid judicial system in Kosovo in which judges and prosecutors are working caused different reactions of professional international and local opinion firstly because of non transparence during the procedure of their appointment, non existence of supervising body which would control the legality and work of courts, prosecutors etc.

It must be stressed that about Regulations no.200/64 and 2001/2 Kosovo's Supreme Court has reacted as well, stressing that they are not in harmony with international standards on independence of judiciary and internal organization of courts. In reality, the Supreme Court in the extended session of 13 January 2001, referring to the contested provisions of these Regulations by which the Department of Justice as administrative body can appoint the judicial college in a penal issue, composed by two international judges and a local judge, has taken a principled stand that mentioned provisions are unacceptable because of flagrant encroachment of the court independence principle and internal organization of courts and prosecutor's offices.⁶² This way of appointment of judges is contradictory with the court independence principle and this is also confirmed in OSCE Reports on functioning of judiciary in Kosovo.⁶³ Related to these Regulations which give to the Department of Justice as UNMIK's executive body the authority to interfere in the activity of Kosovo's judicial system, the professional

⁶⁰ Schröder op. cit., page 19 - 24.

⁶¹ Ombudsperson Institution Report, op. cit. page 22.

⁶² Judicial practice Bulletin of Kosovo Supreme Court, Prishtina 1999-2002, page 5. In fact, in the principled attitude of Kosovo Supreme Court, related to the application of Regulations no. 2000/64 and 2001/2 it is said: The Supreme Court as a high judicial instance of Kosovo in the function of conducting the uniform application of the Law, stands that the Regulations no. 2000/64 and 2001/2 promulgated by the SRSG of UN are not in harmony with international judicial standards and internal organization of courts and prosecutor's offices, that they fragmentize the judicial procedure, leaving the judicial subjects in unequal position, that they create various levels of authorizations in exercising of the function between the international and local judges and prosecutors, that they are legally vague and they present difficulties in uniform and consequent application of the Law applicable in Kosovo. All this justifies the reexamination of these regulations.

⁶³ See: OSCE Report, Examination of the Criminal Law system in Kosovo (March 2002-April 2003), page 30 - 32.

opinion of Kosovo has also reacted and requested their revocation.⁶⁴ Furthermore, this way of interference of executive bodies in the judicial system is contradictory with provisions of article 6 of European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) which requires that the courts should be appointed by law. In fact, related to this issue the European Court of Human Rights has concluded that the establishment of the courts in a democratic state should not depend on the will of executive power, but it must be settled by law promulgated in the Parliament.⁶⁵ Moreover, Kosovo judicial system is also characterized by the Serbian parallel judicial system in Serbian enclaves in Kosovo as well as in some Serbian towns which are recognized by UNMIK and Provisional Institutions of Kosovo.⁶⁶

6. Conclusion

As stated above it can be concluded that Kosovo judicial system is charged with a lot of difficulties and weaknesses such as: insufficient number of judges, large number of unsolved matters, poor financial support⁶⁷ and deficiency of contemporary information system, used equipment etc.⁶⁸ Further, as a weakness of judicial system we can consider affirmations about corruption cases which are difficult to detect.⁶⁹ As a factor of dragging of the penal procedure, we can stress the deficiency of experts and adequate equipment, the deficiency of financial support to prepare examinations. Although it is considered that some positive steps are made in the protection of witnesses it is still considered that an efficient mechanism for the protection of witnesses and their families which are exposed to the danger when they accept to introduce themselves as witnesses does not exist. In the procedure of execution of judicial decisions there are a lot of difficulties as well. All these reasons have negative influence in the independent and impartial functioning of Kosovo's judicial system. The situation in Kosovo judiciary is aggravated by the fact that the legislation which regulates the judicial system is not completed yet. In fact, as it was stressed above, the Law on Kosovo Courts and the Law on Kosovo Public Prosecutor's Office are not promulgated yet.

⁶⁴ See: Letter of Nekibe Kelmendi, Deputy of Kosovo Assembly addressed to the Head of Administration M. Harri Holker related to the achievement of standard of " Rule of Law", Koha ditore, 3 March 2004, page 11.

⁶⁵ See: the Case Zanad against Austria (1979)

⁶⁶ Ombudsperson's Report, op.cit. page 14,23.

⁶⁷ In the stressed Ombudsperson's Report it is stated that this is a reason of bribe taking and other forms of corruption

⁶⁸ About this see generally: The Strategic Plan for Kosovo's judicial system, published by Kosovo 's Judiciary Council, 2007-2012.

⁶⁹ Ombudsperson's Report, op. cit., page 24.

PRILOG

APPENDIX 1

Drugi hrvatsko – talijanski dani kaznenog prava i postupka /
Seconde giornate croato - italiane di diritto e procedura penale

1. Insolera – 2. Pavišić – 3. Tagliarini –
4. Semeraro – 5. Goisis

DRUGI HRVATSKO-TALIJANSKI DANI KAZNENOG PRAVA
I POSTUPKA

SECONDE GIORNATE CROATO-ITALIANE DI DIRITTO
E PROCEDURA PENALE

Rijeka 29. lipanj/giugno 2007¹

Pravni fakultet/Facoltà di giurisprudenza

Plava dvorana/Aula blu

10.00 Pozdrav/saluto del preside prof. Miomir Matulović

10.15 Uvod/Introduzione prof. Gaetano Insolera

Referati/Relazioni

10.30 Prof. Berislav Pavišić: “Ne-kriminalne sankcije u hrvatskom pravu/Sanzioni non-criminali nel diritto croato”

11.00 Prof. Francesco Tagliarini: “Predviđanje sankcija s posebnim osvrtom na odgovornost kolektivnih struktura/L’articolazione delle sanzioni con particolare riferimento alla responsabilità degli enti collettivi”

11.30 Prof. Pietro Semeraro: “Protupravnost i administrativne sankcije/Illecito e sanzioni amministrative”

Zavod za kaznene znanosti/Istituto di scienze penali Mošćenice

Sati/ore 15 – 17

Dott.ssa Luciana Goisis: “La pena pecuniaria”

Asistentica/assistente Milana Trbojević, “Le novità nel diritto penale croato”

Sati/ore 17 – 18

Discussioni

¹ Talijansko-hrvatski/hrvatsko-talijanski dani kaznenog prava i postupka su rezultat nastojanja profesora Gaetana Insolere, Francesca Tagliarina i Berislava Pavišića. Prvi talijansko-hrvatski dani su održani u Bergamu 14. i 15. listopada 2005. Radni jezici skupa u Bergamu bili su talijanski, engleski i njemački. Izlaganja su objavljena na talijanskom u knjizi: *Le riforme contemporanee del diritto penale e processo penale in Europa e in Italia* (a cura di F. Tagliarini), Napoli, 2006. pp 3-123. Radni jezik Drugih hrvatsko-talijanskih dana je bio talijanski. Za Treće Talijansko-hrvatske dane 2008. dogovoren je uz engleski, hrvatski kao radni jezik.

Sudionici/Partecipanti

Prof. Gaetano Insolera, Bologna, koordinator/coordinatore

Prof. Francesco Tagliarini, preside, Bergamo

Prof. Pietro Semeraro, Bergamo

Dott.ssa Luciana Goisis, Bergamo

Prof. Berislav Pavišić, Rijeka

Prof. Velinka Grozdanić, Rijeka

Prof. Petar Veić, Rijeka

Dot.ssa Marissabell Škorić, Rijeka

Ass. Milana Trbojević, Rijeka

Ass. Dalida Ritossa, Rijeka

Dot.ssa Sandra Winkler, Rijeka

Gaetano Insolera*

INTRODUZIONE

Dopo l'incontro svoltosi con il patrocinio dell' università di Bergamo, il tema prescelto per questa seconda giornata Croato-Italiana di diritto e procedura penale, così bene organizzata dalla Facoltà di giurisprudenza della Università di Rijeka, costituisce un passaggio fondamentale di qualsiasi ipotesi di riforma e modernizzazione del sistema.

E'infatti ormai inconfutabile la crisi attraversata dal binomio classico ed esclusivo pena detentiva/pena pecuniaria in campo criminale. D'altra parte l'esigenza di un sistema punitivo articolato e flessibile che si muova in uno spazio in cui possano dialogare le tradizionali tipologie di illecito trova conferma in importanti sviluppi verificatisi sia nei contesti nazionali, sia nelle indicazioni provenienti dalle fonti europee.

A proposito di queste ultime occorre poi considerare come la richiesta di interventi sanzionatori adeguati ed efficaci e dissuasivi se, da un lato, si arresta di fronte alla carenza di una competenza penale comunitaria, dall'altro, rafforza la necessità di un ventaglio di misure punitive che tengano conto di esigenze di tutela sempre più ampie e pervasivi. Se quindi la tendenza è quella verso un diritto punitivo generale molteplici sono le questioni con cui misurarsi.

Anzitutto l'individuazione di meccanismi di raccordo, graduazione e degradazione tra diverse tipologie di illecito, in grado di attribuire un'effettiva attitudine preventiva generale al sistema. Il livello di garanzie processuali non più riferito all'univoco parametro del sacrificio della libertà personale. Ancora, la sede nella quale articolare nuovi paradigmi sanzionatori: riproporre la centralità del codice o abbandonarla, magari favorendo sempre più legislazioni di settore, nelle quali articolare il nuovo ventaglio sanzionatorio? Infine, la giurisdizione. L' opzione per l' unicità di quella penale è stata adottata, ad esempio, nell' esperienza italiana della responsabilità amministrativa degli enti, con effetti che ancora devono consolidarsi per potere esprimere valutazioni affidabili.

Ma la ricerca di sanzioni diverse dalla pena detentiva, a cominciare da quella pecuniaria, pone anche il problema di una riflessione alla luce di un principio di proporzionalità/ragionevolezza che, proprio la giurisprudenza comunitaria, estende ad ogni istanza punitiva. Breve l'abbandono dello storico terreno della sanzione criminale non può giustificare modalità afflittive che rischino di compromettere,

* Professore ordinario, Facoltà di giurisprudenza, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna/Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Bologni.

sia pure in modo diverso, basilari parametri di adeguatezza della risposta. Basti ricordare la vicenda costituzionale, in Nordamerica, dei cd. danni punitivi.

Le relazioni programmate affronteranno questi ed altri profili posti dall'attualità penalistica dei nostri due paesi. Si conferma in questo modo il proficuo lavoro intrapreso in collaborazione dai penalisti dalle facoltà di Giurisprudenza di Rijeka e Bergamo.

Berislav Pavišić*

SANZIONI PER LE VIOLAZIONI NON-CRIMINALI NEL DIRITTO CROATO

Sankcije za nekriminalne prijestupe u hrvatskom pravu

Sommario

1. Panorama generale del sistema sanzionatorio nel diritto croato – 2. Illecito penale, illecito delle contravvenzioni e illecito civile – 3. Le sanzioni per gli atti criminali (o penali stricto sensu) – 4. Le sanzioni per le violazioni processuali – 5. Le sanzioni per le violazioni previste nella Legge sull'esecuzione – 6. Le sanzioni per le violazioni disciplinari – a) Le sanzioni per le violazioni disciplinari delle persone ufficiali – b) Le sanzioni per le violazioni disciplinari dei magistrati – c) Le sanzioni per le violazioni disciplinari dei militari – d) Le sanzioni per le violazioni disciplinari degli avvocati – e) Le sanzioni per le violazioni disciplinari dei dottori in medicina e stomatologia – f) Le sanzioni per le violazioni dei doveri contrattuali – 7. Conclusioni

1. Panorama generale del sistema sanzionatorio nel diritto croato

La legislazione vigente croata abbraccia cinque categorie di norme che prescrivono diverse forme di sanzioni: a) penali (per i reati),¹ b) per le contravvenzioni, c) processuali, d) previste nel diritto di esecuzione civile, ed e) disciplinari. In questa sede cercheremo di enunciare in una breve panoramica riassuntiva, senza pretese di completezza, l'argomento con particolare riferimento alla concreta applicazione delle sanzioni non criminali disciplinate dalle diverse leggi ed altre norme croate.

La relazione tra la categoria della violazione e lo jus puniendi è il primo criterio per la classificazione delle violazioni e delle sanzioni. Nell'ambito dello jus puniendi dello Stato rientrano solo le prime quattro categorie.

Le sanzioni disciplinari sono estranee allo jus puniendi dello Stato. La responsabilità per le violazioni disciplinari sorge dalla relazione specifica tra i due soggetti: datore e utente del lavoro, impiego, dovere, appartenenza all'organo, istituzione o associazione.

* Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci/Professore ordinario, Facoltà di giurisprudenza, Università degli studi Rijeka

¹ La legislazione penale croata è basata su una sola categoria di reato: kazneno djelo (fatto penale). V. Pavišić, Introduzione, Il Codice penale croato, Padova, 1999, p. 2, n. 3.

Il secondo criterio per la divisione delle categorie della violazione è data dalla natura dell'illecito.²

Il cumulo della responsabilità è espressamente regolato dalla Legge penale per le situazioni nelle quali un atto contiene gli elementi delle diverse categorie dei reati. In due casi (previsti per gli incarcerati ed i soldati) è prevista l'applicazione d'una misura disciplinare che sostituisce la sanzione penale: a) quando il condannato durante il tempo di espiazione della pena della carcerazione di lunga durata o della pena della carcerazione per i minorenni commetta un reato per il quale la legge prevede la pena fino ad un anno di carcerazione o una pena più mite,³ e b) per il reato contro le forze armate per il quale è prevista la pena della carcerazione fino a tre anni in luogo della sanzione penale può essere inflitta al militare una misura disciplinare stabilita dalle disposizioni che prevedono la responsabilità disciplinare nelle forze armate qualora il reato assuma una forma particolarmente lieve e ciò sia richiesto dagli interessi del servizio.⁴

La pena privativa della libertà o la pena pecuniaria per la contravvenzione è computata nella pena inflitta per il reato qualora la descrizione di quel fatto corrisponda alla contravvenzione per la quale è inflitta la pena.⁵

2. Illecito penale, illecito delle contravvenzioni e illecito civile

L'illecito penale comprende gli atti contro la libertà, i diritti fondamentali e gli interessi essenziali dello Stato (e della Comunità internazionale). Secondo il dettato costituzionale, solo i reati e le sanzioni penali *stricto sensu*, previste dalle norme della legislazione penale hanno il carattere della sanzione criminale.⁶ Al contrario, nel diritto croato, le contravvenzioni non costituiscono illecito criminale e di conseguenza le sanzioni comminate per le contravvenzioni non sono quelle criminali. Quest'ultime rappresentano un'altra, diversa categoria di illecito "punitivo", non criminale.⁷

Nell'ambito delle contravvenzioni, l'illecito è la violazione di un qualsivoglia precetto posto dall'ordinamento croato a tutela di un determinato interesse: in primo luogo, l'ordine pubblico. Partendo da questa asserzione ci è permesso delineare nel diritto croato una prima distinzione tra l'illecito penale *stricto sensu* e delle contravvenzioni come "illecito punitivo", da una parte, e l'illecito civile dall'altra.

² Sulla natura dell'illecito criminale v. Pavišić – Grozdanić – Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, 3. izdanje, Zagreb, 2007, pp 4 i 5.

³ Art. 62 comma 3 della Legge penale.

⁴ Art. 387 della Legge penale.

⁵ Art. 63 comma 2 della Legge penale.

⁶ V. art. 31. comma 1 della Costituzione.

⁷ Per la situazione nell'Unione Europea v. Pradel – Corstens, *Droit pénal européen*, 2e édition, Paris, 2002, pp 487 e ss.

La sanzione penale rappresenta la conseguenza giuridica del compimento di un illecito penale, mentre la sanzione per la contravvenzione va intesa come la conseguenza giuridica di un illecito amministrativo. Solitamente l'ordinamento giuridico prevede, in via principale, la sanzione del pagamento di una somma di denaro e, nei casi tassativamente previsti dalla legge, la pena della privazione della libertà per un tempo breve e limitato (fino a 30 o, per le contravvenzioni più gravi, fino a 60 giorni),⁸ ed in via secondaria, concomitanti provvedimenti che limitano il godimento di beni; questi, peraltro, possono intaccare perfino il diritto di proprietà degli stessi ed altri diritti.

La relazione tra l'illecito penale e l'illecito delle contravvenzioni fa sorgere qualche dubbio in quanto entrambi i precetti violati tendono a salvaguardare un interesse pubblico. Nel tentativo di risolvere questo dubbio sono sorti diversi orientamenti dottrinali: da una parte, c'è chi materializza questa distinzione intendendo l'illecito penale *stricto sensu* come la conseguenza giuridica della violazione di una norma penale.⁹ Essa in via generale, intende salvaguardare l'ordine sociale attraverso la comminazione di una "pena criminale" volta ad infliggere una vera e propria sofferenza al soggetto cui la stessa è ingiunta, mentre, determina la concretizzazione dell'illecito delle contravvenzioni a seguito della violazione di un precetto che in sé ha come obiettivo la salvaguardia di interessi pubblici di specifica attribuzione all'ordine pubblico; interessi pubblici che vengono a realizzarsi attraverso la comminazione, appunto, di una sanzione diversa.

Da un punto di vista sostanziale, le conseguenze giuridiche dei due illeciti in esame, presentano delle indiscusse analogie che vengono alla luce se ci si sofferma a riflettere sugli obiettivi che si è posto il legislatore, depenalizzando alcuni fatti antiggiuridici prima previsti come illecito penale. Evidentemente l'intenzione del legislatore non è stata assolutamente quella di voler perseguire fini diversi da quelli iniziali, cioè la salvaguardia dell'ordine sociale attraverso l'esercizio di una potestà punitiva dello Stato.¹⁰

⁸ Secondo l'art. 35 comma 2 della Legge sulle contravvenzioni (2007) la pena della carcerazione per le contravvenzioni collegate: "... con la violenza, contro l'ambiente, con l'abuso dei narcotici ..." può essere inflitta in una durata di 90 giorni.

⁹ Le contravvenzioni (*Vergehen, faltas*) sono un *mala quia prohibita*: repressi solo in rapporto alle mutevoli esigenze di comune ordine e sicurezza. I delitti (*Verbrechen, delitos*) sono *mala in se'* cioè lesivi di un bene preesistente - reati che violano norme a tutela di diritti naturali. Il criterio distintivo delle due categorie accolto dal codice penale attualmente vigente è di natura formale stabilito dall'art. 39 del Codice penale italiano. Il sistema di *Common Law* distingue tra *felonies* e la categoria di più lievi reati: *misdemeanors*.

¹⁰ La nuova Legge sulle contravvenzioni (2007) con certi contenuti rappresenta un forte elemento strano nell'intero sistema della repressione penale (per argomentare questa tesi bastano due esempi: la particolare categoria "dell'imputabilità "significamene" diminuita" e concetto

Un illecito civile, ha l'obiettivo di salvaguardare degli interessi individuali e patrimoniali prevedendo tra l'altro, anche l'obbligo del risarcimento del danno da parte del responsabile della violazione stessa. La distinzione fin qui proposta appare netta. La formulazione, tuttavia, di alcune norme della Legge sull'esecuzione civile mette questa distinzione in forte dubbio.¹¹

3. Le sanzioni per gli atti criminali (o penali stricto sensu)

Le norme di carattere generale che disciplinano le sanzioni penali nella legislazione vigente croata sono previste: nella Legge penale, nella Legge sui tribunali per la gioventù, e nella Legge sulla responsabilità delle persone giuridiche per i reati. Il catalogo delle pene è previsto nella Parte speciale della Legge penale ed anche nelle fonti del diritto penale complementare.¹²

Il diritto penale croato è basato: (1) sull'unità dell'illecito criminale, (2) sulla specificità delle sanzioni criminali, (3) sulla separazione sostanziale, processuale ed organica tra la legislazione penale ("criminale") e quella delle contravvenzioni (come l'illecito penale "non criminale") e (4) sull'applicazione sussidiaria delle norme penali (in primo luogo sostanziali della Parte generale della legge penale e le norme processuali) alle altre categorie delle violazioni.

Nella legislazione penale stricto sensu vengono regolate le quattro specie di sanzioni penali: a) le pene (la pena della carcerazione e la pena pecuniaria), b) le sanzioni ammonitive (condanna condizionale, condanna condizionale con la sorveglianza protettiva e ammonimento giudiziario), c) le misure di sicurezza (6), e d) le misure di educazione (8).¹³

La parte generale della Legge penale abbraccia anche tante altre regole sull'applicazione, mitigazione ed assoluzione dalla pena, sul lavoro per il bene comune e le norme sulla sostituzione della pena pecuniaria con la pena d'incarcerazione.¹⁴

La Legge sui tribunali per la gioventù regola in dettaglio le misure di educazione e precisa, altresì, l'applicazione della pena della carcerazione per i minorenni.¹⁵ La Legge sulla responsabilità delle persone giuridiche per i reati, regola le particolari specie di misure di sicurezza previste per le persone morali responsabili per i reati. Suddette sanzioni penali stricto sensu contengono tutti gli elementi della sanzione criminale.¹⁶

essenzialmente diverso dello stato di necessità nel rispetto delle corrisposte categorie nella Legge penale.

¹¹ V. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006., p. 126.

¹² Che è in gran parte obsoleto. V. op. cit. n. 1 pp. 34 i 35.

¹³ Artt. 49 – 81. della Legge penale.

¹⁴ Artt. 51 – 58. della Legge penale.

¹⁵ Artt. 91 – 107; 116 della Legge sui tribunali per la gioventù.

¹⁶ Cfr. artt. 16 – 19 della Legge sulla responsabilità delle persone giuridiche.

4. Le sanzioni per le contravvenzioni (o penali *sensu largo*)

Partendo dalla norma dell'articolo 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la legislazione delle contravvenzioni nel diritto vigente croato appartiene anche al campo della legislazione penale *sensu largo*. Si tratta del diritto "punitivo" per le contravvenzioni, intese alla stregua di violazioni delle norme sociali diverse dai reati.

Le contravvenzioni nella legislazione croata hanno da sempre rappresentato un campo del diritto che spesso e facilmente si è prestato a numerose problematiche interpretative. Le sanzioni previste nella Legge sulle contravvenzioni, così come in numerose altre leggi e regolamenti che contengono le contravvenzioni, formano una quantità imponente di norme non sempre concordanti. Le sanzioni per le contravvenzioni, come già detto in principio, non hanno carattere "criminale". Nondimeno, spesso i contenuti delle sanzioni per le contravvenzioni sono più pesanti delle simili sanzioni penali.

La Legge sulle contravvenzioni¹⁷ è la fonte principale dell'intero spazio eterogeneo delle contravvenzioni. Le contravvenzioni sono previste nelle diverse leggi ma anche nelle decisioni dei corpi rappresentativi degli organi dell'amministrazione regionale e locale.¹⁸

Le sanzioni per le contravvenzioni previste dalla legge sono: a) le pene (la pena pecuniaria e la pena della carcerazione), b) le sanzioni ammonitive, c) le misure di protezione e d) le misure di educazione.¹⁹ Per le contravvenzioni previste nelle decisioni degli organi regionali e locali è prevista solo la pena pecuniaria.²⁰

Per ogni sanzione vige il principio di determinatezza della sanzione nel rispetto del contenuto e della durata della sanzione, il principio di proporzionalità ed il principio di salvaguardia della dignità della persona dell'imputato. Il carcere non può essere mai l'unica pena prevista per la contravvenzione.²¹

Il posto centrale nell'ambito sanzionatorio del diritto delle contravvenzioni è riservato alla pena pecuniaria nelle sue due forme. Il minimo generale della pena pecuniaria è 100,00 kn, mentre il massimo dipende dalle caratteristiche del soggetto colpevole (le persone fisiche, le persone giuridiche), della natura della contravvenzione, della provenienza della norma della contravvenzione ecc.²² Per le contravvenzioni nel settore delle finanze, protezione dell'ambiente, protezione

¹⁷ La Legge sulle contravvenzioni (Zakon o prekršajima) è nel frattempo sostituito con una nuova legge – v. la nota 28.

¹⁸ Art. 2 comma 2 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

¹⁹ Art. 5 comma 2 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²⁰ Art. 5 comma 3 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²¹ Art. 31 comma 3 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²² Art. 33 – 35 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

della salute, sicurezza sociale, collocamento al lavoro nero, fisco, telecomunicazioni, libero mercato, edilizia, e alcuni altri, il massimo della pena è più alto.²³ In tali casi la sanzione pecuniaria consiste nel pagamento della doppia somma del massimo generale della pena pecuniaria. La stessa regola vale per la contravvenzione commessa a scopo di lucro.²⁴ Nei casi tassativamente previsti dalla legge la pena pecuniaria può essere prevista come sanzione proporzionale (determinata percentuale o una parte definita in base del valore protetto).²⁵

E' da evidenziare che tali norme, oltre a permetterci una diretta identificazione della sanzione pecuniaria, fissando in concreto il limite minimo ed il limite massimo prevedibile, eccetto che per le sanzioni proporzionali, si pone tra l'altro come punto di riferimento per il legislatore prevedendo il limite massimo per le suddette sanzioni.

In generale la sanzione per le contravvenzioni è inflitta dal giudice. Questa norma è assoluta: a) per gli autori minorenni delle contravvenzioni e b) per la pena della carcerazione. Per gli altri autori la sanzione per le contravvenzioni può essere irrogata anche dall'Autorità amministrativa di volta in volta competente, lasciando quindi immutati i suoi fini originali (p. e. in materia di dogana, sicurezza marittima, finanze). La sanzione privativa della libertà può essere inflitta esclusivamente dal giudice.²⁶

Da quel punto di vista, la "pena criminale" e la "pena non criminale" presentano anche evidenti parallelismi riguardo alcuni loro aspetti intrinseci quali quello dell'afflittività (entrambi conferiscono ai trasgressori conseguenze negative), quello della dissuasione (entrambi minacciano l'afflizione della pena al potenziale trasgressore) e quello della giusta retribuzione dell'illecito, che dovrà essere proporzionata alla gravità dell'azione posta in essere.

L'aspetto della retribuzione va comunque ben distinto dall'aspetto risarcitorio e di recupero che invece va ad operarsi nei confronti del responsabile dell'illecito civile, dove la lesione giuridica venutasi a creare, va ad esaurirsi nello stesso momento del risarcimento. Nonostante l'affinità, non vi è dubbio che tra le due sanzioni, penale e "contravvenzionale", è altresì dato cogliere delle distinzioni importanti.²⁷

²³ Art.33 comma 7 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²⁴ Art. 33 comma 8 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²⁵ Art. 33 comma 9 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²⁶ Art. 35 comma 3 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²⁷ Nell'ex-Stato jugoslavo la prima fonte delle norme sulle contravvenzioni era la Legge fondamentale sulle contravvenzioni del 1947 che prevedeva un processo penale amministrativo per le contravvenzioni. Suddetta terminologia è rimasta in vigore fino 1965. Dopo il 1974 inizia il periodo segnato dalla divisione delle competenze legislative – federali limitate alle contravvenzioni previste nelle fonti federali, e le competenze più importanti delle unità federali. Lo Stato croato ha promulgato l'attuale Legge sulle contravvenzioni nel 2002. La Legge è caratterizzata dalla forte "giudizializzazione" dell'intero corpo legislativo.

I tribunali per le contravvenzioni sono una componente del potere giurisdizionale. La parte generale costruita secondo il contenuto della Legge penale, abbraccia l'intero contenuto delle norme generali.²⁸ La parte speciale della legislazione delle contravvenzioni comprende, come già accennato, numerose fonti legislative e anche un numero significativo di regolamenti locali. Esso abbraccia un insieme grandissimo di norme situate nelle numerosissime leggi: una vera e propria massa magmatica legislativa non misurabile.

Il processo per le contravvenzioni è strutturato secondo il modello del processo penale. I diritti dell'imputato sono uguali ai diritti esistenti nel processo penale. Per i "creatori" delle contravvenzioni oltre il Parlamento (assemblee delle autorità locali), sono prescritti forti limiti della competenza normativa.

Il diritto delle contravvenzioni nella dottrina croata è anche oggi la zona d'interferenza tra "il diritto amministrativo penale" ed il diritto penale. Il processo di giudizializzazione della legislazione di contravvenzioni è un impulso verso il diritto penale. Al contrario il collegamento sostanziale (la norma regolatrice – la norma sanzionatoria) suggerisce una tendenza verso il diritto amministrativo. L'influsso delle novità nel diritto straniero (p. e. Strafrecht nella legislazione austriaca) ha già dato un certo risultato (p. e. l'esistenza delle diverse (due) forme della pena pecuniaria nella Legge sulle contravvenzioni del 2002) è un segno dei possibili futuri passi indirizzati al nuovo sistema delle sanzioni amministrative "pulite" dai tutti gli elementi retributivi.²⁹

La nuova Legge sulle contravvenzioni è stata promulgata il 3 Ottobre 2007. Il cambiamento è orientato verso un modello di repressione più efficace nel settore del perseguimento delle contravvenzioni.³⁰ Altro aspetto generalmente presente è quello riguardante la revisione del sistema sanzionatorio.³¹

²⁸ Artt. 1 – 81 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

²⁹ Nel mese di maggio del 2007 era alla prima lettura nel Parlamento il disegno di Legge sui cambiamenti della Legge sulle contravvenzioni volta ad un'efficacia più alta, una dinamica più adatta alla natura delle contravvenzioni e in primo piano verso la diminuzione dei tanti casi di prescrizione. Il risultato del dibattito parlamentare non ha offerto un netto e chiaro impulso positivo. Una forte resistenza, ben visibile tra i parlamentari, era basata sull'ipotesi che una volta ottenuto il livello di garantismo, non può essere ridotto ogni volta in cui nascono delle difficoltà nella prassi. D'altra parte esiste un altissimo livello d'inefficacia dell'intero sistema di repressione delle contravvenzioni con numero elevato dei casi di prescrizione in primo luogo in materia delle contravvenzioni della circolazione stradale ecc. Questo ha costretto il legislatore a cercare delle nuove soluzioni per intero campo delle contravvenzioni.

³⁰ P. e. l'aumento dei termini di prescrizione.

³¹ Il massimo della pena della carcerazione in certi casi – v. la nota 24 – è aumentato fino 90 giorni.

5. Le sanzioni per le violazioni processuali

Le violazioni del regime processuale rappresentano una terza categoria di violazioni cui si comminano delle sanzioni punitive. Il diritto croato prevede nelle norme processuali penali, civili e amministrativi due diverse forme di pene processuali: poene inobediantiae e poene executorie.³² La prima categoria prevede esclusivamente pene pecuniarie. La seconda, invece, prevede in alternativa alle pene pecuniarie anche ipotesi di incarcerazione per un tempo non superiore ad un mese. Queste ultime, nel processo penale sono previste per la persona che rifiuta il dovere edittale e per il testimone renitente.

Un'apposita categoria di sanzioni è la pena del Tribunale commerciale, nell'espletamento della sua funzione di Tribunale del registro. Le pene del registro sono previste nella Legge sulle società commerciali: si tratta solo di pene pecuniarie.³³

6. Le sanzioni per le violazioni previste nella Legge sull'esecuzione

La Legge sull'esecuzione civile contiene una serie di norme di carattere repressivo. La Legge distingue l'esecuzione in base all'oggetto ed il modo d'esecuzione. Per i soggetti del processo ed anche per le altre persone sono previste pene pecuniarie "graduate", ma anche la pena detentiva.³⁴ La durata della pena di carcerazione può essere di sei mesi. Essa è prevista solo per forme d'esecuzione tassativamente previste. Ambedue le pene sono previste come poena inobedientiae e poena executoria.

7. Le sanzioni per le violazioni disciplinari

Le norme sulle violazioni e le sanzioni disciplinari nel diritto croato contengono diverse caratteristiche. Dal punto di vista dell'aspetto sostanziale, le violazioni sono molto spesso classificate in due categorie: le violazioni disciplinari gravi e le violazioni disciplinari lievi. In tutte le fonti le sanzioni portano il forte segno del suddetto dualismo e sono dimensionate alla base di questa classificazione elementare.

Il catalogo delle sanzioni abbraccia le pene. In alcuni casi le pene sono accompagnate dall'obbligo di risarcimento del danno causato dalla violazione. Anche gli organi disciplinari, il catalogo delle sanzioni, e le norme processuali sono distinti. I gruppi ed i tipi di violazioni disciplinari sono numerosi e distinti tra loro.

³² V. p. e. artt. 73, 209, 218, 249 i 300 della Legge sul processo penale.

³³ Legge sulle società commerciali (Zakon o trgovačkim društvima – Narodne novine 111/1993, 34/1999, 52/ 2000, 118/2003, 107/2007).

³⁴ Legge sull'esecuzione civile (Ovršni zakon – Narodne novine 57/1996, 29/1999, 42/2000, 173/2003, 194/2003, 151/2004, 88/2005).

a) Le sanzioni per le violazioni disciplinari delle persone ufficiali

Un primo gruppo dei sistemi disciplinari è destinato ai pubblici ufficiali, agli impiegati dello Stato, ai magistrati e ai militari.

Per le violazioni disciplinari lievi dei pubblici ufficiali, impiegati dello Stato è competente in primo grado il capo del servizio.³⁵ Il processo in secondo grado si realizza avanti all'apposito Tribunale per i pubblici ufficiali e gli impiegati dello Stato composto dai pubblici ufficiali, persone ufficiali e da giudici ordinari.

Suddetto tribunale è competente in primo grado per le violazioni disciplinari gravi. In secondo grado procede Il Tribunale disciplinare per i pubblici ufficiali dello Stato, composto anche dai pubblici ufficiali e da giudici ordinari.

L'iter del processo è regolato dalle norme della Legge sul processo amministrativo generale e, in via sussidiaria, applicando le norme del processo penale. Quest'ultimo si riferisce in primo luogo al diritto di difesa.

Il cumulo dei due tipi di responsabilità è possibile. Il corso del processo penale o per la contravvenzione non è d'impedimento per il processo disciplinare. Inoltre, l'assoluzione nel processo penale non condiziona la decisione nel processo disciplinare.

Per le violazioni disciplinari lievi le sanzioni sono: l'ammonimento pubblico, la pena pecuniaria fino 10% dallo stipendio mensile. Per le violazioni gravi è prevista la pena pecuniaria fino 20% dalla somma mensile, per un periodo fino sei mesi, il trasferimento ad altro posto di lavoro ad un livello più basso e la cessazione del servizio.

b) Le sanzioni per le violazioni disciplinari dei magistrati

Il secondo gruppo dei sistemi disciplinari destinati ai magistrati comprende le violazioni dei giudici e procuratori dello Stato.³⁶ Il processo per tali violazioni è in primo grado previsto davanti al Consiglio giurisdizionale dello Stato (per i giudici) e il Consiglio della procura dello Stato (per i procuratori dello Stato) i cui membri sono eletti dal Parlamento. Entrambi i consigli sono composti da giudici (primo) e procuratori dello Stato (secondo), con i rappresentanti dell'ordine degli avvocati e professori universitari.

I consigli procedono come organi di primo grado. In secondo grado procede la Corte costituzionale se la sanzione irrogata è la cessazione del servizio. L'iter processuale è regolato dalle norme delle apposite leggi che sono modellate in

³⁵ V. la Legge sulle persone ufficiali dello Stato (Zakon o državnim službenicima – Narodne novine 92/2005, 142/2006, 77/2007, 107/2007).

³⁶ Per i giudici v. la Legge sul Consiglio statale giudiziario (Zakon o Državnom sudbenom vijeću – Narodne novine 58/1993, 49/1999, 31/2000, 129/2000, 59/2005, 150/2005); per i procuratori dello Stato la Legge nella procura dello Stato (Zakon o državnom odvjetništvu – Narodne novine 51/2001, 16/2007).

base alle corrispondenti norme del processo penale. Entrambe le leggi prevedono l'applicazione sussidiaria delle norme del processo penale.

Il cumulo dei due tipi di responsabilità è possibile: il corso del processo penale, infatti, non è d'impedimento per il processo disciplinare. Inoltre, l'assoluzione nel processo penale non condiziona la decisione nel processo disciplinare.

Per le violazioni disciplinari le sanzioni sono: l'ammonizione, la pena pecuniaria fino un terzo dello stipendio per un periodo di sei mesi e la cessazione del servizio.

c) Le sanzioni per le violazioni disciplinari dei militari

I militari, gli ufficiali e gli impiegati militari sono sottoposti alla responsabilità disciplinare per due diverse categorie di violazioni: l'errore disciplinare e la trasgressione disciplinare, se dette violazioni sono commesse con dolo o colpa. I militari di leva (ancora esistente come alternativa) ed i militari di riserva possono essere responsabili solo per gli errori disciplinari.³⁷

Per l'errore disciplinare la sanzione è rappresentata da una misura disciplinare, mentre la pena disciplinare è prevista per le trasgressioni disciplinari. I cataloghi delle misure e delle pene disciplinari prevedono elevato numero di sanzioni.

Il processo disciplinare è regolato da un'apposita normativa (Ordine disciplinare militare). L'ordine prevede l'inizio e le fasi fondamentali del processo. Per lo svolgimento dell'iter processuale e per i singoli atti processuali è prevista l'applicazione analogica delle norme che regolano il processo penale. Il corso del processo penale, non è d'impedimento per il processo disciplinare. L'assoluzione nel processo penale non condiziona la decisione nel processo disciplinare. Per la sostituzione dalla sanzione penale con una misura disciplinare v. supra 1.

Gli organi processuali in primo grado sono i Tribunali disciplinari militari (4) ed in secondo grado il Tribunale disciplinare militare superiore. Il Presidente del tribunale è l'ufficiale in grado di generale o ammiraglio. I giudici sono laureati in giurisprudenza.

d) Le sanzioni per le violazioni disciplinari degli avvocati

La responsabilità disciplinare degli avvocati e praticanti è regolata dalla Legge sull'avvocatura e dallo Statuto dell'ordine degli avvocati croati. All'interno della struttura dell'Albo sono previsti organi disciplinari: l'accusatore ed il tribunale.

Per il processo disciplinare in primo grado è competente il Tribunale disciplinare dell'Ordine degli avvocati. In secondo grado, se la decisione nel primo grado era la cessazione del servizio dell'avvocato, procede alla base dell'appello un organo misto della Corte suprema con due rappresentanti dell'Ordine degli avvocati. Il cumulo

³⁷ V. la Legge sul servizio nelle Forze armate (Zakon o službi u oružanim snagama – Narodne novine 33/2002, 58/2002, 175/2003, 136/2004, 76/2007).

dei diversi tipi di responsabilità (penale, o per la contravvenzione, e disciplinare) è possibile: il corso del processo penale o per la contravvenzione, infatti, non è d'impedimento per il processo disciplinare. Inoltre, l'assoluzione nel processo penale non condiziona la decisione nel processo disciplinare.

e) Le sanzioni per le violazioni disciplinari dei dottori in medicina e stomatologia

Il catalogo delle violazioni disciplinari dei medici è elaborato nella Legge sui dottori in medicina. Le violazioni si distinguono in due categorie: gravi e lievi. Il catalogo delle sanzioni abbraccia due gruppi, ognuna con un elenco delle sanzioni: il primo gruppo è previsto per le violazioni lievi, il secondo gruppo, invece, per le violazioni gravi.

La responsabilità disciplinare è valutata dalla struttura dell'Ordine dei dottori. In primo grado procede il Tribunale d'onore e nel secondo grado il Tribunale d'onore superiore.

Il procedimento è regolato dalle norme speciali previste dallo Statuto dell'Ordine e da altre norme. Per le relazioni che non sono esplicitamente previste, si applicano, in via sussidiaria, le norme del processo penale.

L'esistenza del processo penale (o quello per la contravvenzione) non è d'impedimento per il processo disciplinare. Inoltre, l'assoluzione nel processo penale non condiziona la decisione nel processo disciplinare.

f) Le sanzioni per le violazioni dei doveri contrattuali

Il potere disciplinare del datore di lavoro consiste nella facoltà a questi attribuita dalla Legge sul lavoro di comminare sanzioni al lavoratore che viene meno ai propri doveri contrattuali di diligenza, obbedienza e fedeltà, sanciti dalle norme del contratto collettivo.

Il potere disciplinare è tuttavia sottoposto a forme di controllo dirette a garantire la posizione contrattuale del lavoratore; occorre, infatti, considerare la sussistenza e l'imputabilità del fatto, nonché l'adeguatezza della sanzione, che deve essere proporzionata alla gravità della violazione.

I vari tipi di sanzioni, così come emerge dalla prassi contrattuale, sono i seguenti: il richiamo verbale, l'ammonizione scritta, la multa, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione ed il licenziamento.

Le norme sul processo disciplinare, devono essere conosciute dai lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti, preventiva e specifica contestazione dell'addebito, con la quale il datore di lavoro deve manifestare la volontà di considerare il fatto come illecito disciplinare, specificando i fatti contestati con sufficiente precisione.

Deve essere contestata altresì la recidiva, nell'ipotesi in cui essa concorra ad integrare la violazione. Per quanto concerne il diritto di difesa del lavoratore, il datore

di lavoro, salvo il caso del rimprovero verbale, è tenuto ad ascoltare il lavoratore che ne faccia richiesta ed a ricevere le sue eventuali difese scritte (con facoltà per il lavoratore di farsi assistere da un rappresentante sindacale) concedendogli un termine non inferiore a 5 giorni. Sul datore di lavoro non grava un obbligo di motivare il provvedimento disciplinare in relazione alle difese avanzate dal lavoratore, salvo il caso che tale obbligo sia previsto dal codice disciplinare o dal contratto collettivo.

8. Conclusioni

1. Le contravvenzioni, adoperando un termine vicino alla nozione utilizzata nel diritto italiano, e cioè: a) l'illecito non criminale, b) punito dallo Stato (e poteri locali in misura espressamente prevista dalla legge), c) con le sanzioni per le contravvenzioni.
2. Il principio nulla poena sine crimine è la base della responsabilità per la contravvenzione.³⁸ In tale senso non esiste differenza tra il diritto penale ed il diritto delle contravvenzioni.
3. Il principio nulla poena sine lege nei due settori del diritto punitivo è diverso. Nel diritto penale (criminale) tale principio vige nel suo pieno e preciso contenuto (nullum crimen sine lege praevia, certa, scritta). Nel settore delle contravvenzioni il principio di riserva di legge che limita decisamente l'ambito di intervento legislativo non è equiparabile con il principio di legalità del diritto penale sostanziale. In tale ambito, la riserva di legge ha carattere relativo diventando "la riserva di norma legislativa o altra norma prevista dalla legge". Il principio della "tassatività e sufficiente determinatezza della legge", in virtù della quale la norma penale deve avere una formulazione chiara e precisa in modo che il cittadino possa individuare con chiarezza quale comportamento è considerato vietato e quale sia la sanzione collegata alla sua violazione, nel campo delle contravvenzioni ha un valore secondario. Il principio dell'irretroattività della legge, sancito sia da legge formale, ma specialmente dalla Costituzione, vieta l'applicazione della sanzione penale a fatti che siano accaduti prima dell'entrata della norma o legge che la prevede.

Tenendo conto della difficoltà della trattazione di tali problematiche in poche righe ci si può limitare ad affermare che, comunque, ci si muove entro i limiti di tutela e di garanzia del cittadino nei confronti delle norme sulle contravvenzioni.

4. Il principio nullum crimen, nulla poena sine lege certa o il divieto di analogia in materia penale sensu largo si riferisce alle contravvenzioni, alle pene ed alle

³⁸ V. l'art. 2 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

- misure di protezione che sono soltanto quelle espressamente previste dalla legge.
5. Le pene per le contravvenzioni si fondano sulla colpa (nulla poena sine culpa).³⁹ Le forme ed i contenuti della colpevolezza sono basati allo stesso modo nelle corrispondenti leggi. Il suddetto principio è esteso a tutte le sanzioni penali ed a quelle per le contravvenzioni. Nessuna sanzione può essere irrogata senza colpa, la quale peraltro deve essere accertata in capo all'autore dell'atto nel caso concreto. Il principio di determinatezza della sanzione penale, ogni sanzione penale deve essere applicata per un determinato periodo, è garantita dalla Costituzione. Questo principio vige per l'intero "campo punitivo". Nessun contenuto e modalità della pena deve condurre all'umiliazione della dignità della persona umana od a sofferenze corporee e psichiche.
 6. Il legislatore croato ha fatto un passo imprevedibile introducendo la nozione della categoria di "imputabilità "significamene" diminuita" non esistente nell'ambito del diritto penale.
 7. Il principio secondo cui le sanzioni penali devono essere applicate dal giudice (nulla poena sine iudicio) non vige per un significativo numero di contravvenzioni e di pene pecuniarie ed altre sanzioni. Le pene più gravi (in primo luogo la pena di carcerazione) può essere inflitta solo dal giudice per le contravvenzioni.
 8. Il processo per le contravvenzioni è equiparato negli elementi essenziali della struttura e della sua dinamica ai corrispondenti elementi del processo penale. Il processo penale funziona come fonte sussidiaria per il processo per le contravvenzioni. In tale modo il principio nulla poena sine processu nel diritto croato è previsto per l'intero corpo del "diritto punitivo" dello Stato. La protezione dei diritti delle persone colpevoli per le contravvenzioni è prevista anche fuori del processo per la contravvenzione, davanti la Corte Suprema della Repubblica di Croazia, nei casi previsti dalla Legge.
 9. La trasformazione del campo del diritto delle contravvenzioni è fatta con la riforma legislativa del 2007. Questo è il tipico svolgimento per le strutture della legislazione di un paese in via di transizione. Il primo passo (la promulgazione della nuova legge nel 2002), era rappresentato dall'introduzione delle garanzie fondamentali menzionate prima. La seconda fase, già in atto, è la ricerca di un modello efficace, meno costoso, più semplice con garanzie fondamentali per il cittadino per numerosissime diverse forme di contravvenzioni che in gran parte sono mala prohibita. Si tratta, peraltro, di un risultato, peraltro, ancora non

³⁹ V. art. 4 della Legge sulle contravvenzioni (2007).

raggiunto nemmeno in tantissimi altri paesi con tradizioni democratiche ben più lunghe.

10. Il corpo della legislazione “punitiva” fuori dallo jus puniendi dello Stato è composta dai vari tipi di responsabilità disciplinare eterogenea nelle forme, norme procedurali, le sanzioni ecc. Questo è lo spazio dove lo Stato deve intervenire con cautela tenendo conto, tuttavia, del fatto che le norme fondamentali sono inevitabili.
11. Il continuo proliferare di svariate fattispecie (particolarmente nel diritto penale complementare), la mancata efficacia del sistema sanzionatorio in generale così come altri segni della crisi del classico corpo del diritto penale hanno già stimolato la dottrina ed il Legislatore a ricercare una soluzione riformatrice del sistema; malgrado ciò, i risultati raggiunti non sono ancora soddisfacenti.
12. Il problema fondamentale, assicurare cioè un sistema punitivo più efficace, salvaguardando il grado di garanzie già ottenuto, rappresenta nel diritto croato una sfida per la dottrina, per il potere legislativo e per la giurisprudenza. I contorni della sfida si fanno più marcati ancora se si considera la mole inaccettabile di procedimenti per le contravvenzioni caduti in prescrizione.

Francesco Tagliarini*

L'ARTICOLAZIONE DELLE SANZIONI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI COLLETTIVI

Predviđanje sankcija s posebnim osvrtom na odgovornost kolektivnih
struktura

Sommario

Introduzione – 1. Le concezioni principali dell'intervento penale in campo tributario
– 2. Il codice del '30 – 3. Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 – 4. La sussistenza
di un requisito di natura oggettiva – 5. Il regime sanzionatorio del D.L.gs. 231/2001

Introduzione

Nell'ordinamento giuridico italiano, la repressione penale dei fenomeni illeciti patrimoniali, specie nel campo economico e finanziario risale ad epoche molto antiche e, per reprimere tali fenomeni, vennero usate sia le pene criminali personali sia quelle pecuniarie.

In tale prospettiva, rimase però fermo il principio "societas delinquere non potest" e la tendenza fu di punire in ogni caso le persone fisiche, così potendo permanere l'ampio utilizzo di tutte le tipologie di sanzioni criminali, personali e pecuniarie.

1. Le concezioni principali dell'intervento penale in campo tributario

Il fenomeno dell'attenuarsi è restringersi dell'intervento penale in campo tributario si verificò, invece, in epoca più recente, e cioè nelle legislazioni del sec. XIX, sotto l'influsso di due concezioni profondamente e schiettamente radicate nel pensiero dell'illuminismo giuridico-penale e poi del liberismo mercantile.

Ci riferiamo, innanzitutto, alla concezione generale che l'intervento di carattere penale dovesse avere carattere di "estrema ratio" e, quindi, venir applicato solo

* Professore ordinario, preside, Facoltà di giurisprudenza, Università degli studi di Bergamo/
Redoviti profesor, dekan, Pravni fakultet Sveučilišta u Bergamu.

quando, rispetto a determinate condotte devianti, fossero risultati inadeguati i mezzi sanzionatori proprii del diritto civile e di quello amministrativo (o di polizia). Tutto ciò fondandosi sulla concezione della sanzione criminale volta alla tutela dei diritti fondamentali del cittadino, e, comunque, basata su fini di retribuzione, giuridica o etica, che mal si atteggiava a fatti, sostanzialmente, di mero adempimento patrimoniale, specie se esenti da profili di frode o di spoglio violento.

Concezione questa, certo, significativa ma che non può essere sopravvalutata poiché, da un lato, gli ancora incerti confini fra repressione amministrativa e repressione penale, consentivano allo Stato di rafforzare le proprie pretese tributarie con strumenti limitativi delle prerogative personali e patrimoniali del cittadino, nominalmente di carattere amministrativo, ma sostanzialmente – specie nell'ottica odierna – di sicuro contenuto penale quali le sanzioni interdittive.

La seconda concezione, cui intende farsi riferimento, è quella sorta nell'epoca più strettamente collegata all'affermarsi del liberalismo-mercantile, che informò le legislazioni civili e commerciali della seconda metà dell' '800, tendente ad affermare la particolare autonomia del c.d. diritto dei commercianti ed a ripetere, connessamente, che l'intervento penale, in tale settore, si limitasse a reprimere i più gravi fatti fraudolenti e, possibilmente, rifuggisse dall'adozione della pena detentiva, per non reintrodurre, sotto altra veste, l'istituto della prigione per debiti.

Questa tendenza è stata posta già in luce dalla dottrina laddove si è evidenziato come il Codice di Commercio, del 1889, nella repressione dei reati societari si limitò non solo nell'individuazione del numero delle fattispecie di reato, ma applicò ad esse esclusivamente una pena pecuniaria (multa o ammenda), tolta la sola e più grave ipotesi dell'art. 246, che costituiva, appunto, un tipico delitto di frode patrimoniale.

Se, pertanto, si opinava, in quella fase della nostra evoluzione legislativa, che gli strumenti del diritto civile e commerciale più e meglio di quelli penali, potessero aver successo nel reprimere le condotte devianti del commercio, o comunque di carattere patrimoniale, non v'è da stupirsi che tale opinione abbia influenzato anche il settore del diritto finanziario e tributario, limitando in esso l'intervento, organico, di una specifica legislazione penale.

Anche tale seconda affermazione deve, peraltro, essere assunta come una linea di tendenza, consistente ma non esaustiva, giacché nell'assetto giuridico dello Stato unitario e liberale la presenza dell'intervento penale in campo tributario ebbe significativa presenza ed estensione, sia pure conservando l'antico retaggio di una marcata disorganicità e di una visibile iniquità.

Senza voler entrare, in questa sede, nel campo storico tributario, che non ci compete, è sufficiente un breve riferimento ai settori cruciali delle imposte doganali, delle imposte di fabbricazione e delle c.d. tasse sui consumi, per ravvisare l'entità e l'estensione dell'intervento penale nel campo dell'imposizione tributaria.

In argomento è sufficiente ricordare, seguendo l'antica tradizione di punire i fatti di contrabbando doganale con sanzioni particolarmente severe, il legislatore dell'Italia unitaria, col Regolamento Doganale dell'11 settembre 1862 (integrato nel 1866), ritenne reati vari fatti di contrabbando, punendone alcuni con la multa, e cioè a titolo di delitti, ed altri con la sola ammenda, tradizione questa ben radicata che si perpetuò nel successivo d.l. 18 dicembre 1913 e nella l. 17 aprile 1925, n. 473.

Non diversamente nel campo dell'imposizione diretta, e più particolarmente nel settore delle imposte di fabbricazione, l'intervento penale fu tutt'altro che lieve sol che si pensi al disposto dell'art. 98 e ss., r.d. 19 novembre 1874, n. 2248, portante norme di attuazione della l. 3 giugno 1874, n. 1952, relativa alla tassa sulla fabbricazione dell'alcool, ovvero dell'art. 10, l. 8 agosto 1895, n. 486, riguardante l'imposta sulla fabbricazione dei fiammiferi, per non estendere oltre la nostra osservazione.

Non dimenticato, infine, che esteso fu il ricorso alla sanzione penale, sotto forma di multa o ammenda, nello stesso campo delle infrazioni alle norme sui tributi locali, ed in particolare a quelle riguardanti le c.d. imposte di consumo; in tal senso l'orientamento fu duraturo e trovò definitiva conferma, da ultimo, nell'art. 55 ss., del t.u. di cui al r.d. 14 settembre 1931, n. 1175.

Tutto ciò comprova che, a parte le più remote epoche, già nell'origine dello Stato unitario e liberale, l'intervento penale a salvaguardia dei diritti economico-finanziari dell'Erario e degli Enti territoriali, alla corretta esazione dei tributi fu più esteso di quanto si possa pensare, e ciò, del resto, trova autorevole conferma in un orientamento dottrinale, dell'inizio del secolo che, nell'ambito di una illustrazione sistematica dei principi riguardanti il sistema impositivo, così concludeva, in ordine alla repressione delle violazioni tributarie: "A sanzione contro le violazioni delle disposizioni di legge o regolamenti sull'accertamento, la liquidazione e la riscossione delle imposte sta un triplice ordine di pene così per i cittadini, che per i funzionari negligenti, cioè la restrizione della libertà personale, e la multa o l'aggravamento dell'imposta in una misura che la legge, caso per caso, determina e la confisca dell'oggetto che si voleva in parte per intero sottrarre al dovere tributario."

Un profilo di repressione penale era, quindi, presente, anche se – come già detto – non organico ed omogeneo, e lo stesso, spesso improprio, richiamo operato del legislatore alle sanzioni della multa, dell'ammenda e delle pene pecuniarie, lasciava ampi margini di incertezza circa l'attribuibilità del settore all'ambito penale o a quello amministrativo, tanto da risultare necessario, ancora all'inizio del sec. XX, l'intervento della Suprema Corte regolatrice per affermare la non convertibilità delle c.d. pene pecuniarie (amministrative) in misure privative della libertà.

2. Il codice del '30

Il codice del '30 nasceva dall'esigenza di superare alcuni limiti che il Codice Penale del 1889 aveva evidenziato a fronte del dilagare, nell'immediato primo dopoguerra, della criminalità minorile, dei fenomeni di delinquenza abituale e della pericolosità degli infermi di mente.

Anche sulle orme della Scuola Positiva si varò un codice costruito "a misura d'uomo" e tale fu il risultato, di cui sono testimonianza norme sparse in tutto il codice (dall'imputabilità al sistema sanzionatorio, alla commisurazione della pena).

In tale prospettiva, il problema delle persone giuridiche e della loro punibilità venne circoscritto nella sola norma dell'art. 197 c.p.

L'indirizzo legislativo aveva in realtà il suo antecedente nella L. 4 del 1929, che prevedeva (al suo art. 10) un'obbligazione civile e sussidiaria ("in caso di insolubilità del condannato") di garanzia a carico degli enti riconosciuti, per reati contravvenzionali di natura tributaria commessi da soggetti funzionalmente legati alla persona giuridica.

Il testo definitivo dell'art. 197 ricalcava quasi pedissequamente la legge appena citata, con la differenza che l'obbligazione di garanzia veniva estesa a ogni reato contravvenzionale punito con l'ammenda; peraltro, venivano mantenuti il riferimento ai soli "enti forniti di personalità giuridica", con esclusione di Stato, Provincia e Comuni dal novero degli obbligati.

Con l'art. 197 si risolse in senso negativo il problema della perseguibilità delle persone giuridiche chiaramente evidenziandosi che il nostro diritto positivo, almeno di regola, non riconosce agli enti collettivi la qualità di soggetti rivestiti di capacità penale. Solo ben più tardi, dopo falliti tentativi di riforma generale del Codice Penale, la stessa Commissione presieduta dal Prof. Pagliaro, istituita nel 1988 non affrontò il tema della responsabilità delle persone giuridiche, in quanto gli studiosi ritenevano che la perseguibilità dell'ente era impossibile, non dal punto di vista ontologico, bensì perché lo stesso non poteva essere sottoposto a pena criminale.

La dottrina al contrario tendeva a potenziare con altri strumenti il controllo sociale della criminalità d'impresa, portando come esempio la riflessione attenta sulle norme relative alla posizione di chi assume funzioni, oppure la definizione degli obblighi di sorveglianza la cui violazione comporti responsabilità per omissione.

La Commissione Grosso, data la particolare congiuntura storica, elaborava il suo Progetto seguendo costantemente i lavori paralleli del Parlamento, che in quel periodo stava preparando la legge delega 300 del 2000 (testo da cui è derivato il d.lg. 231/2001) e il Progetto finale di riforma, licenziato nel 2000, contiene finalmente il titolo Settimo destinato alla "responsabilità delle persone giuridiche" (art. 123-133).

Nella Relazione, presentata a corredo del Progetto si legge che "Non si trattava semplicemente di introdurre istituti nuovi. Si trattava anche di raddrizzare istituti

esistenti, che la mancata previsione di una diretta responsabilità della persona giuridica espone a uno stress gravemente deformante, con costi (in termini di denaro e di sperequazioni di trattamento) che ricadono non solo sulle persone fisiche autori di reato, ma anche sulle persone giuridiche, la cui estraneità al sistema penale è già oggi, di fatto e di diritto, mera apparenza”.

Non si può tacere, inoltre, che l'ostacolo maggiore a una soluzione legislativa nuova, era il principio di personalità della responsabilità, e in specie la sua lettura in chiave di colpevolezza, eppure, la Commissione concluse che “l'identità fra autore dell'illecito e destinatario della sanzione può ritenersi assicurata quando la persona fisica autore dell'illecito sia un soggetto che ha ‘agito per’ la persona giuridica, avendo ‘competenza a impegnarla’”, affermandosi altresì che “la sanzione applicata alla persona giuridica colpisce il medesimo centro d'interessi che ha dato causa alla realizzazione dell'illecito.

In definitiva, possiamo affermare che i lavori della Commissione guidata da Grosso si sono posti in un'ottica decisamente più evolutiva rispetto ai precedenti tentativi di riforma, anche se non si è voluta creare una rottura con la dottrina contraria, evitando di qualificare esplicitamente la responsabilità delle persone giuridiche come penale.

3. Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, allineando il nostro ordinamento giuridico alle più progredite legislazioni straniere, esso ha introdotto, in attuazione degli impegni internazionali assunti già a partire dalla sottoscrizione della Convenzione OCSE del 19 dicembre 1997, una forma specifica di responsabilità degli enti collettivi (persone giuridiche, società e associazioni anche prive di personalità giuridica), per reati commessi (dalla persona fisica) nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo.

Anche se D.Lgs. n. 231 del 2001 qualifica formalmente l'anzidetta responsabilità dell'ente come “amministrativa”, secondo la maggioranza dei giuristi che si sono occupati dell'argomento questa nuova forma di responsabilità dell'ente avrebbe natura sostanzialmente penale. Trattasi, infatti, di una responsabilità da reato, che viene accertata dal giudice penale attraverso il processo penale celebrato a carico dell'autore del reato-presupposto. Particolarmente la sanzione irrogabile nei confronti dell'ente, essa condivide la logica della deterrenza, tipica del diritto penale, e persegue, al pari della pena, l'afflizione del destinatario.

Destinatari, in forza del D.Lgs. n.231/2001 sono gli enti forniti di personalità giuridica e le società e associazioni anche prive di personalità giuridica, con esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non

economici, nonché degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (art. 1, comma 2). Nel novero dei principali destinatari del D.Lgs. n. 231/2001, pertanto, rientrano: enti forniti di personalità giuridica, società di capitali, società cooperative, fondazioni, associazioni riconosciute, enti privati e pubblici economici, enti privati che esercitano un servizio pubblico, enti privi di personalità giuridica, società di persone, consorzi, associazioni non riconosciute e comitati.

La responsabilità da reato dell'ente collettivo non consegue alla realizzazione di ogni illecito penale, infatti, nel nostro ordinamento giuridico – peraltro diversa da quella vigente in altri paesi – la responsabilità dell'ente collettivo è legata alla commissione di un numero “chiuso” di illeciti penali determinato dallo stesso legislatore. Ciò significa che solo la commissione di uno di tali reati può far scattare la responsabilità.

Ebbene, nella prima versione del D.Lgs. 231/2001, il Governo, riducendo ampiamente la portata della delega conferita con la Legge n. 300/2000, aveva limitato l'insorgere della responsabilità degli enti alla fattispecie di reato concernenti i rapporti con la Pubblica Amministrazione e di seguito indicate:

- malversazione in danno dello Stato (art. 316-bis c.p.);
- indebita percezione di erogazione (art. 316-ter c.p.);
- truffa e frode informatica in danno dello Stato o di altro Ente Pubblico (artt. 640, comma 2; 640-bis; 640-ter c.p.);
- concussione e corruzione (artt. 317, 318, 319, 321, 322 c.p.);
- corruzione e atti giudiziari (art. 319-ter c.p.);

Successivamente, il predetto elenco è stato una prima volta ampliato per effetto dell'entrata in vigore della normativa sull'Euro (Legge n. 409/2001) con l'introduzione delle seguenti fattispecie:

- falsità e alterazione di monete (art. 453.c.p.);
- fabbricazione, detenzione e contraffazione di carta filigranata (artt. 454, 460, 461 c.p.);
- spendita di monete falsificate e ricevute in buona fede (art. 457 c.p.);
- uso in buona fede di biglietti falsificati (art. 455 c.p.);
- falsificazione di valori di bollo (art. 461 c.p.);
- uso di valori di bollo contraffatti (art. 464 c.p.)

L'entrata in vigore della legge delega per la riforma del diritto societario (Legge n. 366/2001) e del successivo decreto di attuazione (D.Lgs. n. 61/2002) ha determinato un ulteriore ampliamento della fattispecie di reato potenzialmente fonte di responsabilità “amministrativa” con inclusione dei seguenti reati societari:

- false comunicazioni sociali (delitto) (art. 2622 c.c.);
- false comunicazioni sociali (contravvenzione) (art. 2621 c.c.);
- falso prospetto (delitto) (art. 2623, comma 2, c.c.)
- falso prospetto (contravvenzione) (art. 2623, comma 1, c.c.);

-
- falsità nelle relazioni o comunicazioni delle società di revisione (delitto) (art. 2624, comma 1, c.c.);
 - falsità nelle relazioni o comunicazioni delle società di revisione (contravvenzione) (art. 2624, comma 2, c.c.);
 - impedito controllo (art. 2625, comma 2, c.c.);
 - formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.);
 - indebita retribuzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.)
 - illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.);
 - illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.);
 - operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.);
 - indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.);
 - illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.);
 - aggio (art. 2637 c.c.);
 - ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638, commi 1 e 2, c.c.).

Successivamente, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 3 della Legge n. 7/2003 e della Legge n. 228/2003, costituisce fonte di responsabilità "amministrativa" degli enti anche la commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, nonché dei seguenti delitti contro la personalità individuale:

- riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.);
- prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.);
- pornografia minorile (art. 600-ter c.p.);
- detenzione di materiale pornografico (art. 600-quater c.p.);
- iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies c.p.);
- tratta di persone (art. 601 c.p.);
- alienazione e acquisto di schiavi (art. 602 c.p.).

Da ultimo, un definitivo ampliamento è stato portato dalla L. 3 agosto 2007, n. 123, che ha previsto la responsabilità per omicidio colposo e lesioni gravi e gravissime colpose, commessi comunque con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

4. La sussistenza di un requisito di natura oggettiva

La realizzazione di uno dei reati-presupposto sopra indicati non basta per far sorgere la responsabilità dell'ente collettivo. Il D.Lgs. n. 231/2001 richiede, altresì, la sussistenza di un requisito di natura oggettiva, che deve essere provato in giudizio dal pubblico ministero: ossia la realizzazione del reato (ovviamente ad

opera della persona fisica) nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Ne consegue che la responsabilità dell'ente rimane esclusa qualora l'interesse o il vantaggio perseguito faccia direttamente ed esclusivamente capo all'autore del fatto-reato o ad un terzo.

Gli artt. 6 e 7 del D.L.gs. 231/2001 distinguono a seconda che il reato-presupposto venga commesso da un soggetto cosiddetto in posizione apicale oppure da un soggetto sottoposto alla sua direzione o vigilanza.

Per quanto concerne i soggetti in posizione apicale, l'espressione deve intendersi in senso più ampio e dunque con riferimento non ai soli amministratori ma a tutti i soggetti investiti di funzioni di rappresentanza e direzione dell'ente nel suo complesso o anche di una unità organizzativa purchè dotata di autonomia finanziaria e funzionale. Vi rientrano, quindi, in caso di delega di funzioni, anche i soggetti delegati purchè espressamente dotati dei necessari poteri decisionali. Il soggetto apicale può anche essere un soggetto che di fatto esercita le funzioni anzidette in assenza di investitura formale.

Nel caso in cui il reato venga commesso da un soggetto apicale dell'ente si integra automaticamente considerato che lo stesso determina la politica di impresa e manifesta la volontà propria dell'ente; donde, in tal caso, sarà proprio l'ente a dover provare: a) di aver efficacemente adottato e attuato il modello di gestione e controllo dolosamente eluso dall'autore del reato; b) di aver vigilato sull'operatività del modello e sull'osservanza dello stesso avvalendosi a tal fine di apposita struttura costituita al proprio interno.

Rispetto ai soggetti "subordinati" si ritiene che non sia necessario un rapporto di lavoro subordinato e che per l'individuazione dei soggetti si debba aver riguardo alla cosiddetta "teoria funzionale" incentrata non sulla qualifica formale ma sul ruolo concretamente svolto. Se il reato è stato commesso da tali soggetti, la responsabilità dell'ente non è "presunta" ed il relativo onere probatorio grava, secondo i criteri ordinari, sull'organo dell'accusa.

Da quanto si è osservato si evince dunque che dalla commissione di determinati reati da parte dei soggetti apicali o dei dipendenti subordinati originano due distinte responsabilità penali: l'una grava sull'autore materiale del reato; l'altra si riconnette direttamente all'ente: Quest'ultima – che è quella che più interessa in questa sede – si fonda sulla cosiddetta colpa da organizzazione: l'ente verrà esentato da responsabilità se ha adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo e gestionale idoneo a prevenire la commissione dei reati potenzialmente fonte di responsabilità, nonché il controllo e la vigilanza sul funzionamento del modello medesimo.

Nell'ottica del legislatore, dunque, la funzione dei modelli organizzativi e dei relativi controlli è segnatamente preventiva e muove dal presupposto che soltanto idonee e precise regole di organizzazione interna possano emarginare i fenomeni di criminalità imprenditoriale e garantire quindi che l'eventuale presenza dei medesimi costituisca un'ipotesi eccezionale e non facilmente ripetibile.

Sotto il profilo dell'utilità aziendale, invece, i modelli organizzativi – unitamente alla relativa attuazione e controllo – assolvono ad una funzione preventiva di esclusione della responsabilità a fronte della commissione di un determinato reato con conseguente esclusione delle sanzioni previste e possono altresì determinare, ove adottati successivamente alla commissione del reato medesimo e in pendenza di procedimento, una riduzione della sanzione pecuniaria ovvero la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria.

E' infine opportuno precisare che il legislatore ha previsto l'adozione del modello di organizzazione gestione e controllo in termini di facoltatività e di non obbligatorietà, con la conseguenza che la sua mancata adozione non comporta di per sé alcuna sanzione, ma espone certamente l'ente all'assoggettamento alle gravi sanzioni previste dalla normativa in questione.

L'art. 6, comma 2, del D.Lgs. n. 231/2001 indica il contenuto essenziale dei modelli organizzativi e gestionali, che, secondo il disposto normativo, devono essere strutturati in modo da:

- a) individuare l'ambito delle attività che possono dar luogo alla commissione dei reati contemplati dalla normativa;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione e di spesa delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli;
- e) prevedere un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Proprio dal disposto letterale della richiamata previsione normativa si evince, pertanto, come i modelli di organizzazione – nell'ottica di costituire valida ed efficace esimente all'insorgere della responsabilità "amministrativa" – devono comprendere:

- a) una puntuale analisi dei rischi di impresa;
- b) un codice etico di comportamento;
- c) un organismo di vigilanza e controllo;
- d) un sistema sanzionatorio interno.

5. Il regime sanzionatorio del D.L.gs. 231/2001

Il regime sanzionatorio – disciplinato dagli artt. 9 e seguenti D.Lgs. n. 231/2001 – è incentrato sull'applicazione di sanzioni pecuniarie e di sanzioni di tipo interdittivo, suscettibili di incidere notevolmente sull'attività e sull'economia di impresa, fino a provocarne la paralisi.

Più precisamente, la sanzione pecuniaria, la cui applicazione è indefettibile in conseguenza dell'accertamento della responsabilità, consiste nel pagamento di una somma di denaro determinata dal giudice penale mediante un sistema per quote in misura comunque non inferiore a Euro 25.822,84 e non superiore a Euro 1.549.370,69.

Risulta evidente, pertanto, il grado di afflittività della previsione soprattutto ove si consideri il gran numero di piccole e medie imprese che costituiscono il nostro tessuto imprenditoriale, e la possibilità che la sanzione ricada anche su enti collettivi privi di scopi di lucro e senza esercizio di attività economica alcuna.

Quanto alle sanzioni interdittive, esse possono accompagnarsi alla sanzione pecuniaria nei casi di particolare gravità espressamente previsti tra i quali, però, non rientra nessuna delle ipotesi relative alla commissione di uno dei reati societari di cui al D.Lgs. n. 61/2002.

In particolare le sanzioni interdittive consistono:

- a) nell'interdizione dall'esercizio dell'attività;
- b) nella sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze e concessioni;
- c) nel divieto di contrattare con la P.A.;
- d) nell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- e) nel divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Le stesse sanzioni interdittive, inoltre, sono suscettibili di applicazione congiunta ma non son comunque applicabili qualora, prima dell'apertura del dibattimento in primo grado, l'ente abbia contestualmente provveduto (art.17):

- a) a risarcire il danno provocato dal commesso reato;
- b) ad eliminare le carenze organizzative mediante adozione ed attuazione del modello organizzativo;
- c) a mettere a disposizione il profitto conseguito.

Ai sensi dell'art. 45 – è bene precisare – il giudice, prima della conclusione del procedimento, può disporre l'applicazione di sanzioni interdittive, qualora sussistano gravi indizi di responsabilità e vi siano altresì fondati e specifici elementi tali da far ritenere concreto il pericolo della commissione di nuovi illeciti della stessa indole di quelli per cui si procede.

Quanto ai criteri accertamento delle predette condizioni nonché alle modalità di richiesta delle misure, vengono ancora una volta le disposizioni sancite dal Codice di procedura penale per l'applicazione delle misure cautelari nei confronti dell'imputato-persona fisica e pertanto, come in quest'ultimo caso, dette misure possono colpire l'ente nella fase iniziale del procedimento anticipando nel contenuto anche le sanzioni interdittive più gravi.

Due, infine, gli aspetti da porre in rilievo:

- a) la ratio della previsione è da rinvenirsi nella duplice necessità di evitare la dispersione delle garanzie per le obbligazioni civili che potrebbero derivare dalla commissione del reato, nonché di paralizzare l'attività dell'ente al fine di scongiurare il pericolo di nuovi illeciti o di protrazione di quello già commesso;
- b) l'importanza, anche sotto il profilo in esame, dei modelli organizzativi considerato come l'art. 49 del D.Lgs. n. 231/2001 preveda che la misura cautelare – quando disposta – può essere sospesa di fronte all'esplicita volontà dell'ente di porre in essere gli adempimenti rispetto ai quali il provvedimento legislativo (art. 17) condiziona la mancata applicazione delle sanzioni interdittive, ovvero: a) il risarcimento integrale del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; b) l'adozione e l'attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello concretatosi; c) la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

Resta infine da sottolineare, in relazione al disposto di cui agli artt. 18 e 19 del Decreto in commento, la previsione di due sanzioni aggiuntive:

- a) la pubblicazione della sentenza di condanna, applicabile a discrezione dell'organo giudicante nell'ipotesi di irrogazione di sanzione interdittiva e finalizzata alla conoscenza della condanna medesima da parte di terzi;
- b) la confisca – sempre disposta unitamente alla sentenza di condanna – applicabile anche per equivalente nell'impossibilità di reperire il prezzo, profitto o prodotto del reato.

Pietro Semeraro*

ILLECITO E SANZIONI AMMINISTRATIVE

Nepravo i administrativne sankcije

Sommario

1. L'illecito amministrativo nell'esperienza italiana – 2. Le sanzioni amministrative –
3. I principi processuali previsti dalla legge n.689 del 1981.

1. L'illecito amministrativo

Il tema rappresentato dalla definizione della natura giuridica delle sanzioni amministrative costituisce, da tempo, argomento controverso in dottrina, poiché secondo alcuni studiosi esse sarebbero caratterizzate da una componente afflittiva che le avvicina molto alle sanzioni penali, secondo altri invece esse se ne distinguono sotto molteplici profili.¹

Come è noto, la sanzione amministrativa rappresenta la risposta che l'ordinamento giuridico prevede nei confronti della commissione di un illecito amministrativo, cioè quel tipo di infrazione "minore", caratterizzata da lieve gravità, su cui hanno competenza, nella maggior parte dei casi, non la magistratura ma bensì gli organi della pubblica amministrazione (come, ad esempio, il prefetto oppure il sindaco).

Tra questi fatti bagatellari possiamo citare, a titolo esemplificativo, la guida senza patente, le infrazioni al codice della strada, l'emissione di assegno senza provvista, gli atti osceni colposi, il blocco stradale, la bestemmia ed alcune infrazioni in materia di esercizio della caccia ecc...

Prima di esaminare pertanto la natura, le funzioni ed i limiti della sanzione amministrativa appare opportuno delineare i connotati generali del tipo di violazione a cui essa consegue, cioè dell' illecito amministrativo.

* Professore associato, Facoltà di giurisprudenza, Università degli studi di Bergamo/Izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Bergamu.

¹ Sul punto: Paliero – Travi, La sanzione amministrativa. Profili sistematici, Milano 1988.

L'illecito amministrativo, nell'attuale fase storica, risulta essere costituito da due tipologie fondamentali.²

La prima è quella che si sostanzia in infrazioni che, fin dalla loro introduzione nell'ordinamento giuridico, quindi ab origine, risultano essere di natura strettamente amministrativa.

La seconda, invece, è rappresentata da reati depenalizzati, cioè da quei tipi di illeciti, previsti originariamente nel sistema penale, i quali sono stati trasformati in violazioni amministrative con modificazione della sanzione prevista per il fatto descritto nella norma incriminatrice.

In Italia il primo grande fenomeno di depenalizzazione si è avuto con la legge n. 317 del 1967 (che ha trasformato in illeciti amministrativi alcuni reati in materia di circolazione stradale) (3) e con la legge n. 706 del 1975 (che ha depenalizzato tutte le contravvenzioni punite dalla legge penale soltanto con la pena pecuniaria dell'ammenda).

Tuttavia, è con la legge 24 novembre 1981 n. 689 (4) che la tendenza a decriminalizzare il diritto penale ha avuto una forte e significativa spinta, sino a giungere alla legge n. 205 del 25-6-1999 (5) ed alla legge n. 85 del 24-2-2006, che è intervenuta in materia di reati di opinione (6).

Si è assistito, quindi, nel tempo ad un graduale ampliamento dell'ambito del diritto punitivo amministrativo nel quale confluiscono ormai sia gli illeciti amministrativi già presenti, in quanto tali, nel sistema giuridico e sia quelli conseguenti alle diverse leggi di depenalizzazione, inclusa anche una molteplicità di infrazioni amministrative previste dalle leggi regionali.

L'illecito amministrativo trova una disciplina generale nella legge 689 del 1981 denominata "Modifiche al sistema penale" mediante la quale sono stati sanciti i principi fondamentali del c.d. diritto penale amministrativo.

Questa legge ha proceduto alla depenalizzazione dei reati (delitti o contravvenzioni) puniti con la sola pena pecuniaria della multa o dell'ammenda (tranne alcune eccezioni) ed, inoltre, ha delineato un insieme di nuovi principi diretti a disciplinare in maniera organica e in via generale, tanto i problemi sostanziali che quelli processuali dell'illecito amministrativo.³ In tal modo è sorto nel nostro ordinamento giuridico un nuovo sistema di illecito che alcuni studiosi collocano in "posizione intermedia"

² In argomento: Siniscalco, Depenalizzazione e garanzia, Bologna 1983, 80 ss.; Dolcini - Paliero, I principi generali dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale", in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, 1154 ss.; Bricola, La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta reale nella politica criminale?, in Pol. dir., 1982, 362 ss.

³ Lagostena Bassi, La depenalizzazione, Milano 1969.

tra il sistema penale e quello classico degli illeciti amministrativi, seppure in stretto collegamento con il primo.⁴

Altri autori, invece, non esitano a definire tale regolamentazione come un vero e proprio “sottosistema penale” che entrerebbe a far parte di una superiore categoria giuridica denominata “illecito di diritto pubblico” al cui interno sarebbero da inserire tanto il reato quanto l’illecito amministrativo.⁵

Probabilmente la posizione più fondata appare essere la concezione “intermedia” che riconosce la necessaria autonomia all’illecito amministrativo rispetto al reato.⁶ Codesta autonomia emerge, chiaramente, da una molteplicità di istituti disciplinati dalla legge 689/81 come, ad esempio, la presenza – per l’illecito amministrativo – del regime della c.d. responsabilità solidale, oppure la previsione di forme di responsabilità oggettiva ovvero ancora l’irrelevanza del principio del favor rei in tema di irretroattività della legge.

Vediamo, dunque, più analiticamente il contenuto delle principali norme contemplate nella riforma del 1981 per disegnare il volto di questa tipologia di illecito.

Anzitutto, preme rilevare che l’art.1 della legge n. 689/81 dispone la vigenza, anche in questa materia, del fondamentale principio di legalità, con i corrispondenti principi di determinatezza, di precisione legislativa, di divieto di applicazione analogica della fattispecie ed il principio di irretroattività della norma che qualifica un fatto come illecito amministrativo.

Anche per quanto concerne tale modello di illecito, inoltre, risulta consentito distinguere tra il fatto tipico, l’antigiuridicità e la colpevolezza, poiché alcune disposizioni disciplinano partitamente codesti elementi dell’illecito.

Più precisamente, in relazione alla tipicità va osservato che l’art. 1 della legge n. 689/81 utilizza l’espressione formale “violazione” per indicare il fatto illecito. Il ricorso a tale formula, quindi, vuole dire che il fatto vietato può consistere tanto in un comportamento attivo quanto in un’omissione di compiere una condotta dovuta, poiché normativamente imposta.

⁴ Dolcini-Giarda-Mucciarelli-Paliero-Riva-Crugnola, Commentario delle “Modifiche al sistema penale”, Milano 1982, 48 ss.; Sgubbi, Depenalizzazione e principi dell’illecito amministrativo, in *Indice pen.*, 1983, 253; Bricola, La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981 n. 689, cit., 362 ss.

⁵ Pisa, La “nuova depenalizzazione”: intervento importante ma non risolutivo, in *Dir. pen. e Proc.*, 1999, 931 ss.; Giunta, Il D. Lgs. 507/1999 sulla depenalizzazione dei reati minori. La scommessa di un’efficacia repressiva attraverso costose sanzioni amministrative. Una riforma organica di deflazione penale, in *Dir. giust.*, 2000, n. 4, 49 ss.

⁶ Sul punto: Gamberini-Insolera, Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più carcere ma restano le multe, in *Dir. giust.*, 2006, 92 ss.

In riferimento, invece, all'autore dell' infrazione amministrativa l'art.2 dispone che affinché tale illecito possa essere imputato al soggetto attivo è indispensabile che egli lo abbia realizzato allorquando era capace di intendere e di volere, cioè era imputabile. Nella prospettiva di identificare le ipotesi in cui deve essere esclusa l'imputabilità, tale articolo rinvia alla regolamentazione prevista dal codice penale, ma con alcune specificazioni.

Il primo comma dell'art. 2, invero, prevede che non può essere sottoposto a sanzione amministrativa colui il quale, al momento in cui ha realizzato la violazione, non aveva ancora compiuto i diciotto anni.

Ciò rappresenta una significativa variante rispetto alla disciplina contemplata dal codice penale, poiché il diritto penale ammette l'imputabilità anche del soggetto che abbia compiuto solo i quattordici anni se egli è considerato dal giudice come persona, comunque, capace di intendere e di volere.

Altra rilevante differenza è rappresentata dalla particolarità per quale la figura del c.d. semimputabile, cioè di chi ha una capacità di intendere e di volere grandemente diminuita ma non completamente esclusa, non è prevista nel sistema dell' illecito amministrativo.

Codesta scelta comporta che, allorquando la persona si trovi in una condizione di tale genere, quindi la semimputabilità potrà essere considerata adeguatamente soltanto nella fase della determinazione concreta della sanzione, come criterio (in funzione attenuante) di commisurazione della sanzione amministrativa.

Il secondo comma dell'art. 2, inoltre, dispone che fuori dei casi in cui lo stato di incapacità sia dovuto a colpa dell'autore o sia stato da lui preordinato, della violazione deve rispondere il soggetto che era tenuto alla sorveglianza del non imputabile, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto commesso da quest'ultimo.

Il contenuto della norma è stato mutuato dall'art. 2047 del codice civile, il quale disciplina la responsabilità della persona che è tenuta al controllo dell'incapace in tutte le ipotesi nelle quali non abbia impedito il verificarsi del fatto che costituisce illecito civile. Tale forma di responsabilità ha natura diretta, poiché al soggetto è attribuito un dovere di sorveglianza dell'incapace, obbligo che si presume violato se egli non dimostra di avere fatto tutto il possibile per impedire la violazione commessa dalla persona sottoposta al suo controllo.⁷

Per quanto riguarda la colpevolezza, l'art. 3 comma 1 sancisce che, nelle infrazioni per le quali è applicabile una sanzione amministrativa, ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa oppure colposa. Il legislatore, allo scopo di definire l'elemento soggettivo, ha pertanto utilizzato la formula contemplata dall'art. 42 del codice penale in materia di contravvenzioni.

⁷ Rossi Vannini, *Illecito amministrativo depenalizzato*, Milano, 1990, 26.

Da codesto angolo di visuale, per addebitare un illecito amministrativo, risulta indispensabile che il soggetto attivo con coscienza e volontà abbia preveduto e voluto il fatto, oppure lo abbia commesso per negligenza, imprudenza o imperizia ovvero per l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

In merito alla responsabilità dolosa appare realistico affermare che risultano operative le diverse forme di dolo elaborate dalla dottrina ed accolte dalla giurisprudenza.

In relazione alla colpa, invece, sembrano pacificamente ammesse tanto la colpa generica, quanto la colpa specifica (o per inosservanza), entrambe da accertare in concreto e senza il ricorso a forme di presunzioni per l'imputazione soggettiva del fatto.

Il secondo comma dell'art. 3 contiene a sua volta una disciplina delle ipotesi in cui una violazione amministrativa sia compiuta per un errore sul fatto. La presenza di un errore fa sì che il fatto compiuto sia diverso da quello che l'agente voleva, in quanto vi è stata un'errata rappresentazione mentale della realtà. Tale forma di errore (*error facti*), pertanto, esclude il dolo; tuttavia, se l'errore è dipeso da colpa la punibilità viene ugualmente a configurarsi, stante che l'illecito amministrativo è punibile anche a titolo di colpa. Il comma 2 della norma regolamenta, come abbiamo osservato, l'istituto dell'errore sul fatto, ma non prevede nulla in merito invece, alla disciplina dell'errore di diritto (o sul precetto) ed all'ignoranza della legge.

In tema, una parte della dottrina ritiene estensibile all'illecito amministrativo il principio sancito nell'art. 5 del codice penale, come interpretato dalla sentenza n. 364 emessa dalla Corte Costituzionale nel 1988.⁸ D'altra parte, anche la Corte di Cassazione si è espressa più volte a favore dell'estensione dei principi indicati nella sentenza n. 364/1988 all'illecito amministrativo.

Da codesto angolo di visuale, possiamo affermare che in base a tale orientamento maggioritario l'autore di un'infrazione amministrativa risponde del fatto commesso per ignoranza della legge, a meno che non si tratti di errore inevitabile, causato cioè da assoluta oscurità della legge, oppure da improvviso e repentino mutamento della giurisprudenza oppure da parere e autorizzazione dati da organi istituzionali competenti.

L'art. 4 della legge n. 689/81, dedicato alla regolamentazione dell'antigiuridicità, stabilisce che non risponde dell'illecito amministrativo chi lo ha compiuto in presenza di una delle seguenti cause di giustificazione: adempimento di un dovere o esercizio di una facoltà legittima, stato di necessità oppure legittima difesa (comma 1).

Se invece l'infrazione è stata compiuta per adempiere ad un ordine della pubblica autorità, risponde il pubblico ufficiale che ha impartito l'ordine (comma 2).

⁸ Cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 364/1988, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988.

L'esatta qualificazione delle cause di giustificazione come casi di esclusione dell'antigiuridicità del fatto permette di confermare la loro operatività anche nel settore dell'illecito amministrativo. Conseguentemente, affinché la condotta possa essere considerata illecita è indispensabile che siano configurati gli elementi richiesti dalla norma incriminatrice e che siano assenti tutte le cause di giustificazione menzionate.

Allorquando, invece, sia presente una di tali giustificanti il fatto dovrà considerarsi lecito, purché siano sussistenti tutti i requisiti costitutivi della causa di giustificazione, come disciplinata dal codice penale negli artt. 51, 52, 53 e 54. Non manca in dottrina chi ritiene applicabili in questo ambito anche le ipotesi di eccesso colposo e di erronea supposizione della presenza di una scriminante, come regolamentate dagli artt. 55 e 59 del codice penale. Su codesto aspetto della materia, tuttavia, stante il silenzio della normativa vigente sembra fondato nutrire qualche dubbio circa la possibilità di estendere il trattamento più favorevole previsto dalle due suindicate norme nei confronti dell'autore del fatto; ciò poiché l'art. 4 della l. 689/81 richiama unicamente le singole cause di giustificazione senza riferimento alcuno, però, alla disciplina dell'eccesso colposo e dell'erronea supposizione della scriminante.

Per parte sua, l'art. 5 della legge n. 689/81 offre disciplina all'ipotesi in cui un illecito amministrativo venga compiuto in concorso tra più soggetti. La norma, invero, prevede che quando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge. In tal modo, l'ordinamento riconosce rilevanza amministrativa anche alle condotte atipiche, cioè che in sé non costituiscono ancora una vera e propria violazione di una norma incriminatrice, ma che tuttavia risultano avere agevolato la realizzazione di un'infrazione da parte dell'esecutore materiale.

L'art. 5, da tale angolo di visuale, risulta svolgere una funzione di incriminazione, estendendo l'area della responsabilità sino ai comportamenti che si limitano semplicemente a favorire l'esecuzione di un illecito di natura amministrativa. La norma risulta costruita sulla formula accolta nell'art. 110 del codice penale vigente ed aderisce alla concezione "unitaria" del concorso di persone elaborata da von Buri. È noto come secondo questo studioso tedesco non vi sia necessità di distinguere tra complici ed esecutori materiali del fatto poiché le condotte dei concorrenti, nell'illecito plurisoggettivo, hanno una medesima equivalenza causale nella realizzazione dell'infrazione e, pertanto, esse devono sottostare alla medesima sanzione edittale; il giudice potrà successivamente distinguere il trattamento sanzionatorio dei singoli concorrenti nella fase della commisurazione della concreta sanzione da applicare a ciascuno di essi.

L'art. 6, a sua volta, prevede l'estensione dell'imputazione del fatto mediante la definizione di alcune ipotesi di c.d. responsabilità solidale. Più precisamente:

a) il proprietario della cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione o, in sua vece, l'usufruttuario o, se trattasi di bene immobile, il titolare di un diritto personale di godimento, sono tutti obbligati in solido con l'autore della violazione per il pagamento della somma da questi dovuta, se non è provato che la cosa venne utilizzata contro la sua volontà; b) se la violazione è commessa da una persona capace di intendere e di volere, ma soggetta all'altrui autorità, direzione oppure vigilanza, la persona rivestita dell'autorità o incaricata della direzione o della vigilanza è obbligata al pagamento della somma da questi dovuta, salvo che provi di non avere potuto impedire il fatto; c) se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questi dovuta.

Alla luce dei suesposti contenuti, quindi, la norma introduce nel sistema una disciplina volta a rendere più rapido ed agevole l'adempimento dell'obbligazione. La pubblica amministrazione invero, alla luce di tale art. 6 può rivolgersi indifferentemente all'autore della violazione oppure al c.d. responsabile solidale imponendo a quest'ultimo il versamento della somma di denaro dovuta a titolo di sanzione amministrativa.

In tutti i casi suesposti, comunque, il soggetto che adempie solidalmente l'obbligazione dispone del c.d. "diritto di regresso", per l'intera somma, nei riguardi dell'autore dell'infrazione.

Il comma 3 dell'art. 6, infine, prevede una responsabilità solidale anche nei riguardi delle persone giuridiche. Più precisamente, la norma sancisce che gli imprenditori, le persone giuridiche e gli enti di fatto abbiano risposto del fatto allorquando la violazione amministrativa sia stata compiuta dal loro rappresentante legale oppure dal loro dipendente nell'esercizio delle rispettive funzioni ed incombenze. Codesta forma di responsabilità, diversamente da quelle previste nei commi precedenti, non consente di fornire una prova liberatoria; l'unico strumento per escludere la responsabilità solidale consiste nel dimostrare che la condotta che è stata realizzata dal rappresentante o dal dipendente, fuoriesce dalle incombenze e dalle attività svolte in nome e per conto della persona giuridica.

2. Le sanzioni amministrative

Come anticipato in precedenza, le sanzioni amministrative rappresentano la risposta che l'ordinamento prevede nei confronti degli autori di un'infrazione amministrativa. Tra di esse sono ricomprese il pagamento di una somma di denaro ed alcune sanzioni accessorie quali la confisca, la chiusura dello stabilimento (per illeciti in materia alimentare) ed il divieto di emettere assegni. La graduale

introduzione di queste sanzioni nel nostro ordinamento segue la crisi della pena detentiva manifestatasi sin dall'inizio degli anni settanta.

D'altra parte, se comparate con la pena pecuniaria della multa e dell'ammenda previste dal codice penale per le contravvenzioni, esse risultano essere preferibili poiché sono caratterizzate da alcune specificità. Infatti la sanzione amministrativa risulta essere, ad un esame del suo procedimento di applicazione, più effettiva ed immediata. Ad esempio, non è previsto nel sistema dell'illecito amministrativo la sospensione condizionale della sanzione, per cui una volta che essa risulta comminata deve essere eseguita. Inoltre, l'istituto della prescrizione presenta delle differenze poiché il termine temporale è più elevato rispetto a quello previsto invece dall'art.157 del codice penale per le contravvenzioni.

La sanzione amministrativa, d'altra parte, non presenta quell'effetto stigmatizzante che invece possiede la multa, poiché non è possibile l'iscrizione nel casellario giudiziario. Infine, in caso di mancato pagamento della sanzione, è prevista l'esecuzione forzata con una maggiorazione della somma dovuta ma non con la sua conversione in una diversa sanzione più afflittiva. Il ricorso alla sanzione amministrativa è stato formalizzato in una circolare della Presidenza del Consiglio in ordine ai criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Tali criteri sono stati individuati fondamentalmente in due principi: quello di proporzione e quello di sussidiarietà.

Il principio di proporzione impone che vi sia una corrispondenza tra la gravità del fatto e la sanzione da comminare, in maniera che a fatti lievi non faccia riscontro la comminazione di una sanzione eccessivamente gravosa. Tale principio è collegato a quello di sussidiarietà, concepito come criterio secondo il quale il legislatore deve fare ricorso alla pena criminale solo allorché altre sanzioni di tipo civile oppure amministrativo previste dall'ordinamento non risultino essere efficaci per contrastare un determinato fatto illecito. Le sanzioni amministrative sono state, tradizionalmente, definite dalla dottrina come pene in senso tecnico la cui applicazione costituisce per l'amministrazione, verso la quale corrono i doveri a cui esse accedono, un diritto soggettivo alla irrogazione della sanzione.

Pertanto, esse sono state considerate come la conseguenza giuridica comminata dalla pubblica amministrazione per la violazione di norme che proteggono interessi particolari, propri della stessa pubblica amministrazione.

La sanzione amministrativa è tipicamente prevista da una norma di legge (anche di tipo regionale), e viene decisa dall'autorità amministrativa. Secondo i migliori studiosi della materia, con la realizzazione di un illecito amministrativo, si verrebbe a creare un vero e proprio rapporto giuridico bilaterale tra la pubblica amministrazione e l'autore dell'infrazione. La norma violata sarebbe posta per proteggere un interesse specifico della pubblica amministrazione e, pertanto, per questa ragione la sanzione

amministrativa (applicata con provvedimento amministrativo) può possedere immediatamente efficacia anche senza l'intervento – intermediazione del giudice.

Per quanto riguarda la natura della sanzione in esame, originariamente la dottrina aveva richiesto la presenza di due elementi fondamentali: l'esistenza di un diritto della pubblica amministrazione di comminare la sanzione e l'attribuzione della competenza punitiva ad un organo amministrativo. Successivamente, questa concezione è stata modificata mettendo in risalto talvolta uno solo di tali requisiti fondamentali.

In tal modo, alcuni autori hanno valorizzato l'autonomia dell'ordinamento particolare della pubblica amministrazione nei riguardi dell'ordinamento generale dello Stato. Altra dottrina, invece, ha descritto la sanzione amministrativa quale strumento a disposizione della pubblica amministrazione per il perseguimento dei propri fini, attribuendo alla sanzione amministrativa la funzione di reintegrare la perdita subita dall'amministrazione o di reintegrare la situazione precedente alla commissione dell'illecito.

Infine, altri autori hanno fornito una definizione in negativo, affermando che ci si trova innanzi ad una sanzione amministrativa allorquando essa non venga qualificata esplicitamente e formalmente come pena.

La dottrina amministrativistica, peraltro, è andata oltre distinguendo la categoria delle sanzioni amministrative in due gruppi: sanzioni meramente "ripristinatorie" e sanzioni che presentano un carattere di afflittività, quindi da considerare come "punitive" in quanto dotate di notevole effetto generalpreventivo.

La distinzione ha preso avvio da un esame concreto della tipologia delle sanzioni realmente applicate. Fra di esse, invero, talune potevano essere inserite nel gruppo di sanzioni che assicurano l'autotutela, come ad esempio l'esecuzione forzata. Altre, per converso, non solo eliminavano l'utilità che l'autore dell'illecito aveva ottenuto dall'infrazione, ma incidevano anche sulla persona del colpevole (ad esempio le sanzioni in materia di commercio).

Attualmente possiamo affermare che i due elementi, tradizionalmente, considerati necessari per definire una sanzione come amministrativa sono diventati insufficienti, specie dopo il considerevole fenomeno di depenalizzazione che si è verificato. Invero, nelle disposizioni che oggi definiscono gli illeciti amministrativi non è sempre individuabile né una lesione nei riguardi della pubblica amministrazione né un suo diritto soggettivo che scaturisce dalla realizzazione dell'infrazione.

Nella maggior parte degli illeciti amministrativi, infatti, vengono tutelati non interessi particolari ma interessi generali; ciò risulta specie se consideriamo i reati depenalizzati nei quali possiamo constatare che il bene giuridico protetto rimane il medesimo anche nella norma che è stata depenalizzata. D'altra parte preme rilevare che lo stesso ampliamento degli illeciti amministrativi sembra essere causato proprio dal bisogno di difendere interessi di natura collettiva e generale.

Per quanto concerne, invece, il requisito soggettivo della competenza attribuita ad un organo della pubblica amministrazione, va osservato che esso ormai non è sempre sussistente.

Infatti, talvolta la sanzione amministrativa può essere comminata dall'autorità giudiziaria ordinaria, sia nell'ipotesi di opposizione contro il provvedimento amministrativo (art. 22 legge n. 689/81), sia nel caso di connessione obiettiva con un reato (art. 24 legge n. 689/81).

Conclusivamente, pertanto, ci sembra potere affermare che il tema della distinzione tra sanzione amministrativa e sanzione penale trova soluzione solo a livello formale nominalistico, nel senso che quando la sanzione prevista da una norma rientra tra quelle indicate dall'art. 17 del codice penale saremo innanzi ad una pena (e quindi ad un reato). Nell'ipotesi in cui invece l'illecito è punito con il pagamento di una somma di denaro, saremo di fronte ad una sanzione amministrativa (e perciò ad una violazione amministrativa). Per quanto riguarda la determinazione dell'ammontare della sanzione, l'art. 11 della legge n. 689/81 indica i criteri da seguire nella commisurazione di essa.⁹

Più precisamente, la norma dispone che “nella determinazione della sanzione pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”.

L' art.11, pertanto, stabilisce che nella commisurazione dell'ammontare della sanzione tra i limiti indicati, l'autorità amministrativa (ed eventualmente il giudice nel procedimento di opposizione) devono tenere in considerazione alcuni indicatori che attengono all'infrazione, alla sua gravità ed alla personalità del soggetto attivo.

Codesta disciplina si contraddistingue per la forte somiglianza con la regolamentazione stabilita in materia penale dall'art. 133 primo e secondo comma del codice penale.

Essa, richiedendo che vi sia una individualizzazione rispetto alla personalità del colpevole ed una considerazione della gravità della violazione, spinge a ritenere che quindi la funzione della sanzione amministrativa sia specialpreventiva nei confronti del singolo autore e deterrente nei riguardi di tutti gli altri cittadini.

Il riferimento alle condizioni economiche del colpevole, inoltre, consente di adeguare la sanzione alla sua capacità di reddito; ciò nella prospettiva di evitare che una sanzione lieve risulti inefficace nei confronti di un soggetto benestante e che una sanzione severa sia invece eccessivamente pesante per colui che ha un

⁹ Rossi Vannini, Illecito amministrativo depenalizzato, cit., 239.

reddito insufficiente. D'altra parte, va riconosciuto che proprio alla legge n. 689/81 spetta il merito di avere inserito nel codice penale l'art. 133 bis che stabilisce che il giudice, nella fase della commisurazione, può innalzare la pena pecuniaria fino al triplo oppure può diminuirla sino ad un terzo proprio in rapporto alle condizioni economiche del reo.

Infine, mediante, il contenuto dell'art. 11 della legge n. 689/81, l'autorità amministrativa è facoltizzata a tenere in considerazione anche ulteriori aspetti non esplicitamente indicati dalla norma, come ad esempio i precedenti giudiziari del colpevole oppure la sua ridotta capacità di intendere e di volere nei casi di semimputabilità.

3. I principi processuali previsti nella legge n. 689 del 1981

In merito alla comminazione della sanzione amministrativa ed al procedimento di opposizione ad essa, va osservato che la legge 689/81 indica i principi generali a cui attenersi negli artt. 13-31. Un primo profilo da tenere in considerazione è rappresentato dalla obbligatorietà o meno dell'esercizio dell'azione amministrativa.

Una parte della dottrina ritiene che tale obbligatorietà scaturisce da diverse disposizioni.

In primo luogo, dagli artt. 17 e 18 della L. 689/81, in base ai quali i soggetti che compiono l'accertamento dell'infrazione devono iniziare l'attività di indagine allorquando abbiano notizia della realizzazione di un illecito amministrativo (in tal modo sancendo l'obbligatorietà dell'azione).

Inoltre dall'art. 13 il quale apre la seconda sezione della legge, relativa agli atti amministrativi, e stabilisce che gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni, per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro, possono per l'accertamento delle violazioni, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e luoghi diversi dalla privata dimora, nonché a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra operazione tecnica.¹⁰

Essi possono altresì, procedere al sequestro cautelare delle cose che possono formare oggetto di confisca amministrativa, nei modi e con i limiti con cui il codice di procedura penale consente il sequestro alla polizia giudiziaria.

I poteri a disposizione degli organi amministrativi, competono anche agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria i quali, oltre ad esercitare i poteri indicati nell'art. 13, possono procedere, quando non sia altrimenti possibile acquisire elementi di prova, a perquisizioni in luoghi diversi dalla privata dimora, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria del luogo.

¹⁰ Cfr. Paliero-Travi, La sanzione amministrativa. Profili sistematici, cit., 395.

L'art.14, per parte sua, disciplina la contestazione e la notificazione della violazione commessa. Più precisamente, viene stabilito che la contestazione dell'infrazione all'autore di essa, quando possibile, deve avvenire immediatamente ovvero, con la messa conoscenza degli estremi della violazione, entro il termine di novanta giorni se il soggetto risulta essere residente nel territorio della Repubblica. La contestazione e la notificazione devono essere effettuati anche nei confronti degli obbligati solidali.

Se la notificazione, invece, non è stata compiuta entro il termine indicato l'obbligazione di pagare la sanzione pecuniaria si estingue nei confronti della persona a cui essa non è giunta.

Il pagamento della sanzione può avvenire in misura ridotta oppure per intero.

Il pagamento in misura ridotta conduce alla immediata chiusura della procedura applicativa della sanzione se l'autore dell'infrazione sceglie questa modalità di esecuzione (art.16). Tale forma di pagamento consiste nel versamento di una somma pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione compiuta o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo; la somma è da versare entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione commessa. Il pagamento, in tal caso, libera il colpevole dall'obbligo di versare l'intera somma e, quindi, ha la funzione di incentivare la conciliazione immediata con l'amministrazione, evitando il resto della procedura applicativa.

Se, invece, non viene effettuato il pagamento in misura ridotta, il funzionario o l'agente che ha accertato l'infrazione deve presentare rapporto alla competente autorità sovraordinata, o in mancanza al Prefetto che inizierà una fase istruttoria.

L'autore dell'illecito può fare pervenire all'Autorità amministrativa medesima degli scritti difensivi e documenti o chiedere di essere sentito personalmente. Ai sensi dell'art. 18 comma 2, l'Autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l'accertamento, decide con ordinanza motivata la somma dovuta per la violazione commessa e ne ingiunge il pagamento insieme con le spese, all'autore dell'infrazione ed alle persone che vi sono obbligate.

Nel caso contrario, invece, egli emette un'ordinanza di archiviazione comunicandola integralmente all'organo che ha redatto il rapporto e procede alla restituzione delle cose sequestrate, quando non sia prevista e non sia disposta la loro confisca con lo stesso provvedimento. Il pagamento della sanzione amministrativa e delle altre spese indicate nell'ordinanza deve avvenire entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento; dell'avvenuto pagamento va data notizia all'Autorità che ha disposto l'ordinanza. L'art. 22 della L. 689/81, invece, disciplina l'opposizione proposta dall'autore della violazione contro l'ordinanza

emessa dall'autorità amministrativa. Più precisamente, la norma stabilisce che avverso l'ordinanza – ingiunzione di pagamento e l'ordinanza che dispone la confisca gli interessati possono proporre un' opposizione davanti al giudice di pace del luogo in cui è stata commessa la violazione entro il termine di 30 giorni dalla notificazione del provvedimento. L'opposizione deve essere presentata dal soggetto nella forma del ricorso, al quale deve essere allegata l'ordinanza notificata. Essa, tuttavia, non sospende l'esecuzione del provvedimento amministrativo salvo che il giudice, ricorrendo gravi motivi, disponga diversamente con ordinanza e quindi sospenda l'ordinanza.

L'opposizione può essere dichiarata inammissibile in rito se essa viene presentata dopo i termini indicati dall'art. 22. L'opponente, cioè colui che presenta l'opposizione, e l'Autorità che ha disposto l'ordinanza-ingiunzione possono stare in giudizio davanti al giudice di pace anche senza la rappresentanza di un difensore. L'oggetto del giudizio è normalmente limitato al provvedimento impugnato ed alle domande motivate formulate dall'opponente. Il giudice ha il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di tutti i mezzi probatori, tra i quali la citazione di testimoni, anche senza la formulazione di capitoli. Egli, infine, emette sentenza con la quale accoglie il ricorso oppure lo rigetta. Nel primo caso, il giudice, con la sentenza assolutoria, annulla l'ordinanza-ingiunzione ovvero, in alternativa, modifica l'entità della sanzione o la qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'Autorità amministrativa. Nella seconda ipotesi, invece, egli respinge il ricorso e, quindi per l'effetto, convalida il provvedimento amministrativo che è stato oggetto dell' opposizione presentata.

Mediante le suesposte disposizioni, che regolano il procedimento di opposizione, il legislatore ha voluto garantire una tutela anche di natura giurisdizionale (attraverso il ricorso al giudice) all'autore dell'illecito amministrativo. Tali norme, pur non rispettando tutte le elementari garanzie previste invece per il processo penale, tuttavia, sembrano poter essere considerate le più compatibili con le esigenze del sistema amministrativo nella prospettiva di assicurarne l'efficienza, l'efficacia e l'economicità.

Luciana Goisis*

LA PENA PECUNIARIA IN ITALIA. PROFILI DI EFFETTIVITÀ DELLA SANZIONE

1. Profili storici. – I termini *ποινη'* e *poena* nel loro originario significato etimologico indicano la sola sanzione pecuniaria¹. La pena pecuniaria, infatti, era conosciuta e ampiamente applicata accanto alla pena di morte e alle pene corporali nel sistema penale dei popoli più antichi². Considerata in origine quale sanzione avente carattere privatistico di risarcimento³, a partire dal medioevo la pena pecuniaria ebbe un “destino mutevole”⁴. La pena pecuniaria e le *penances* (pene pecuniarie dovute

* Assegnista di ricerca in Diritto penale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Bergamo/asistentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Bergamo.

¹ Cfr. in tal senso Conti, La pena e il sistema penale del codice italiano, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, vol. IV, Milano, 1910, p. 455. La voce utilizzata dai Romani per designare la pena è appunto “*poena*”, vocabolo di cui è dimostrata la parentela etimologica con il verbo greco *τινω*, che significa pagare, e con il termine greco *ποινη'*. Cfr. altresì Molinari, La pena pecuniaria. Aspetti di diritto italiano e straniero comparati, Verona, 1983, p. 7.

² Nell'antichità la pena pecuniaria consentì il superamento della legge del talione, soppiantando il sistema della vendetta privata. Cfr. Grebing, *Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung*, in Jescheck-Grebing, *Die Geldstrafe in deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1978, p. 1192, nonché Conti, op. cit., p. 455. Le origini della pena pecuniaria vengono fatte risalire molto addietro nel tempo: sembra che essa fosse già contemplata nel codice di Hammurabi (2250 a.C). Anche nel diritto greco e nel diritto romano la pena pecuniaria rivestì un ruolo di rilievo. Si veda sul tema Carfora, *Pena* (in genere ed in specie), in *Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, diretta da L. Lucchini, vol. XVIII, parte prima, Torino, 1906-10, p. 1440 ss., Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Torino, 1942, p. 112 ss.; Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, vol. I, Milano, 1905, p. 143 ss., pp. 160-2. Nel diritto germanico le pene pecuniarie ebbero il massimo favore. Oltre al guidrigildo, che era la somma che veniva corrisposta ai famigliari della vittima in caso di omicidio, erano conosciute anche la confisca dei beni e le composizioni, nonché le multe, il fredo e il banno, che spettavano al fisco. Cfr. Del Giudice, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia*, op. ult. cit., p. 529 ss.

³ Solo con il consolidarsi del concetto di Stato e con la istituzionalizzazione della giurisdizione penale essa diviene sanzione penale di natura pubblica. Sulla originaria natura civilistica della pena pecuniaria, vedi Bernardi, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 530 ss.; cfr. altresì Mantovani, *Diritto penale*, Pt. Gen., Padova, 2007, p. 713 e p. 733 s.

⁴ Così Grebing, *Die Geldstrafe*, cit., p. 1194.

alla parte offesa) furono le più applicate nel primo medioevo⁵. Negli ordinamenti feudali, la sanzione pecuniaria perse parte della sua importanza, anche per via della impossibilità economica di applicarla a tutti i ceti sociali⁶, e iniziarono ad affermarsi le pene corporali, mentre negli ordinamenti giuridici comunali essa ebbe un ruolo primario⁷. Nelle epoche successive, la pena pecuniaria perse nuovamente di rilievo a causa dell'espandersi del ruolo delle pene corporali⁸.

Nel XVIII secolo, per via dell'abuso che si fece della sanzione pecuniaria, sia come multa che come confisca, essa venne sottoposta a severa critica dagli Illuministi⁹ e cadde in disuso – ciò anche in ragione della diffusa povertà che ne rese difficoltoso un più ampio utilizzo almeno sino alla metà del diciannovesimo secolo¹⁰: ad essa si sostituì la pena detentiva. Pur nell'ambito di un atteggiamento fortemente critico nei confronti della pena pecuniaria, gli Illuministi ebbero, tuttavia, il merito di sottolineare la necessità e l'importanza di conformare la pena pecuniaria alle condizioni economiche e personali del reo, in quanto la pena pecuniaria avrebbe dovuto comportare uguaglianza di sacrificio per tutti i rei¹¹.

⁵ Cfr. Rusche-Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, New York, 1939, traduzione di Melossi-Pavarini, Bologna, 1978, pp. 49-51.

⁶ Così ID, cit., p. 47.

⁷ Vedi Carfora, op. cit., p. 1443, nonché Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, vol. II, Milano, 1906, p. 358 ss.

⁸ Cfr. Calisse, *Svolgimento*, cit., pp. 363-4. Sull'evoluzione del sistema penale nel tardo medioevo, cfr. Rusche-Kirchheimer, op. cit., p. 58 ss.

⁹ La critica della cultura giuridica illuministica investì, oltre alle feroci pene dell'epoca, anche la pena pecuniaria: di quest'ultima si sottolineava la natura intrinsecamente diseguale e la sua funzionalità in un solo regime plutocratico. In particolare Filangieri, ne *La scienza della legislazione* (1798), scriveva: "Come combinare l'imparzialità della legge colla pecuniaria sanzione? (...) L'istessa multa sarà una pena troppo forte per uno, troppo mite per un altro. (...) Essa sarà tirannica e debole, feroce ed impotente nel tempo istesso". Cfr. Filangieri, *La scienza della legislazione*, a cura di V. Frosoni, Roma, 1984, p. 558 ss. Fa eccezione il pensiero di Cesare Beccaria, massimo esponente dell'Illuminismo giuridico italiano, il quale approvò la pena pecuniaria da un punto di vista teorico, anche se mise in dubbio la possibilità di una sua applicazione generalizzata, data la povertà che regnava in larghi strati della popolazione. Si veda il par. XXII, intitolato ai "Furti", nonché il par. XVII intitolato "Del fisco". Cfr. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di Fabietti, Milano, 1973, rispettivamente pp. 67-8 e p. 60.

¹⁰ Rusche-Kirchheimer, op. cit., p. 277.

¹¹ Tanto che, una volta stabilito che le pene pecuniarie dovevano essere proporzionate al patrimonio del reo, esse finirono per essere elogiate dagli Illuministi per la loro economicità e divisibilità. Cfr. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 13. In particolare, Montesquieu sosteneva la proporzionalità fra pena pecuniaria e capacità economiche dell'autore di reato, Bentham suggeriva di infliggere le pene pecuniarie secondo quote di patrimonio e così lo stesso Filangieri il quale, primo fra tutti a sostenere l'esigenza della individualizzazione della pena pecuniaria mediante adeguamento alle condizioni economiche del reo, affermò che la pena pecuniaria

Anche nelle codificazioni ottocentesche la pena pecuniaria venne posta in secondo piano e destinata alla criminalità meno grave e alle contravvenzioni: il Code pénal del 1810, in un clima di aumentata severità sanzionatoria, portò ad una riduzione nell'applicazione delle pene pecuniarie¹². Fu solo con l'avvento della lotta alle pene detentive brevi – che si sviluppò a livello internazionale a partire dalla fine dell'800 e nel corso del '900 – che si assistette alla rinascita della pena pecuniaria¹³, la quale si affermò quale alternativa alla pena carceraria anche grazie ad un più generale elevamento dello standard di vita e ad una diminuzione degli indici di disoccupazione¹⁴. Da ultimo, il movimento internazionale per la riforma del diritto penale, sviluppatosi negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, affermò risolutamente l'idea dell'abolizione delle pene detentive brevi, manifestando una chiara preferenza per la pena pecuniaria¹⁵. E, aderendo al movimento internazionale di riforma del diritto penale, molti paesi europei hanno volto il loro interesse verso la pena pecuniaria, divenendo quest'ultima in alcuni paesi, come la Germania, la pena più applicata¹⁶.

doveva consistere nella perdita di una porzione delle fortune del reo (ed essere limitata ai soli delitti che dipendono dall'avidità di denaro). Cfr. sul punto Molinari, op. cit., p. 37, nonché Rusche-Kirchheimer, Punishment, op. cit., p. 277. Cfr. Filangieri, La scienza, cit., p. 559.

¹² Cfr. Grebing, op. cit., p. 1194, nonché Rusche-Kirchheimer, op. cit., pp. 277-8. Al modello del Codice francese si ispirarono molte altre legislazioni dell'epoca. Cfr. Manzini, op. cit., p. 113; Pessina, op. cit., p. 574 ss. e 580 ss.; per un approfondimento, si veda Pittaro, La conversione della pena pecuniaria in pena detentiva: dalla problematica costituzionale alla "crisi" della sanzione criminale pecuniaria, in Riv. it. dir. proc. pen., 1978, p. 1256 ss.

¹³ Grebing, Die Geldstrafe, cit., p. 1195 s.; Jescheck, La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi, in Ind. pen., 1977, p. 369 s.; nonché ID, Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale, in Ind. pen., 1979, p. 191; cfr. Padovani, L'utopia, cit., p. 44 ss., p. 69, p. 131 ss.; Dolcini-Paliero, Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea, Milano, 1989, p. 9.

¹⁴ Cfr. Rusche-Kirchheimer, op. cit., p. 278 ss. La lotta contro la detenzione breve nacque dalla constatazione della dannosità e contraddittorietà della pena detentiva breve che allora prevaleva nel sistema penale di quasi tutti i paesi europei. Cfr. sul punto Dolcini, Le pene pecuniarie come alternativa alle pene detentive brevi, in Jus, 1974, p. 531. Sulle critiche, mosse alla pena detentiva sin dalla prima metà dell'ottocento, si veda Foucault, Sorvegliare e punire, Nascita della prigione, traduzione di Tarchetti, Torino, 1976, p. 291. La polemica contro la pena detentiva breve era sostenuta dai principali penalisti dell'ottocento e del novecento: si ricordano i contributi di Boneville De Marsangy, De l'amélioration de la loi criminelle, Paris, 1864, p. 249; Ferri, Sociologia criminale, ed. a cura di V. Accattatis, Milano, 1979, p. 101 ss.; von Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben, in Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, I, 1905, rist. 1970, p. 340 ss.

¹⁵ Si veda Jescheck, Linee direttive, cit., p. 181, p. 191 s., nonché Padovani, L'utopia, cit., p. 237 ss.

¹⁶ Ivi, già negli anni '30, le percentuali sfioravano il 70% del totale delle condanne, toccando negli anni '80, la punta dell'80%: ciò anche grazie alle condizioni di diffuso benessere economico del paese d'oltralpe. Cfr. per queste percentuali, nella manualistica, Marinucci-Dolcini, Manuale

Quanto all'Italia, il Codice Rocco, anziché valorizzare alcune previsioni innovative del Codice Zanardelli, come per esempio il lavoro libero a favore della collettività quale sanzione di conversione della pena pecuniaria non pagata, operò nel senso di non accogliere le ampie possibilità politico-criminali offerte dalla pena pecuniaria, inclusa la sua idoneità a divenire strumento efficace contro le pene detentive brevi, rifiutando, in particolare, l'idea di adeguare la pena pecuniaria, intrinsecamente diseguale, alle condizioni economiche del reo. Ad interrompere il clima di disinteresse per la pena pecuniaria dimostrato dalla dottrina penalistica coeva al Codice Rocco e da quella successiva all'incirca fino agli inizi degli anni '60, intervennero alcune pronunce della Corte Costituzionale, nonché la c.d. riforma del 1972, la quale, pur limitandosi a razionalizzare la disciplina vigente, segnò il momento di passaggio verso una rivalutazione della pena pecuniaria da parte della dottrina penalistica italiana¹⁷. In ambito dottrinale, si pose, sulla scia dei suggerimenti della Corte Costituzionale, il problema della riconduzione della pena pecuniaria al principio costituzionale di uguaglianza attraverso una commisurazione della pena che tenesse in considerazione le condizioni economiche del reo¹⁸. Una indicazione, quella della dottrina, che verrà in seguito tenuta presente dal legislatore dell'81¹⁹, il quale, pur non accogliendo le soluzioni

di diritto penale, Pt. Gen., Milano, 2006, p. 482; per una stima più contenuta rispetto agli anni trenta, v. Rusche-Kirchheimer, op. cit., p. 284. Come sottolineato da Rusche e Kirchheimer, non si può dimenticare che "i limiti entro i quali questo sistema della sanzione pecuniaria può svilupparsi e i tipi di reato ai quali può applicarsi non sono (...) solo problemi legislativi o di prassi giudiziaria di ogni singolo paese, ma anche realtà fortemente condizionate dalla situazione socio-economica generale e da quella delle diverse classi sociali" (ibid., p. 285).

¹⁷ Si veda Musco, *La pena pecuniaria*, Catania, 1984, p. 23. La dottrina penalistica italiana iniziò infatti a valorizzare i principi affermati dalla Corte Costituzionale, soprattutto l'idea che nella determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria il principio d'uguaglianza richiede il trattamento differenziato delle situazioni oggettivamente diverse. Nell'ambito delle pronunce costituzionali, assai significative furono la sentenza 12 febbraio 1966, n. 12 (in *Giur. Cost.*, 1966, p. 143 ss.), la sentenza 16 luglio 1968, n. 104 (in *Giur. Cost.*, 1968, p. 1648), e, da ultimo, la decisione, di portata storica, 21 novembre 1979, n. 131 (in *Giur. Cost.*, 1979, p. 1046). Su questa decisione, si veda, tra gli altri, Conso, *Sintomi di crisi della pena pecuniaria*, in *Giur. Cost.*, 1979, p. 1048 ss.; Pittaro, *L'inconvertibilità della pena pecuniaria: implicazioni sistematiche di una decisione certamente storica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1375 ss., nonché infra, par. 2, in nota.

¹⁸ In dottrina, come ben noto, fu Emilio Dolcini a valorizzare i suggerimenti della Corte Costituzionale. Con una lucida interpretazione costituzionale, l'autorevole studioso arrivò ad includere le condizioni economiche del reo fra gli indici di commisurazione della pena pecuniaria. Cfr. Dolcini, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 409 ss.

¹⁹ Si tratta della nota Legge 24 novembre 1981, n. 689, anche conosciuta sotto il nome di "Modifiche al sistema penale": tale legge ha introdotto (art. 100) l'art. 133-bis nell'ambito del codice penale, il quale prevede che nella commisurazione della pena pecuniaria si tenga conto delle condizioni economiche del reo. Tale legge è inoltre nota per aver operato una vasta depenalizzazione dei

più avanzate formulate in tempi vicini da alcuni paesi europei come la Germania e l'Austria (ci si riferisce al *Tagessatzsystem*) e con un disegno riformatore per questo da molti definito di 'corto respiro'²⁰, ha valorizzato il principio della valutazione delle condizioni economiche del reo nella commisurazione della pena pecuniaria rendendo così quest'ultima più conforme al dettato costituzionale²¹.

2. La disciplina della pena pecuniaria nell'ordinamento italiano. – Come è stato a suo tempo osservato, “se da un lato la natura tutta peculiare della pena pecuniaria sembra costringere il suo fondamento e la sua funzione entro i ristretti e rigidi spazi di un pensiero retributivamente orientato e connotato, da un altro lato tuttavia le possibilità di dar vita a varie forme di sanzione pecuniaria (...) suggeriscono, anzi obbligano, ad una ricerca meno schematica, più ricca e più articolata che si muove essenzialmente sul terreno della prevenzione”²². Ebbene, su questo terreno, la dottrina penalistica riconosce oggi alla pena pecuniaria una funzione generalpreventiva e specialpreventiva. Da un lato, infatti, viene assegnata alla pena pecuniaria una funzione generalpreventiva, soprattutto in considerazione dell'elevato valore che viene attribuito al denaro nell'attuale società capitalistica, valore che implica il timore della sua perdita²³. Dall'altro, una parte della dottrina, soprattutto straniera, riconosce alla sanzione in denaro una funzione di special-prevenzione nella forma dell'intimidazione individuale²⁴. E' questa in effetti la funzione che viene assegnata alla pena pecuniaria

reati minori e per aver introdotto un sistema di sanzioni sostitutive alla detenzione breve. Sul tema, cfr. Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983, p. 3 ss, p. 347 ss., nonché AA.VV., (a cura di), *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982, in part., p. 451 ss.

²⁰ Così Musco, *La pena*, cit., p. 6. Quali le ragioni di ciò? Innanzitutto, motivazioni di efficienza della pubblica amministrazione hanno sconsigliato l'introduzione della pena a tassi giornalieri: infatti, il meccanismo dei tassi presuppone una organizzazione fiscale efficace, in Italia del tutto assente. Cfr. Dolcini, in AA.VV., (a cura di), *Commentario*, cit., p. 453; Padovani, *La pena pecuniaria nel progetto di "Modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1183. Secondo alcuni, poi, la scelta moderata del legislatore dell'81 è stata dettata dalla difficoltà di applicare la pena pecuniaria in una società come quella italiana caratterizzata da squilibri socio-economici, con il rischio che la pena pecuniaria potesse divenire, secondo la stessa definizione di Rusche e Kirchheimer, una pena di classe. Si veda efficacemente Musco, *La pena*, cit., p. 29 ss. Cfr. altresì Rusche-Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 285 e 289 s.

²¹ Nello stesso contesto, il legislatore dell'81 ha valorizzato altresì la pena pecuniaria quale sanzione sostitutiva della pena detentiva breve, pur erodendone gli spazi, nel contempo, a favore della sanzione amministrativa. Cfr. Padovani, *op. ult. cit.*, p. 1185.

²² Così Musco, *La pena*, cit., p. 75; sulle diverse finalità della pena pecuniaria, si veda anche Dolcini, *Pene pecuniarie*, cit., p. 422 ss.

²³ “Se il denaro diventa misura di tutte le cose è ragionevole pensare che lo Stato possa premiare e punire, dando e togliendo ricchezza”. Così Rusche-Kirchheimer, *Punishment*, cit., p. 278.

²⁴ Sul punto e per preziosi riferimenti alla dottrina tedesca in argomento, si veda ancora Musco, *op. cit.*, p. 71 ss.

anche nell'ordinamento italiano: la Corte Costituzionale ha infatti chiarito che tale sanzione non è in contrasto con la funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, comma 3 della Costituzione, e che anzi non si può escludere "che la pena pecuniaria possa di per sé, per altro verso, adempiere ad una funzione rieducativa"²⁵. Multa ed ammenda – la prima pena pecuniaria per i delitti, la seconda per le contravvenzioni, comminate in via esclusiva assai raramente e congiuntamente o alternativamente alla pena detentiva nei soli reati contro il patrimonio e in altre ipotesi bagatellari²⁶, benché inidonee a risocializzare il condannato, possono pertanto "propiziare per altro verso la rieducazione, nella forma cioè dell'intimidazione-ammonimento"²⁷.

Accanto alla giustificazione teorica della pena pecuniaria, la dottrina ha ampiamente dibattuto anche sui difetti (nonché sui pregi) di questa tipologia sanzionatoria²⁸: come già ebbe a mostrare Filangieri, sopra tutti compare la natura 'ontologicamente' diseguale della pena pecuniaria²⁹. Non a caso, la dottrina

²⁵ Corte Cost., 12 febbraio 1966, n. 12, in *Giur. Cost.*, 1966, p. 143 ss., in part., p. 154.

²⁶ Multa (art. 24 c.p.) e ammenda (art. 26 c.p.) sono i nomi con cui il legislatore italiano designa la sanzione penale pecuniaria. Sono previsti, agli artt. 24, c. 1 e 26, c. 1 c.p., limiti minimi e massimi: la multa può spaziare da un minimo di 5 Euro a un massimo di 5.164 Euro, l'ammenda da un minimo di 2 Euro a un massimo di 1.032 Euro. Sono previste, come eccezioni alla pena pecuniaria comminata fra un minimo e un massimo, pene pecuniarie fisse e proporzionali. Cfr. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Pt. Gen., Torino, 2005, p. 535 s.; Pulitano, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 624 ss.; AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 448 s.; sulle pene fisse, vedi in particolare Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 725 ss.

²⁷ Si veda, nella manualistica italiana, tra gli altri, Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., pp. 482-3, nonché Pulitano, *Diritto penale*, cit., p. 622.

²⁸ Nell'economia del presente lavoro, ci è consentito solo accennare al tema dei pregi e difetti della pena pecuniaria, tema che ha occupato il dibattito internazionale a partire dalla fine dell'800 sino ai giorni nostri. Oltre al carattere diseguale, fra le carenze strutturali di tale sanzione si ricordano: il rischio di una potenziale lesione del principio di personalità della pena, il c.d. effetto di rimbalzabilità, effetto per il quale si produce l'estensione dell'afflittività della sanzione ad altri soggetti e in particolare alla famiglia del condannato (c.d. *Drittwirkung*), e il difetto, c.d. "Strafabkauf", di consentire un comodo acquisto dell'impunità a tutti i soggetti dotati di consistente capacità economica. Quanto ai pregi ascritti alla pena pecuniaria, essa presenta un primo vantaggio assai rilevante rispetto alla pena detentiva sotto il profilo del rispetto della personalità del condannato. E' inoltre una sanzione che si denota per la sua economicità, è ritenuta una pena altamente graduabile, si caratterizza per la facile riparazione in caso di errore giudiziario e per l'anonimità. In definitiva, emerge un profilo di contraddittorietà della pena pecuniaria: una pena per certi versi ingiusta – secondo alcuni la sua natura classista sarebbe difficilmente aggirabile – ma per altro verso più utile di altre forme sanzionatorie. Sul tema si veda, tra gli altri, Grebing, *Die Geldstrafe*, cit., p. 1206 ss.; nella letteratura italiana, Molinari, *La pena*, cit., p. 23 ss.; Musco, *op. cit.*, p. 37 ss. Sulla natura classista della pena pecuniaria, v. Rusche-Kirchheimer, *op. cit.*, p. 289 s.

²⁹ La pena pecuniaria per sua natura infligge un male diseguale, essendo condizionata fortemente dal rapporto diseguale fra la persona e il patrimonio. Cfr. sul punto Fiandaca-Musco, *Diritto penale*. Pt. Gen., Bologna, 2007, p. 758.

individua in questa caratteristica della pena pecuniaria un difetto ineliminabile, capace di inficiare profondamente l'efficace applicazione della sanzione³⁰. In realtà, lungi dall'essere un difetto radicalmente ineliminabile, come già indicato dai filosofi illuministi³¹, esso si pone in stretta relazione con il modello di misurazione della pena pecuniaria prescelto che può accentuare o ridurre al minimo l'effetto della disuguaglianza. Sono essenzialmente due i modelli di pena pecuniaria cui i sistemi penali europei hanno fatto ricorso dall'Illuminismo ad oggi³²: il modello di pena pecuniaria a somma complessiva, diffuso soprattutto nell'area latina dell'Europa Continentale, e il sistema dei tassi giornalieri, diffusosi nell'area scandinava³³.

Appare opportuno ricordare in breve la differenza fra i due modelli, benché nota, in quanto decisiva per comprenderne la diversa incidenza sotto il profilo della capacità di realizzare il principio della c.d. *opfergleichheit*, ossia della uguaglianza della sofferenza³⁴. Mentre il sistema a somma complessiva presenta una "struttura rigida" in cui la valutazione delle condizioni economiche del reo può svolgere soltanto un ruolo eventuale, "il sistema a tassi viceversa fa di questa valutazione un elemento di struttura, di carattere centrale, accanto ai tradizionali fattori di commisurazione della gravità del reato"³⁵. Il sistema a somma complessiva (noto nella dottrina d'oltralpe come *Geldsummensystem*) impone di determinare in un'unica fase, in maniera forfetaria, l'ammontare della pena pecuniaria in relazione al grado di responsabilità penale in cui è incorso il reo e non determina regole precise per adeguare l'ammontare della pena pecuniaria alle condizioni economiche del reo³⁶. Tale sistema è oggi avversato dalla dottrina penalistica perché caratterizzato da un deficit di uguaglianza e di

³⁰ Cfr. tra gli altri Rizzo, *Illegittimità costituzionale della conversione delle pene pecuniarie*, in *Dem. e dir.*, 1961, p. 491 s.; cfr. anche Pavarini, in *AA.VV.*, *Introduzione*, cit., p. 449.

³¹ Sul sistema di misurazione della pena pecuniaria ideato da Filangieri, si veda supra, par. 1. Sui rimedi pensati nel corso del dibattito ottocentesco, si veda Padovani, *L'utopia*, cit., p. 143 ss.

³² Non mancano altri modelli di misurazione della pena pecuniaria: il più importante è senz'altro il modello della pena pecuniaria a tempo (c.d. *Laufzeitgeldstrafe*) ideata in Germania da Baumann. Questo modello impone sempre il pagamento a rate della pena pecuniaria e quindi crea una multa idonea a produrre effetti nel tempo. Accanto ad esso vi sono altri modelli di minore diffusione come il modello olandese per la misurazione della pena pecuniaria in base a categorie di reati, il modello elaborato per gli Stati del Benelux, che impone la misurazione della pena in base a categorie di reddito, e infine il modello belga che impone per l'adeguamento della pena alle condizioni economiche del reo l'uso di un moltiplicatore. Cfr. su questi diversi modelli Grebing, *Die Geldstrafe*, cit., p. 1267 ss.

³³ Dolcini-Paliero, *Il carcere*, cit., p. 159.

³⁴ Cfr. su questo principio nella storia del diritto penale, a partire dal pensiero di Filangieri, von Selle, *Gerechte Geldstrafe. Eine Konkretisierung des Grundsatzes der Opfergleichheit*, Berlin, 1997, p. 46 ss.

³⁵ In questo senso Musco, *La pena*, cit., pp. 76-7.

³⁶ Anche se a questo fine in alcuni ordinamenti è prevista una clausola generale. Cfr. sul punto Molinari, *La pena pecuniaria*, cit., p. 38 ss.

trasparenza³⁷: ciò fa sì che esso si presti a facili abusi giudiziari. Il sistema dei tassi giornalieri (c.d. Tagessatzsystem), diversamente, è congegnato in maniera assai più complessa: esso prevede che la misurazione della pena pecuniaria avvenga secondo una operazione che si divide in due fasi distinte. Nella prima fase, sulla base dei criteri di commisurazione della sanzione penale in relazione al grado di responsabilità penale, viene determinato il numero dei tassi giornalieri da infliggersi. Nella seconda fase viene calcolato l'ammontare del singolo tasso giornaliero tenendo conto delle condizioni economiche e personali del reo. La somma di denaro definitiva oggetto dell'obbligo di pagamento si ottiene moltiplicando il numero dei tassi giornalieri per l'ammontare del tasso³⁸. A questo sistema, la cui ideazione si deve a due penalisti dell'Europa del Nord³⁹, la dottrina riconosce molteplici pregi: essenzialmente trasparenza e uguaglianza⁴⁰.

Nonostante i difetti che gli vengono ascritti e il netto sfavore della dottrina penalistica, il sistema a somma complessiva è quello accolto dal legislatore italiano. La disciplina della commisurazione della pena pecuniaria si compone infatti degli artt.

³⁷ Infatti esso non consente di conoscere la concreta incidenza assunta dalle condizioni economiche del reo, da un lato, e dalla gravità del reato e dal grado della colpevolezza, dall'altro, nella determinazione della pena pecuniaria. Usando il sistema della somma complessiva, poi, "peso prevalente viene (...) assegnato ai dati inerenti alla responsabilità penale, mentre per lo più si tralascia di compiere un esame accurato sulle condizioni economiche e personali dell'autore di reato". Cfr. Molinari, *La pena*, cit., p. 41. Sul sistema a somma complessiva e sui suoi difetti, si veda Grebing, *Die Geldstrafe*, cit., p. 1249 ss.; nella letteratura italiana, Molinari, op. cit., p. 33, p. 38 ss., p. 42.

³⁸ Vi è poi una terza fase eventuale nella quale si accerta se il reo è in grado di corrispondere la pena o se sia necessario concedere facilitazioni di pagamento. Su questo sistema si veda nella dottrina italiana Dolcini, *Le pene*, cit., p. 440 ss., nonché Molinari, op. cit., p. 33 e p. 43 ss. e Musco, *La pena*, cit., pp. 76-7, p. 90 ss., in quella tedesca, Grebing, *Die Geldstrafe*, cit., p. 1250 ss. e Jescheck, *La pena*, cit., p. 365 s., von Selle, op. cit., p. 24 s. Nei paesi dove è stato adottato il sistema dei tassi, il numero dei tassi è solitamente prefissato sia in una misura minima che massima, così come per l'ammontare del tasso è fissato un minimo e un massimo, ciò per il rispetto del principio di legalità.

³⁹ Si tratta del danese Carl Torp e dello svedese Joahnn C. W. Thyren (benché tale sistema fosse già stato abbozzato dai codici penali portoghesi ottocenteschi). Si veda Padovani, *L'utopia*, cit., p. 152 ss.

⁴⁰ La netta separazione degli atti di commisurazione della pena pecuniaria consente di conoscere la diversa incidenza attribuita ai fattori che hanno contribuito alla determinazione della pena, il grado di responsabilità e le condizioni economiche del reo (e ciò, tra l'altro, è essenziale in sede di conversione della pena pecuniaria insoluta). Tale sistema è stato elogiato dai nostri giudici costituzionali come "utile esempio, desumibile dal diritto comparato, di modello capace di garantire uguaglianza sostanziale della pena pecuniaria". Cfr. C. Cost. n. 131/1979, cit., p. 1060, nonché C. Cost. n. 119/1994 in *Giur. Cost.*, 1994, p. 1013. Cfr. Dolcini, *Pene*, cit., p. 443, nonché ID, *Le pene pecuniarie*, cit., p. 529 ss., in part. p. 537 ss. Nonostante alcuni difetti pure ascritti a questo sistema (sui quali si rinvia a Molinari, op. cit., p. 49 ss.), esso è comunque unanimemente ritenuto in dottrina senz'altro da preferire al metodo a somma complessiva. Cfr. Dolcini-Paliero, *Il carcere*, cit., p. 160.

132 e 133 c.p.⁴¹, ma anche, a seguito della legge di Modifiche al sistema penale del 1981, dell'art. 133-bis che, in aggiunta alla gravità del reato e alla capacità a delinquere, fa spazio alle condizioni economiche del reo tra i criteri fattuali di commisurazione. L'art. 133-bis c.p., che è venuto incontro alla necessità di armonizzare la pena pecuniaria rispetto al principio costituzionale di uguaglianza, necessità da tempo evidenziata dalla dottrina⁴², si è mantenuto saldamente ancorato al tradizionale sistema a somma complessiva: le condizioni economiche del reo operano cioè “contemporaneamente e sullo stesso piano degli altri criteri di commisurazione”⁴³. Tale soluzione, adottata per dare al giudice la possibilità di eludere problemi di accertamento che il sistema dei tassi non avrebbe consentito di aggirare⁴⁴ sottraendolo così alla “tirannia” dei tassi⁴⁵, ha comportato di fatto che nella prassi giurisprudenziale l'adeguamento alle condizioni economiche del reo venga disatteso⁴⁶. Per queste ragioni la dottrina ha finito per includere il modello di pena pecuniaria “orientata alla capacità economica” fra le sanzioni ‘nate-morte’: sanzioni che, per difetti strutturali, “non hanno neppure iniziato a respirare” una volta ambientate nella prassi⁴⁷. A ciò si aggiunga la grave lacuna rappresentata dalla circostanza che il legislatore del 1981 ha taciuto sul contenuto delle condizioni economiche⁴⁸. In definitiva, deve valere il giudizio di

⁴¹ Norme che sanciscono l'obbligo di motivazione per il giudice, nonché i criteri fattuali di cui quest'ultimo deve tener conto nella commisurazione della pena (gravità del reato e capacità a delinquere del reo).

⁴² Il tema, come già si osservava, era stato proposto dalla dottrina illuministica, approfondito nell'Ottocento e Novecento, affrontato dalla Corte Costituzionale, nonché dalla dottrina italiana e, in particolare, da Emilio Dolcini. Vedi supra, par. 1.

⁴³ Così Dolcini, in AA.VV., (a cura di), Commentario, sub art. 100, cit., p. 453.

⁴⁴ Cfr. Dolcini, ibidem; Musco, op. cit., p. 29 ss.; Pavarini, cit., p. 449. La stessa Commissione di riforma del codice penale presieduta dal Professor Grosso esprimeva inizialmente, nella Relazione del 1999, forti perplessità sulla opportunità di inserire nel contesto italiano il modello dei tassi, pur ritenendolo un modello ineccepibile, “stante le peculiari caratteristiche del nostro sistema fiscale che non è in grado di assicurare certezza sui redditi”. Cfr. Grosso, (a cura di), Per un nuovo codice penale, II, Relazione della Commissione Grosso (1999), 2000, p. 58.

⁴⁵ Così Romano-Grasso, Commentario sistematico del Codice penale, vol. II, Milano, 2005, sub art. 133-bis, p. 349.

⁴⁶ Cfr. in tal senso Dolcini, op. ult. cit., p. 453; nella manualistica, v. Marinucci-Dolcini, Manuale, cit., p. 516.

⁴⁷ Così Paliero, Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 536.

⁴⁸ L'art. 133-bis c.p. non dà infatti alcuna indicazione circa gli indici di cui il giudice deve tener conto nella valutazione delle condizioni economiche del reo. In tal senso Vinciguerra, op. cit., p. 355; Padovani, La pena, cit., p. 1184. A colmare tale lacuna è tuttavia intervenuta la dottrina la quale ha elaborato una proposta interpretativa, anche sulla base delle esperienze straniere (soprattutto tedesca e austriaca). Cfr. Dolcini, op. ult. cit., pp. 453-4; Romano-Grasso, op. cit., p. 348 s. Secondo tale ricostruzione dottrinale, il giudice deve fare riferimento al reddito

chi autorevolmente ha affermato che “l’art 133-bis (...) può dirsi teoricamente un sensibile passo avanti nel processo di valorizzazione della pena pecuniaria (...); ma lasciato nel contesto del modello tradizionale delle pene pecuniarie, c.d. per somma complessiva, vale a dire non inquadrato nel modello c.d. a tassi giornalieri, resta un passo in avanti ancora inadeguato, incapace di apportare un reale mutamento nella prassi commisurativa odierna”⁴⁹. Tale giudizio, tuttavia, sembra destinato ad essere scalfito da alcuni recenti interventi del legislatore italiano che mostrano come quest’ultimo abbia imboccato la via indicata dalla dottrina sull’esempio delle legislazioni europee. Il sistema dei tassi giornalieri, infatti, ha ricevuto recentemente parziale accoglimento nell’ordinamento italiano: esso è stato innanzitutto accolto nella commisurazione della pena pecuniaria quale sanzione sostitutiva della pena detentiva breve⁵⁰. Altra ipotesi di recepimento del modello dei tassi giornalieri si rinviene nell’art. 10 del D.lgs.vo 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto nell’ordinamento italiano, sull’esempio delle esperienze straniere, la c.d. responsabilità da reato degli enti collettivi. Nell’ambito dell’apparato sanzionatorio predisposto dal decreto si è dato ingresso ad una sanzione amministrativa pecuniaria commisurata per quote⁵¹. Significativa appare dunque la definitiva presa d’atto da parte del legislatore italiano, testimoniata dalla stessa Relazione governativa di accompagnamento a quest’ultimo provvedimento di legge⁵², della assoluta inadeguatezza del modello per somma complessiva, incapace di garantire efficacia e giustizia della sanzione in danaro:

del soggetto al tempo della condanna, ma anche al patrimonio del reo. Tra le componenti passive, rientrano, secondo la medesima dottrina, le obbligazioni pecuniarie gravanti sul reo. Resta dubbia la soluzione da adottare nei casi problematici di soggetti privi di redditi propri (casalinghe, studenti, disoccupati). Al riguardo sembra doversi escludere, in ogni caso, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, qualsiasi sospetto di illegittimità costituzionale della pena pecuniaria applicata a soggetti minorenni (Cfr. C. Cost., ord. 17 maggio 2001, n. 154, in Cass. pen., 2001, p. 2955).

⁴⁹ Così Romano-Grasso, Commentario, cit., p. 347.

⁵⁰ L’art. 53, comma 2 della legge di Modifiche al sistema penale del 1981, che rimandava all’art. 133-bis, comma 2 c.p. per la commisurazione della pena pecuniaria sostitutiva, è stato modificato dall’art. 4 della Legge 12 giugno 2003, n. 134. La disciplina così introdotta riecheggia il sistema dei tassi giornalieri. Cfr. Dolcini, La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1081-2. Per un primo commento alla novella, si veda Giunta, Le innovazioni introdotte in materia di sanzioni sostitutive dalla legge sul c.d. patteggiamento allargato, in Studium Iuris, 2004, fasc. 3, p. 301 ss.

⁵¹ Cfr. sul sistema sanzionatorio previsto dal D.lgs.vo n. 231/2001, Cosseddu, Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri d’imputazione e tipologia delle sanzioni, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2005, fasc.1-2, p. 1 ss., in part. p. 36 ss.

⁵² “Con riferimento alla fase commisurativa, la legge delega sembra propendere, a prima vista, in favore del tradizionale sistema “a somma complessiva”. (□) Tuttavia, tale innesto non ha dato i frutti sperati, a causa dell’ambiguità strutturale che lo contrassegna. (□) Si tratta di un sistema, cioè, destinato a malfunzionare perché ambisce ad accomunare due fasi commisurative che,

una presa d'atto che potrebbe aprire la strada all'adozione di un diverso modello commisurativo anche per la pena pecuniaria quale pena principale criminale⁵³.

3. Stato di ineffettività della pena pecuniaria in Italia. – Una volta analizzata la disciplina legislativa della pena pecuniaria nell'ordinamento italiano, abbiamo scelto di volgere lo sguardo sulla prassi della pena pecuniaria e sulla sua dimensione fattuale al fine di fare luce sul grado di effettività di tale sanzione⁵⁴, considerato che, come

per contro, sono (e vanno tenute) distinte. (...)”. Cfr. Relazione governativa al D.lgs.vo 8 giugno 2001, n. 231, consultabile presso il sito del Ministero di Giustizia.

⁵³ Per completare il quadro – qui brevemente delineato – della disciplina della pena pecuniaria in Italia, occorre da ultimo accennare al problema dell'insolvibilità del condannato, un problema da sempre connaturato a questo istituto. In tale evenienza il Codice Rocco (art. 136 c.p.) prevedeva la conversione della pena pecuniaria nella pena detentiva corrispondente (arresto o reclusione). Tale meccanismo, già posto in dubbio da parte della dottrina in quanto esso si traduceva in una sanzione per l'indigenza e ciò in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza, venne dapprima dichiarato legittimo dalla Corte Costituzionale in nome del “principio di inderogabilità della pena”. Cfr. Corte cost., 27 marzo 1962, n. 29 in *Giur. Cost.*, 1962, p. 225. Cfr. Vinciguerra, *La riforma*, cit., pp. 365-6. Successivamente, la durezza della conversione automatica della pena pecuniaria in pena detentiva venne mitigata dalla previsione che l'espiazione della pena detentiva da conversione dovesse avvenire in regime di semilibertà (art. 49 della Legge 26 luglio 1975, n. 354). Cfr. Dolcini, in *AA.VV.*, (a cura di), *Commentario*, cit., p. 466. Nel 1979, infine, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di tale meccanismo per contrasto con il principio di uguaglianza, eliminando dall'ordinamento “quella traslazione della pena dai beni alla persona del condannato insolvente, retroaggio di concezioni arcaiche, basate sulla fungibilità fra libertà e patrimonio personale”. Cfr. Corte Cost., 21 novembre 1979, n. 131, cit., p. 1067. Il vuoto normativo lasciato dalla sentenza della Corte Costituzionale è stato colmato dalla stessa Legge 24 novembre 1981, n. 689, la quale ha introdotto all'art. 102 un nuovo meccanismo di conversione che prevede la conversione della pena pecuniaria in libertà controllata (una limitazione della libertà di circolazione) o, a richiesta del condannato, in lavoro sostitutivo (la prestazione di una attività non retribuita a favore della collettività, su cui vedi da ultimo Corte cost. 21 giugno 1996, n. 206 in *Giur. cost.*, 1996, p. 1836). Neppure tale meccanismo di conversione (per cui è competente il magistrato di sorveglianza) appare al riparo da censure di incostituzionalità: in dottrina si fa infatti notare come una “traslazione della pena dai beni alla persona”, deprecata dalla Corte Costituzionale, si realizzi anche oggi (soprattutto in ragione del fatto che non si è escluso che la conversione possa scattare anche in caso di insolvibilità incolpevole), tanto più in considerazione della circostanza che in caso di violazione delle prescrizioni inerenti alla libertà controllata e al lavoro sostitutivo è prevista la conversione del residuo di pena in pena detentiva. Per tutti Dolcini, *op.ult. cit.*, p. 467. Una seconda censura d'incostituzionalità è legata inoltre al fatto che oggetto della conversione è la pena pecuniaria irrogata al colpevole anche riguardo alle sue condizioni economiche secondo il disposto dell'art. 133-bis c.p. Ciò altera l'uguaglianza dei condannati di fronte al reato e alla pena. Padovani, *op. ult. cit.*, pp. 1186-7. La Corte Costituzionale ha tuttavia affermato la legittimità costituzionale di tale sistema: Corte Cost. 7 aprile 1987, n. 108, in *Giur. Cost.*, 1987, p. 802 ss. con nota di De Maglie, *Ha un futuro l'attuale modello di pena pecuniaria?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 679 e Corte Cost., 21 giugno 1996, n. 206, cit.

⁵⁴ Sul tema della effettività della sanzione, si vedano, nella vasta letteratura, gli Atti del XXIII Convegno di studio “Enrico de Nicola”, pubblicati sotto il titolo *Sistema sanzionatorio*:

sottolineato dalla dottrina più attenta, “l’efficacia della pena pecuniaria è tanto grande quanto l’efficienza della sua riscossione”⁵⁵. Si è cercato, in particolare, di approfondire tale profilo tramite il ricorso alle statistiche giudiziarie⁵⁶: ciò nella convinzione che anche i dati quantitativi possano fornire indicazioni utili in prospettiva di una futura riforma dell’istituto⁵⁷.

Il legislatore italiano è stato “a lungo criticato per aver attribuito a questa pena (la pena pecuniaria) uno spazio assai ridotto, a confronto con altri ordinamenti a noi vicini”⁵⁸. A partire dalla legge di Modifiche al sistema penale, nel 1981, tuttavia, si è assistito ad un mutamento di indirizzo da parte del legislatore italiano il quale ha valorizzato la pena pecuniaria quale sanzione sostitutiva della pena detentiva breve⁵⁹. Si può dunque affermare che la pena pecuniaria ha mosso “timidi passi nella direzione della criminalità media, salvo cedere contemporaneamente terreno, verso il basso, alla sanzione pecuniaria amministrativa”⁶⁰. Vi è da chiedersi allora se qualcosa sia cambiato dal 1981 ad oggi nella prassi applicativa della pena pecuniaria. Ebbene, le statistiche testimoniano chiaramente del perdurare di un ruolo assai marginale della pena pecuniaria nel nostro sistema sanzionatorio. Lo si evince innanzitutto dai dati relativi alla quota delle condanne a pena pecuniaria rispetto al totale delle

effettività e certezza della pena, Milano, 2002; Giunta, L’effettività della pena nell’epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, p. 415; Paliero, Il principio di effettività del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, p. 430 ss.

⁵⁵ Così Grebing, Die Geldstrafe, cit., p. 1314.

⁵⁶ A tal fine, la nostra attenzione si è concentrata sulle statistiche giudiziarie ufficiali. La fonte dalla quale sono stati attinti i dati è rappresentata infatti dagli Annuari dell’Istat: considerato che l’ultimo Annuario pubblicato è quello del 2006, nel quale sono contenuti dati relativi al 2004, le nostre rilevazioni saranno aggiornate sino a quest’ultima data. Il metodo seguito è quello già proposto da Emilio Dolcini in molti dei suoi scritti.

⁵⁷ Sull’importanza di far luce sulla “prassi della pena” sia per lo studioso, sia per il futuro legislatore, si veda Dolcini, Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo alla prassi, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 97.

⁵⁸ Cfr. Dolcini, La pena in Italia, cit., p. 1080. Nel 1930, infatti, le condanne a pena pecuniaria costituivano solo il 20% del totale delle condanne in Italia contro la percentuale del 70% che si riscontrava in Germania. Fino alla fine degli anni ’60, tale percentuale si è attestata non oltre il 30% in Italia, raggiungendo il picco del 50% solo negli anni ’80, una percentuale comunque molto limitata se comparata alla quota dell’80% rilevata in Germania e in Inghilterra negli stessi anni. Si veda Dolcini-Paliero, op. cit., pp. 184-5.

⁵⁹ Di durata non superiore ad un mese: oggi il limite è elevato a sei mesi, a seguito della modifica dell’art. 53 della legge di Modifiche al sistema penale ad opera della Legge 12 giugno 2003, n. 134. Cfr. Dolcini-Marinucci, Manuale, cit., p. 482.

⁶⁰ Nel contempo, infatti, lo spazio della pena pecuniaria si è ridotto a favore della sanzione amministrativa in seguito alla depenalizzazione operata dalla stessa legge di Modifiche al sistema penale, nonché da ultimo con il D.lgs. n. 30 dicembre 1999, n. 507 che ha interessato la legislazione speciale in materia di assegni bancari, circolazione stradale, reati finanziari, alimenti e navigazione.

condanne. Nell'insieme le condanne alla sola pena pecuniaria (multa e ammenda) rappresentano nel 2004 il 47,1% del totale delle condanne (155.299 su un totale di 329.384 condanne)⁶¹. Questo dato⁶² non può non destare perplessità se lo si confronta con i valori nettamente superiori che si registrano nei paesi europei a noi più vicini, come la Germania e l'Inghilterra dove, a partire dagli anni '80 sino ad oggi, la pena pecuniaria supera l'80% del totale delle condanne⁶³: la pena pecuniaria occupa, dunque, in Italia ancora un ruolo secondario nell'ambito dell'arsenale sanzionatorio e ciò in aperto contrasto con le indicazioni che da tempo provengono dalla dottrina più avveduta la quale individua proprio nella pena pecuniaria la sanzione destinata a sottrarre terreno alla pena detentiva⁶⁴.

In secondo luogo, le statistiche evidenziano altresì un grave stato di ineffettività della pena pecuniaria: esse mostrano infatti che le pene pecuniarie "non vengono né eseguite, né convertite"⁶⁵. Si calcola che nel 2004 i casi in cui si è approdati alla conversione rappresentano solo il 2,4% del totale delle condanne a pena pecuniaria⁶⁶. Il fatto che i provvedimenti di conversione riguardino solo una quota molto esigua delle pene pecuniarie inflitte non significa però che nella maggioranza dei casi tali pene vengano eseguite. Al contrario, come emerso nel 1999 dalla Relazione al c.d. Progetto Grosso di riforma del codice penale, la multa e l'ammenda restano in larghissima

⁶¹ Nel 2004, le condanne alla sola multa sono state 82.673. Cfr. ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali. Anno 2004*, in *Annuario 2006*, p. 45, Tavola 1.6. Le condanne complessive per delitto sono state 239.391. *Ibid.*, p. 19: le condanne alla sola multa rappresentano dunque il 34,5% del totale delle condanne per delitto. Quanto alle contravvenzioni, nel 2004 le condanne alla sola ammenda sono state 72.626, mentre le condanne complessive per contravvenzione sono state 89.993: di conseguenza le condanne alla sola ammenda rappresentano l'80,7% del totale delle condanne per contravvenzioni. Cfr. ISTAT, *Annuario*, cit., p. 213, Tavola 4.31, p. 19.

⁶² Che tra l'altro testimonia di una flessione del ricorso alla pena pecuniaria: nel 2000 multa e ammenda rappresentavano infatti il 49% del totale delle condanne. Vedi Dolcini, *La pena in Italia*, cit., p. 1098.

⁶³ Nel 1991 le condanne a pena pecuniaria in Germania rappresentavano l'84% del totale delle condanne, un ammontare già raggiunto negli anni settanta e poi mantenutosi costante. In Inghilterra, negli anni ottanta, le condanne a pena pecuniaria variavano dall'82 all'86% del totale delle condanne. Cfr. Dolcini-Paliero, *Il carcere*, cit., p. 74, nonché Dolcini, *Pene detentive*, cit., pp. 101-2. Tale dato è confermato anche per gli anni più recenti. Cfr. Palazzo-Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, p. 83.

⁶⁴ In tal senso Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, oggi in Marinucci-Dolcini, (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 82 ss., nonché Paliero, *Metodologie*, cit., p. 559.

⁶⁵ Così Dolcini, *La pena in Italia*, cit., p. 1099, nonché ID, *op. ult. cit.*, p. 102.

⁶⁶ Questi i dati: nel 2004 i provvedimenti di conversione sono stati 3.709. Cfr. ISTAT, *Annuario*, cit., p. 304, Tavola 11.7. Considerando che il totale delle condanne a pena pecuniaria (multa e ammenda) nello stesso anno ammonta a 155.299 unità, si giunge alla percentuale di cui sopra.

parte ineseguite e, come è stato osservato, vi è da ritenere che con ogni probabilità “la situazione non sia mutata”⁶⁷. Questi dati non possono non stupire ove si ponga mente alla diversa situazione degli altri paesi europei: per fare solo alcuni esempi, si pensi all’Olanda e al Regno Unito, e in generale ai paesi del Nord Europa, ove i tassi di riscossione della pena pecuniaria superano il 90%⁶⁸. Divari così macroscopici non possono spiegarsi solo con le differenze socio-economiche tra gli Stati europei, peraltro oggi più attenuate⁶⁹, quanto con l’inadeguatezza della normativa e della prassi giudiziaria in relazione al momento esecutivo della pena pecuniaria. Nonostante il silenzio della dottrina su questo problema, si tratta di una inefficienza della pubblica amministrazione italiana dovuta essenzialmente alla carenza di mezzi e personale necessari per il buon esito della procedura esecutiva e ad una eccessiva macchinosità dell’intero procedimento esecutivo reso ancor più complesso a seguito di alcune recenti riforme⁷⁰. Si deve dunque concludere che i dati statistici rendono urgente la necessità di individuare la patologia che affligge l’esecuzione della pena pecuniaria nel nostro paese – è evidente infatti che una pena che, una volta minacciata e inflitta, non venga poi eseguita finisce con il perdere qualsiasi efficace funzione preventiva – e la eventuale possibile cura. Il passo preliminare in questa direzione (ragioni di economia non consentono di approfondire oltre nel presente lavoro le disfunzioni

⁶⁷ Cfr. in tal senso Dolcini, *Pene detentive*, p. 102. La Commissione Grosso ha evidenziato infatti come nell’arco di sette anni durante gli anni novanta siano state rimosse pene per una quota pari solo al 3,7% dell’ammontare complessivo delle pene inflitte. Vedi GROSSO, *op. cit.*, pp. 56-57. Riferisce di una percentuale di riscossione inferiore al 5% anche Massimo Pavarini, in AA.VV., *Introduzione*, cit., p. 449, nonché Pulitano, *op. cit.*, p. 625.

⁶⁸ Cfr. sul punto Bernardi, *La pena pecuniaria in Italia e in Francia, e l’esigenza di una sua armonizzazione a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 229 e p. 236. Cfr. altresì Molinari, *La pena*, cit., pp. 98-9.

⁶⁹ Si veda Bernardi, *op. ult. cit.*, p. 230.

⁷⁰ Anche in Italia come in molti altri paesi europei il momento esecutivo si articola attraverso una fase di tipo amministrativo e una successiva fase giurisdizionale che culmina nella conversione della pena pecuniaria non pagata in una sanzione sostitutiva. In origine, il procedimento per la riscossione della pena pecuniaria, disciplinato dalla c.d. Tariffa penale, si presentava così macchinoso da divenire privo di efficacia. Questa disciplina è stata riformata per effetto del D.lgs.vo 9 luglio 1997, n. 237, nonché più di recente del D.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo Unico in materia di spese di giustizia). La riforma di conio così recente non consente di formulare prognosi circa l’efficacia del nuovo procedimento. Ad un primo sguardo, tuttavia, la novella non sembra aver reso meno macchinoso la procedura esecutiva e ciò se si pensa che si sono moltiplicati i soggetti partecipanti alla procedura (cancellerie, concessionari, procure, magistrati di sorveglianza) e i passaggi che precedono la conversione della pena pecuniaria. Sulla esecuzione delle pene pecuniarie si veda Di Ronza, *Manuale di diritto dell’esecuzione penale*, Padova, 2003, p. 641 ss.; per una sintesi delle critiche mosse alla nuova disciplina della esecuzione di pene pecuniarie, Miedico, *Pene pecuniarie*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, vol. V, Milano, 2006, pp. 4221-22.

del momento esecutivo della pena pecuniaria summenzionate)⁷¹, a nostro avviso, deve essere quello di verificare la correttezza del modello di misurazione della pena pecuniaria prescelto. Il momento esecutivo è estremamente importante perché esso costituisce il banco di prova della sanzione pecuniaria: “infatti i risultati che si raggiungono in questa fase dimostrano il grado di esattezza con cui è avvenuta la individualizzazione della multa”⁷². Una patologia in questa fase potrebbe essere indice innanzitutto della presenza di una patologia a monte nel modello commisurativo adottato. Solo un’indagine rivolta al diritto straniero, attenta a verificare se a diversi modelli commisurativi della pena pecuniaria si accompagni una maggiore effettività della sanzione, permetterà di confermare questa ipotesi e di trarre suggerimenti utili in prospettiva de lege ferenda⁷³.

4. L’indagine di diritto straniero. – Attraverso un’evoluzione legislativa compiutasi nell’arco di quasi un secolo, si è passati da un modello classico di pena pecuniaria completamente svincolato dalle condizioni economiche del reo, alla valorizzazione di tali condizioni all’interno di un modello di pena pecuniaria a somma complessiva (ad esempio nell’ambito della riforma tedesca della Geldstrafe degli anni ’20), diffuso soprattutto nell’area latina del Sud Europa, per approdare infine al rivoluzionario sistema dei tassi giornalieri. Già attuato tra gli anni ’20 e ’30 nei paesi scandinavi (nel 1921 in Finlandia, nel 1931 in Svezia, nel 1939 in Danimarca), tale sistema si è affermato con le riforme degli anni ’70 in Germania, Austria ed Ungheria, da ultimo negli anni ’80 in Francia (ove il sistema è previsto per la pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva breve: si tratta dei c.d. ‘jours-amende’), in Portogallo (dove storicamente nasce il modello nella metà del secolo scorso) e in Spagna, in Polonia, nonché di recente anche in Slovenia e Croazia, infine nel codice penale russo del 1996. Esso è diffuso anche in molti paesi dell’America latina⁷⁴. Tra tutti questi ordinamenti, l’ordinamento tedesco è quello cui si è dedicata primariamente attenzione nell’indagine

⁷¹ Si vedano tuttavia le osservazioni svolte alla nota precedente. Non si ignora inoltre la circostanza che molteplici possono essere i fattori all’origine della ineffettività della pena pecuniaria: senz’altro i fattori socio-economici influiscono in maniera determinante. Osserva Pavarini, ricordando la lezione di Rusche e Kirchheimer: “(...) oggi come ieri l’inadempimento delle pene pecuniarie è statisticamente prevalente sull’adempimento”. Così Pavarini, in AA.VV., (a cura di), *Introduzione*, cit., pp. 449-50.

⁷² Così Molinari, *La pena*, cit., p. 97.

⁷³ Come noto, il metodo comparato, in senso proprio, comporta lo studio e la valutazione delle soluzioni normative adottate da altri ordinamenti giuridici in risposta a problemi comuni e l’importanza di una siffatta comparazione nel campo della riforma penale non necessita di dimostrazione. Sul metodo comparato si veda Palazzo-Papa, *Lezioni*, cit., p. 27 ss.

⁷⁴ Cfr. Dolcini, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 827, nonché Jescheck-Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, 2002, p. 842.

di diritto straniero, benché la disciplina tedesca della pena pecuniaria sia conosciuta, posto che il *Tagessatzsystem* tedesco si pone oggi come “modello-guida nel quadro del movimento internazionale di riforma del diritto penale”. Omettendo di ricordare il quadro legislativo, ampiamente noto⁷⁵, analogamente a quanto operato con riferimento all'ordinamento italiano e in accordo con le premesse da cui abbiamo preso le mosse per l'indagine di diritto straniero, scegliamo di condurre uno studio sulla prassi della pena pecuniaria nell'ordinamento tedesco. Ebbene, secondo i dati più recenti, si assiste (per la verità già da tempo ormai) in Germania ad un vero e proprio “trionfo della pena pecuniaria”: su 100 condanne pronunciate, più di 80 irrogano una pena pecuniaria. Inoltre, studi statistici segnalano come solo il 15% delle pene pecuniarie viene convertito in pena detentiva, mentre è riconosciuto e comprovato da alcune indagini empiriche che l'esecuzione della pena pecuniaria in Germania giunge a buon fine e la percentuale delle pene pecuniarie riscosse è altissima⁷⁶: ciò senz'altro grazie alla presenza di strumenti efficaci di esecuzione forzata, nonché ad una condizione socio-economica di benessere, ma con ogni probabilità soprattutto grazie alla esatta individualizzazione ‘economica’ della pena pecuniaria consentita dal modello dei tassi.

Il secondo ordinamento cui si è volta la nostra attenzione è quello spagnolo. Il codice penale del 1995 prevede nell'ambito del sistema sanzionatorio pene private

⁷⁵ Con la riforma del diritto penale tedesco del 1975 il *Tagessatzsystem* viene accolto definitivamente con lo scopo dichiarato di ridurre la pena detentiva breve e allargare l'ambito di applicazione della pena pecuniaria. Cfr. Jescheck-Weigend, *Tratado*, cit., p. 826. Il par. 40 StGB prevede infatti una struttura bifasica della commisurazione della pena pecuniaria secondo lo schema già descritto. In ossequio al principio di legalità sono previsti limiti edittali minimi e massimi sia per il numero dei tassi (da 5 a 360) sia per l'ammontare del tasso (da 2 a 10.000 marchi). Cfr. Fornasari-Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, p. 122 ss.; nella letteratura tedesca, Grebing, *Die Geldstrafe*, op. ult. cit., p. 1279 ss. L'articolazione bifasica deve poi trovare riflesso nel contenuto della sentenza. Quanto alla valutazione delle condizioni economiche del reo, ci si attiene al concetto di reddito netto, ossia si calcola il reddito netto mensile o annuo, se ne determina la media giornaliera e questa costituisce l'ammontare del tasso giornaliero, senza che si tenga conto dei quozienti di reddito che costituiscono indispensabile sostentamento di vita, accertamento che è invece previsto nei paesi, come l'Austria e i paesi scandinavi, dove vige il principio della perdita. Si tiene altresì conto, a detrazione del reddito, di alcune obbligazioni pecuniarie gravanti sul reo. Infine, in caso di mancato pagamento della pena pecuniaria, la pena pecuniaria non riscossa si converte in pena detentiva: a un tasso giornaliero corrisponde un giorno di pena detentiva. Tuttavia, una mitigazione di tale meccanismo è costituita dalla previsione dell'art. 459f del codice di procedura penale tedesco secondo il quale la pena detentiva da conversione non deve essere eseguita quando rappresenta un castigo di irragionevole durezza, nonché dalla previsione dell'art. 293 della legge di introduzione del codice penale riformato che contempla la possibilità per le diverse regioni tedesche di prevedere quale pena di conversione il lavoro libero e non retribuito.

⁷⁶ Cfr. sul punto Albrecht, *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems*, Berlin, 1980, p. 38 ss.

della libertà, pene privative di diritti e pene pecuniarie⁷⁷. Queste ultime sono disciplinate secondo il modello dei tassi giornalieri in accordo con il sistema tedesco (art. 50 del codice penale)⁷⁸. L'art. 53 del codice penale spagnolo prevede, altresì, che in caso di mancato pagamento, la multa si converta in una pena privativa della libertà personale⁷⁹.

La prassi. Risulta da dati recenti che la multa è la pena più frequentemente utilizzata nel codice penale spagnolo in sostituzione della pena detentiva⁸⁰. Seguendo l'esempio delle recenti legislazioni tedesca, austriaca, francese, italiana, il diritto penale spagnolo ha cercato di attribuire alla pena pecuniaria un ruolo maggiore di quello precedentemente rivestito. Il codice del 1995 ha infatti esteso molto l'uso della multa. Sotto il profilo dell'esecuzione della pena pecuniaria, occorre osservare che l'ordinamento spagnolo era caratterizzato, come quello italiano, da un apparato amministrativo assai arretrato⁸¹. Sembra tuttavia, in base a quanto emerge dai dati dell'Instituto Nacional de Estadística spagnolo, che, anche grazie all'introduzione del sistema dei tassi, la pena pecuniaria abbia acquisito, oltre che un ruolo assai più centrale, una maggiore effettività⁸². Ebbene dall'esame della disciplina, ma

⁷⁷ Cfr. Tiedemann, Il nuovo codice spagnolo e l'idea europea di codificazione, in *Studium Iuris*, 1997, fasc. 7-8, p. 711, nonché Tamarit Sumalla, Il sistema sanzionatorio nel codice penale spagnolo del 1995, in *Ind. pen.*, 1998, p. 1103 ss., in part., p. 1110.

⁷⁸ Il sistema c.d. días-multa comporta che per determinare il numero delle quote si debba tenere conto della gravità oggettiva e soggettiva del fatto commesso, mentre per individuare l'ammontare della singola quota si dovranno tenere in considerazione le condizioni economiche del reo desunte dalla sua disponibilità patrimoniale e dalle entrate, tenuto conto degli elementi negativi rappresentati dalle obbligazioni e dai carichi famigliari, nonché considerate altre circostanze personali. Cfr. Muñoz Conde-García Arán, *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2004, p. 515 ss., in part., 517 s. L'art. 50 del codice spagnolo prevede inoltre dei limiti minimi e massimi sia con riferimento ai giorni-pena – da dieci giorni (a seguito della Ley Organica 15/2003) a due anni – sia con riferimento all'ammontare del tasso giornaliero che può andare da due a quattrocento euro. Se il sistema per tassi giornalieri costituisce la regola generale, è rimasta tuttavia in vita anche la misurazione a somma complessiva.

⁷⁹ Il condannato va cioè soggetto ad una responsabilità penale sussidiaria che comporta un giorno di privazione di libertà ogni due tassi giornalieri non pagati. La pena privativa della libertà potrà essere eseguita in regime di localizzazione permanente (se si tratta di contravvenzione), una misura, introdotta dalla Ley Organica 15 del 2003, che comporta un controllo del condannato mediante un dispositivo elettronico che ne assicura la permanenza in un determinato luogo.

⁸⁰ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2004, p. 705.

⁸¹ Cfr. sul punto Quintero Olivares, *Adonde va el Derecho Penal*, *Quadernos Civitas*, 2004, p. 64.

⁸² Questi i dati: quanto al ruolo della pena pecuniaria, nel 2005 il totale delle condanne alla pena della multa (superiore a due mesi) era pari a 33.896, a fronte di un totale di condanne complessive pari a 128.927. Le condanne a pena pecuniaria rappresentano dunque il 26,3% del totale delle condanne. INE, *Estadísticas judiciales 2005, Condenados según tipo de delito y pena*, 2007, consultabile presso il sito www.ine.es. Questo dato, che a prima vista può sembrare esiguo, risulta in realtà significativo se rapportato alle percentuali rilevate alla fine degli anni

soprattutto della prassi della pena pecuniaria in due ordinamenti da noi non distanti dal punto di vista culturale ed in parte anche socio-economico, abbiamo potuto evincere come un diverso modello di misurazione della pena pecuniaria, il modello per tassi giornalieri, consentendo una reale commisurazione della pena pecuniaria alle condizioni economiche del reo, sia uno dei fattori alla base di una maggiore effettività di tale pena. Si conferma dunque la conclusione già raggiunta in riferimento ai paesi del Nord Europa, caratterizzati da una assoluta prevalenza dei modelli incentrati sul meccanismo dei tassi giornalieri, secondo la quale al modello dei tassi si accompagna un'altissima percentuale di pene pecuniarie eseguite e dunque una reale efficacia della pena medesima⁸³.

5. Suggestimenti al legislatore italiano provenienti dalle esperienze straniere.

– Quest'ultima indicazione appare particolarmente preziosa per il legislatore italiano. Abbiamo visto infatti come la pena pecuniaria versi nel nostro paese in uno stato di assoluta ineffettività. Ebbene, le esperienze straniere forniscono univoca dimostrazione che i problemi della esecuzione della pena pecuniaria, e in particolare della conversione, sono innanzitutto correlati al modello di commisurazione della pena pecuniaria prescelto. Il problema della non esecuzione della pena pecuniaria e della conseguente conversione della stessa risulterebbe sensibilmente circoscritto – l'esperienza tedesca, spagnola e dei paesi del Nord Europa lo dimostrano – qualora il legislatore scegliesse un modello commisurativo più idoneo a garantire il reale ed effettivo adeguamento della pena pecuniaria alle condizioni economiche del reo. Solo un modello commisurativo bifasico, come quello caratteristico della pena per tassi, è in grado di garantire “i due fondamentali requisiti che alla pena pecuniaria devono oggi essere richiesti: la trasparenza e l'eguaglianza di sacrificio economico”⁸⁴. L'eguaglianza di sacrificio economico, oltre a rendere la pena pecuniaria parimenti afflittiva per gli indigenti e per i facoltosi, consente, attraverso l'adeguamento della pena pecuniaria alle concrete condizioni economiche del reo, di ridurre al minimo i rischi di ineseguibilità

novanta. Nel 1998, infatti, le condanne a pena pecuniaria rappresentavano solo il 22% del totale delle condanne. INE, Estadísticas judiciales 1998, Estadística Penal Comùn. Juzgados de lo penal, *ibid*. Si deve dunque concludere che l'impiego della multa ha subito una forte crescita in seguito all'introduzione del sistema per tassi. Quanto invece alla conversione della pena pecuniaria, i dati disponibili relativi sempre all'anno 2005 sono meno significativi. Ciò che è certo è che il numero di condannati alla localizzazione permanente, nonché alla pena del lavoro a favore della comunità (il dato disponibile non disaggrega le ipotesi risultanti da conversione) è molto esiguo, onde se ne deduce che la conversione è evento raro. *Ibid*. Da ciò si può desumere ulteriore conferma di come la pena pecuniaria abbia, a seguito della introduzione del sistema per quote giornalieri, un discreto tasso di esecuzione.

⁸³ Cfr. sul punto Bernardi, *La pena*, cit., p. 229. Sulle indagini empiriche condotte nei paesi del Nord Europa in ordine alla esecuzione della pena pecuniaria, vedi ancora Albrecht, *op. cit.*, p. 38 ss.

⁸⁴ Così De Maglie, *Ha un futuro*, cit., p. 679.

della pena: nel sistema dei tassi, l'accertamento autonomo delle condizioni economiche consentirà di applicare soltanto pene economicamente esigibili e quindi di regola eseguite dal condannato. In secondo luogo, la trasparenza connaturata al sistema dei tassi consente di isolare il peso esercitato dalle condizioni economiche del reo nella commisurazione della pena: e ciò è funzionale alla conversione della pena pecuniaria. Il sistema dei tassi, da questo punto di vista, consente notevoli vantaggi sul piano del rispetto del principio di uguaglianza: esso consente infatti, a differenza del sistema a somma complessiva, uguali conseguenze afflittive nei confronti di autori di medesimi reati, ma dalle diverse condizioni economiche.

In definitiva, de iure condendo l'adozione del sistema dei tassi anche per la commisurazione della pena pecuniaria principale da parte del legislatore italiano potrebbe comportare i seguenti vantaggi: garantire una pena pecuniaria realmente egualitaria e ridurre al minimo i casi di inaseguibilità e conseguentemente di conversione della pena pecuniaria, restituendo effettività alla sanzione – a tal fine sarebbe tuttavia imprescindibile procedere anche ad una profonda riforma del momento esecutivo della pena pecuniaria (magari sull'esempio della assai più effettiva sanzione pecuniaria amministrativa)⁸⁵; l'adozione del sistema per tassi, infine, potrebbe contribuire ad una sensibile riduzione delle disuguaglianze create dall'attuale sistema di conversione e ad una sua razionalizzazione. Quest'ultimo modello di pena pecuniaria, non a caso, è oggi considerato il punto di riferimento obbligato di ogni tentativo di riforma della pena pecuniaria⁸⁶: in tale direzione è dunque auspicabile che volga lo sguardo anche il legislatore italiano in una prospettiva di riforma dell'istituto della pena pecuniaria. E il passo, alla luce delle recenti novelle legislative che hanno accolto il sistema per quote nell'ambito della commisurazione della pena pecuniaria sostitutiva della detenzione breve, nonché nell'ambito della responsabilità da reato degli enti, dovrebbe davvero essere breve⁸⁷.

⁸⁵ Più efficace appare l'esecuzione forzata per ottenere l'adempimento della sanzione amministrativa pecuniaria, disciplinata agli artt. 18 e 27 della Legge 689/81. Cfr. Rosini, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1991, p. 142 ss. Anche il progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pagliaro nel 1991 prevedeva l'adozione all'art. 45 di un sistema di riscossione della pena pecuniaria analogo a quello previsto per la sanzione amministrativa. Cfr. Commissione ministeriale per la riforma del codice penale. Bozza di articolato, 25 ottobre 1991, sito del Ministero di Giustizia.

⁸⁶ Lo stesso Consiglio d'Europa, pur senza prendere esplicitamente posizione a favore del sistema dei tassi giornalieri, ha raccomandato ai governi degli Stati membri l'adozione di meccanismi di adeguamento della pena pecuniaria alle condizioni economiche del condannato.

⁸⁷ Come già osservato dalla Commissione Grosso di riforma del codice penale, l'opzione per il sistema 'a quote giornalieri' permetterebbe di "ricostruire un modello di pena pecuniaria che consenta di superare l'attuale grave crisi di effettività, e di fare della pena pecuniaria uno dei pilastri del sistema sanzionatorio". Così Relazione al progetto preliminare di riforma, sito del

Certo la dottrina non manca di segnalare obiezioni circa l'opportunità di introdurre anche nel nostro ordinamento giuridico il sistema dei tassi⁸⁸. In accoglimento dell'obiezione secondo la quale la condizione socio-economica italiana impedirebbe una tale riforma⁸⁹, tuttavia, si potrebbe ipotizzare l'adozione di una variante del sistema per tassi: si tratta della pena pecuniaria a tempo o *Laufzeitgeldstrafe*⁹⁰. Questo sistema, che ricalca la commisurazione bifasica tipica del sistema per tassi, prevede una terza fase commisurativa sempre obbligatoria nella quale viene precisato il numero delle rate – settimanali o mensili o bimestrali – in cui la pena pecuniaria deve essere pagata: ciò al fine di far coincidere le scadenze con le date in cui il reddito viene percepito. Si capisce come questo sistema potrebbe venire incontro alle esigenze di chi si trovi a vivere con modesti proventi⁹¹. Per valorizzare la pena pecuniaria, da ultimo, non basterà solo rimodellarne la struttura secondo le indicazioni che ci provengono dalle esperienze straniere, ma sarà necessario anche sottrarre tale sanzione alla sospensione condizionale della pena: il rischio sarebbe altrimenti che la pena pecuniaria non venga presa sul serio.

Ebbene, la pena pecuniaria in Italia – già applicata in maniera molto estesa dal giudice di pace ed efficace sanzione sostitutiva della detenzione breve soprattutto nell'ambito della criminalità dei c.d. colletti bianchi – se ristrutturata secondo le direttive sopra delineate potrà recuperare eguaglianza ed afflittività capaci di assicurare un adeguato livello di efficacia general-preventiva anche per i reati di media gravità. Come sottolineato nell'ambito del dibattito sulla riforma del codice

Ministero di Giustizia. Si orientava in favore del sistema per tassi, negli anni novanta, anche la Commissione Pagliaro per la riforma del codice penale. Cfr. Commissione, cit.

⁸⁸ Una obiezione di fondo, come già paventato dalla stessa Commissione Grosso nel 1999, è che questo sistema comporta una notevole difficoltà di accertamento delle condizioni economiche del reo.

⁸⁹ Nella letteratura più recente, Palazzo-Papa, Lezioni, cit., p. 84. Gli Autori sottolineano come un benessere diffuso sia “un'importante scenario di fondo” per il funzionamento del sistema dei tassi.

⁹⁰ Ideata da Baumann in Germania e trasfusa anche nel noto *Alternativ-Entwurf* del 1966.

⁹¹ Il modello tedesco prevede anche che possa essere disposto l'affidamento del condannato al servizio sociale. La funzione pedagogica della pena ne uscirebbe così rafforzata e la pena pecuniaria potrebbe essere utilmente impiegata anche nella lotta contro forme di criminalità media e medio-grave, rendendola tra l'altro “accetta alla popolazione, che in genere non approva l'uso della pena pecuniaria contro la criminalità rilevante”. Cfr. ID, op. ult. cit., p. 55. In prospettiva de lege ferenda il legislatore italiano potrebbe guardare al sistema francese dei *jours-ammende*, il quale è modellato come una pena pecuniaria a tempo e prevede che la pena venga eseguita soltanto allo scadere del termine corrispondente al numero dei *jours-ammende* comminati, cosicché si rende necessario per il reo abbassare quotidianamente il proprio tenore di vita. Questo sistema, introdotto in Francia da una legge del 1983, è accolto per la sola pena pecuniaria sostitutiva della detenzione breve. Cfr. sul sistema francese Palazzo-Papa, Lezioni, cit., p. 125 ss., in part., p. 128.

penale avviata dalla Commissione Grosso, “la riforma non potrà fare a meno di compiere ogni sforzo per valorizzare il ruolo della pena pecuniaria, la più classica e collaudata tra le pene non privative di libertà. Proprio perché il legislatore italiano da sempre utilizza questa sanzione con eccessiva parsimonia, se ne può attendere un contributo rilevantissimo alla restrizione dell’area attualmente occupata dalla pena detentiva”. Questa linea di politica criminale, da tempo condivisa dalla dottrina più autorevole⁹², a nostro avviso, non potrà essere disattesa in una futura riforma del sistema sanzionatorio italiano. Davvero non si comprende, dunque, la scelta operata dalla più recente Commissione Nordio in favore della totale eliminazione della pena pecuniaria dall’arsenale sanzionatorio⁹³: come, alla luce dei pregi indiscussi della pena pecuniaria – assenza di effetti di emarginazione, economicità e redditività per lo Stato, graduabilità, efficacia in ragione dell’alto valore attribuito al denaro nella società odierna –, si può pensare di rinunciarvi in assoluto? Lungi dall’aderire ad una siffatta linea di politica criminale, il futuro legislatore dovrebbe riflettere sui suggerimenti provenienti dalle esperienze straniere e proseguire sulla strada già imboccata sul terreno della pena pecuniaria sostitutiva⁹⁴.

⁹² Tra gli altri, si veda Bricola, *Il sistema sanzionatorio penale nel Codice Rocco e nel Progetto di riforma*, in AA.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, 1974, p. 41; Marinucci, *Politica, cit.*, p. 84 ss.; Dolcini, *Le pene, cit.*, p. 535; Paliero, *Metodologie*, p. 559; Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 105 ss.

⁹³ Si legge nella Relazione Nordio: “Per quanto riguarda la pena pecuniaria, la sua eliminazione è spiegata dalla scelta di fondare l’apparato sanzionatorio prevalentemente su sanzioni principali personali, detentive o paradetentive, interdittive e prescrittive (...). Ciò è stato suggerito altresì dal rilievo che, in un progetto di codice penale che ha espunto il binomio delitti-contravvenzioni in quanto prevede un’unica categoria di reati, nella quale sono state inglobate anche le poche contravvenzioni non depenalizzate, la pena pecuniaria sarebbe fonte di confusione e di disorientamento delle valutazioni della collettività; ciò perché, a causa del profilo non personalistico che la caratterizza essa risulta indistinguibile, in concreto, dagli esiti della giustizia conciliativa penale e, riduttivamente, di quella penale amministrativa”. Né, d’altro canto, si comprende la scelta recente del legislatore italiano (Legge 31 luglio 2006, n. 241) di fare rientrare nell’ambito applicativo dell’indulto anche la pena pecuniaria.

⁹⁴ Dall’esperienza comparata, infine, il legislatore italiano può trarre un’ultima importante lezione: si tratta della centralità riconosciuta, seppure in via indiretta, al lavoro a favore della collettività quale sanzione di conversione della pena pecuniaria. Sarebbe dunque opportuno che il legislatore si impegnasse a rimuovere gli ostacoli di ordine organizzativo che l’attuazione di questa pena può comportare. Su queste difficoltà cfr. Paliero, *Il lavoro libero nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 88.

PRILOG

APPENDIX 2

Nikolay P. Kovalev

Sustav kaznenog postupka Republike Kazahstan /
Criminal Procedure System of the Republic of Kazakhstan

Nikolay P. Kovalev*

CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

(Sustav kaznenog postupka u Republici Kazahstan)

Sažetak

Kazahstanski Zakonik o kaznenom postupku iz 1997. je rezultat sinteze dva glavna izvora: Zakonika o kaznenom postupku Kazačke SSR i Modela zakonika o kaznenom postupku za članice Zajednice neovisnih država (*Модельный уголовно-процессуальный кодекс для стран СНГ*). Zakonik izražava inkvizitornu prirodu kaznenog postupka koja je obilježena aktivnom ulogom suda u vrijeme trajanja suđenja, devijacijama načela jednakosti sredstava i zahvatima u pravo privatnosti bez sudbenog jamstva.

Ključne riječi: sustav kaznenog postupka – SSSR – Republika Kazahstan

Summary

The Kazakhstan Code of Criminal Procedure of 1997 is a product of synthesis of two major sources: the Code of Criminal procedure of the Kazakh SSR and the Model Code of Criminal procedure for CIS member states (*Модельный уголовно-процессуальный кодекс для стран СНГ*). The Code reflects the inquisitorial type of criminal procedure which is characterized by active role of the judge during trial, deviation from the principle of equality of arms, and interference with the right to privacy without a judicial warrant.

Key words: criminal procedure system – USSR – Republic of Kazakhstan

* Tekst je nacionalni referat kojega je autor (u vrijeme pisanja teksta doktorand na Queen's University Belfast), sastavio za istraživački projekt Zavoda, Transition of Criminal Procedure Systems. Primljen je još 25. travnja 2005. Zbog okolnosti da drugi referenti iz azijskih tranzicijskih država do danas nisu predali nacionalne referate, referat Nikolaya P. Kovaleva do sada nije bio objavljen.

I. SOURCES

1. General Observations

According to the principal source of law in this Central Asian state, Constitution of 1995, Kazakhstan declared itself a democratic, legal, unitary state supreme values of which are the individual, his or her life, rights and freedoms.¹ This idea should prevail in legislation and legal practice in all spheres of government including administration of justice in criminal procedure.

2. Historical Overview

Before the Russian invasion into the Central Asian steppe judicial proceedings of nomadic tribes, such as Kirghizs and Kazakhs, were based on customary law (*adat*).² There was no distinction between criminal and civil law as well as between substantive and procedural law. Cases were tried by mediators elected by parties (*Biis*), who were familiar with tribal legal customs. At the same time, in areas with settled population, which is the territory of modern Southern Kazakhstan, judicial proceedings were conducted according to Mohammedan law (*shariat*) by its experts (*Kazis*). The latter were appointed by Khan or Bek and had life tenure.³ Between the middle of the eighteenth century and the end of the nineteenth century the territory of modern Kazakhstan became a part of the Russian Empire. In 1867-68 new judicial structure and criminal procedure were introduced. The judicial power to try criminal cases according to imperial legislation was transferred from *Biis* to government-appointed state officials.⁴ *Biis* retained jurisdiction over civil cases. Trial by jury introduced in central provinces of Russia in 1860-s was not adopted in Kazakhstan region, except Akmolinsk and Semipalatinsk provinces.⁵ The history of criminal procedure in Soviet Kazakhstan can be divided in two major phases: (1) between 1923 and 1960 when criminal procedure in the Kazakh Autonomous Soviet Socialist Republic⁶ was conducted according to the Code of Criminal Procedure of the RSFSR;⁷ (2) between 1960 when the first Code of Criminal Procedure of the

¹ Constitution of the Republic of Kazakhstan of 1995 English translation is available at <http://www.president.kz/> [Accessed 2 March 2005].

² Аби́ль (2001: 81); Семенов (2000: 8); Культегеев (1955: 84).

³ Schuyler (1876, I: 167).

⁴ Аби́ль (2001: 135).

⁵ Уставъ уголовного судопроизводства, ст. 1461-1 (edition 1914).

⁶ Between 1922 and 1925 territory of modern Kazakhstan, as a part of Russian Soviet Federative Socialist Republic, had a name "Kirghiz ASSR". In 1925 it was renamed into Kazakh ASSR and in 1936 the Kazakh republic became a subject of USSR federation. See more on constitutional history, Конституции государств Европы. М.: Издательство НОРМА, 2001 г.

⁷ Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР approved by the decree of VCIK on February 15, 1923.

Kazakh Soviet Socialist Republic was introduced and 1991 – the year of collapse of the Soviet Union.⁸ The history of criminal procedure system in independent Kazakhstan is also two-tiered: with a period before 1997 – the year of adoption of the new Code of Criminal procedure; and between 1997 and present.

3. Code of Criminal Procedure

The Code of Criminal Procedure of 1997 (hereafter Code)⁹ is a product of synthesis of two major sources: the Code of Criminal procedure of the Kazakh SSR¹⁰ and the Model Code of Criminal procedure for CIS member states (*Модельный уголовно-процессуальный кодекс для стран СНГ*).¹¹ The Code reflects the inquisitorial type of criminal procedure which is characterized by active role of the judge during trial, deviation from the principle of equality of arms, taking into custody and interference with the right to privacy without a judicial warrant. The current version of the Code consists of two parts, 12 sections, 55 chapters and 521 articles, which are divided into paragraphs and subparagraphs. There are two official versions of the Code: in Kazakh (*Қылмыстық іс жүргізу кодексі*) and Russian (*Уголовно-процессуальный кодекс*).¹² Since 1997 the Code has been revised seventeen times before December 2004. At present, Kazakhstani legal practitioners and academics are discussing two competitive draft laws for introducing procedure with lay adjudication: one based on the model of the French *cour d'assises* and another on the model of common law jury.¹³

4. Other Sources

According to the Code, criminal procedure in Kazakhstan is based on five major sources: (1) Constitution of Kazakhstan; (2) constitutional laws (*конституциялық заңдарымен* or *конституционные законы*); (3) Code of criminal procedure; (4) international conventional law; (4) statutory resolutions (*нормативтік қаулылары*

⁸ Когамов (2004: 8-9).

⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан was signed by the President of RK on December 13, 1997 and came into force on January 1998.

¹⁰ Уголовно-процессуальный кодекс Каз ССР (hereinafter Code Kaz SSR) was approved on June 22, 1959 and came into force on January 1, 1960.

¹¹ Model Code of Criminal Procedure (hereinafter Model Code) was elaborated by the working group of scholars and practitioners from 13 member states in 1995. The text in Russian is available at <http://www.hro.org/docs/rlex/upkmod/index.htm> [Accessed 28 Feb. 2005]

¹² In this text the original terms are given in both Kazakh and Russian.

¹³ Texts of both competing drafts as well as comments to the draft based on common law jury model written by Nikolay Kovalev are available in the book published by OSCE in 2005, Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан. П.р. Нурумова Д.И. Алматы.

or *нормативные постановления*) of the Constitutional Council;¹⁴ (5) statutory resolutions of the Supreme Court.

4.1. The Constitution

The Constitution is the highest legal authority in Kazakhstan and has a direct rule.¹⁵ The Constitution also refers to legislation which should put specific constitutional provisions into effect. For example, different laws stipulate for cases when the defendant can have publicly-funded legal assistance,¹⁶ cases and procedure of home invasion and its search,¹⁷ jurisdiction and composition of jury.¹⁸

4.2. Constitutional Laws

Presently, there is one constitutional law relevant to criminal procedure, On Judicial Power and Status of Judges,¹⁹ which regulates the structure of judicial system, jurisdiction of different types of courts and status of judges.

4.3. International Conventional Law

According to the Constitution (art. 4) and the Code (art. 1) international conventional law prevails over domestic legal rules. Due to geographical, economic and political reasons Kazakhstan is not a member of the Council of Europe,²⁰ and therefore the European Convention on Human Rights and other COE legislation and treaties have not influenced the Kazakhstani criminal procedure law. Kazakhstan has not ratified the International Covenant on Civil and Political Rights²¹ but ratified the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.²²

Kazakhstan signed and ratified the CIS Convention on legal assistance and relations on civil, family and criminal matters,²³ and numerous bilateral agreements

¹⁴ Constitutional Council is a quasi-judicial state body which provides an official interpretation of the Constitution. The Constitution of 1995 substituted Constitutional Council for Constitutional Court.

¹⁵ Art. 4(2) of the Constitution.

¹⁶ Art. 13 of the Constitution.

¹⁷ Art. 25 of the Constitution.

¹⁸ Art. 75(2) of the Constitution.

¹⁹ Конституционный закон РК “О судебной системе и статусе судей в РК” от 25 декабря 2000г. № 132-2.

²⁰ Five other former Soviet republics, Armenia, Azerbaijan, Georgia, Moldova and Russia, became members of the Council of Europe in 1995-2001.

²¹ According to the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Kazakhstan signed the CCPR on 2nd December 2003 but has not ratified the document yet. See, report at <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm>

²² *Id.*

²³ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, Кишинев, 7 октября 2002 г. (Закон РК от 10 марта 2004 года № 531).

on mutual assistance on criminal matters with other states.²⁴ These international documents determine rules of extradition and other forms of mutual assistance between different law enforcement agencies.

4.4. Statutory Resolutions of the Constitutional Council and the Supreme Court

If the judge believes that any law violates constitutional rights of the person he or she should address the question to the Constitutional Council, which after consideration decides whether the law is in conflict with the Constitution. These decisions may repeal specific provisions of criminal procedure laws or otherwise recognize them as constitutional.²⁵

In its statutory resolutions the Supreme Court clarifies the Code of criminal procedure and other sources, except the Constitution and constitutional laws, with regard to judicial practice.²⁶

II. CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Neither the Soviet nor the modern Kazakhstani legal doctrines contain the concept of *criminal justice system*. Instead, there is a concept of *law-protecting agencies* (*правоохранительные органы*)²⁷ including the Internal Affairs Agency or police (*ішкі істер органдары* or *органы внутренних дел* or *полиция*), the National Security Agency (*ұлттық қауіпсіздік органдары* or *органы национальной безопасности*), Financial Police (*қаржы полициясы органдары* or *финансовая полиция*), the Customs Agency (*кеден органдары* or *таможенные органы*), Office

Ratified by Закон Республики Казахстан от 10 марта 2004 года N 531-II О ратификации Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам.

²⁴ Such agreements were signed with Turkey, Pakistan, Mongolia, China, Lithuania, North Korea, India, Iran and Canada.

²⁵ See, for example Resolution of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan No. 9 dated June 26, 2003, available at <http://www.constcouncil.kz/eng/03/consider2/01.html> (last visited 2 March 2005).

²⁶ Among the most recent statutory resolutions are НП ВС № 17, 26 ноября 2004 г. “О рассмотрении судами уголовных дел в сокращенном порядке” (On summary procedure in criminal cases); № 16, 26 ноября 2004 г. “О судебной экспертизе по уголовным делам” (On forensic expertise in criminal cases); № 13, 19 декабря 2003 г. “О практике рассмотрения уголовных дел в апелляционном порядке” (On appeal for criminal cases), available at <http://www.supcourt.kz/>

²⁷ See, for example Аюпова З.К. Правоохранительные органы в период становления правового государства в Республике Казахстан: Учеб. пособие. Алматы: Ун-т “Туран”, 1997; Бекбергенов Н.А. Правоохранительная система в Республике Казахстан. Астана: ИКФ “Фолиант”, 2000; Ибрагимов Х.Ю. Правоохранительные органы: Учеб.-метод. пособие. 2-е изд. Алматы: Данекер, 2001.

of the Prosecutor (*прокуратура*), and the court system (*соттар* or *суды*). This system is based on the “crime control model”.²⁸

1. Investigating services

The Constitution separates the functions of inquiry (*анықтау* or *дознание*) and preliminary investigation (*алдын ала тергеу* or *предварительное следствие*) from the office of the prosecutor and courts.²⁹ The logic of this provision is to transform the office of the prosecutor into a more impartial body. However, it should be noted that the prosecutor conducts criminal prosecution at all stages of criminal procedure.³⁰ Crimes are investigated either in the form of inquiry or preliminary investigation. Inquiry can be conducted by different agencies, such as police, National Security Agency, Financial Police, military police, Ministry of Justice, fire-fighting service and even by heads of diplomatic missions or divisional commanders in the army.³¹ Preliminary investigation is conducted by investigator (*тергеуші* or *следователь*) in one of the three agencies: police, National Security Agency and Financial Police.³²

2. Prosecuting Authorities

The Kazakhstani Office of the Prosecutor inherited its structure and functions from the Soviet system. The Office of the Prosecutor is a hierarchical, unified centralized system with subordination of junior prosecutors to their seniors and the Prosecutor General of the Republic. The system is four-tiered and comprises the Prosecutor General, provincial prosecutors, city prosecutors, district, inter-district and other special prosecutors, such as military and transport.³³ On behalf of the state the Office of the Prosecutor exercises the highest supervision over correct and uniform application of law, the decrees of the President and other regulatory legal acts on the territory of the Republic, legality of preliminary investigation, inquiry and inspection. This office also takes measures for identification and elimination of any violations of law, and can appeal against laws and other regulatory legal acts which contradict the Constitution and other laws of the Republic. The Office of the Prosecutor represents interests of the state in court as well as conducts criminal prosecution.³⁴

²⁸ Packer, H.L. (1968), *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford University Press.

²⁹ Art. 84 of the Constitution.

³⁰ Art. 62.

³¹ Art. 65.

³² Art. 64.

³³ For more information about the structure of the Office of the Prosecutor see the official website <http://www.procuror.kz>

³⁴ Art. 84 of the Constitution.

3. Judging Authorities

All judges, except the judges of the Supreme Court, are appointed by the President. The judges of the Supreme Court are elected by the Senate³⁵ at the proposal of the President of the Republic based on recommendation of the Highest Judicial Council of the Republic.³⁶ Presently, there is no lay participation in administration of justice in Kazakhstan.³⁷ The judicial system of Kazakhstan has three tiers. The lowest tier comprises district (*аудандық* or *районный*) or city (*қалалық* or *городской*) courts in which a single judge tries the vast majority of criminal cases.³⁸ The middle tier is represented by provincial (*облыстық* or *областной*) courts which try the most serious crimes, such as aggravated murders, and it is also the Court of Appeal for the district and city courts.³⁹ The bench of the provincial court is composed of three judges when it functions as a trial court and at least three members when it operates as a court of appeal or court of revision instance (*қадағалау сатысы* or *надзорная инстанция*).⁴⁰ The Supreme Court of Kazakhstan operates as trial court for cases where the defendant is an ex-President of Kazakhstan, Prime Minister and other high rank state officials. But primarily, it is the court of the last appeal.⁴¹ Beside courts of the first two tiers, which deal with ordinary crimes, there is a system of military courts dealing with alleged offences committed by military personnel: military court of garrison (*гарнизон*) which is the same level as district courts or city courts and the Military Court of Army Forces (*Военный суд войск*).⁴²

3.1. Courts in Pretrial Stage

The authority of court in pretrial stage of the criminal procedure is limited to consideration of complaints against illegal decisions of the prosecutor such as refusal to initiate criminal prosecution, conducting of criminal proceedings⁴³ and also against arrest sanctioned by the prosecutor.⁴⁴ As opposed to the majority of post-communist countries, which transferred the authority to grant arrest warrant and other precautionary measures to the judiciary, in Kazakhstan this power still belongs

³⁵ The Senate is an upper chamber of the Parliament. The Mazhilis is the lower chamber.

³⁶ Art. 82 of the Constitution.

³⁷ There are two competing draft laws for introducing lay participation in Kazakhstan: one in the form of jury drafted by the National Commission on Democracy and Civil Society and second in the form of mixed court.

³⁸ Art. 290.

³⁹ Art. 291.

⁴⁰ Art. 58.

⁴¹ Art. 292.

⁴² Art. 3 of the constitutional law on Judicial System and Status of Judges.

⁴³ Art. 109.

⁴⁴ Art. 110.

to the prosecutor.⁴⁵ District court is a supervisory instance and intervenes only in cases of complaint from the defence.

3.2. Courts in Trial Stage⁴⁶

III Participants in Criminal Procedure

4. Judge (*судья*)

The judge can participate in criminal procedure either as a presiding judge (*төрағалық етуші* or *председательствующий*) or a member of the judicial panel. The judge cannot try the case if he or she: (1) has no jurisdiction for this case; (2) has considered a complaint against the prosecutor's decision on this case in the pretrial stage; (3) is a party or witness in the case; (4) has participated in this case during pretrial stage or trial in case of retrial; (5) is a relative of one of the parties; (6) if there are any other reasons to believe that the judge has some interest in the outcome of the case.⁴⁷ The judge can be challenged on these grounds by any party in the trial. Decision on the challenge is made by the same judge in the case when the judge sits alone and otherwise by two other members of the judicial panel.⁴⁸ Although the Code declares the principle of adversary procedure, the Kazakhstani judges are not umpires but active participants during the hearing and they can question the defendant, victim and other witnesses.

5. Prosecutor⁴⁹

5.1. Public Prosecutor

The role of the public or state prosecutor is dominating at all stages of the criminal procedure. During the pre-trial stage the prosecutor initiates criminal persecution or refuses to initiate it;⁵⁰ determines the precautionary measures with respect to the accused person and sanctions other proceedings such as search (*тіңту* or *обыск*), seizure (*алу* or *выемка*), listening and recording of telephone and other conversations of the suspect or accused and other people;⁵¹ determines investigative

⁴⁵ At present time, (April 2005) there is a debate in Kazakhstan concerning transition of sanctioning the arrest from the office of the prosecutor to judiciary. The major opponent of this initiative is the Office of the Prosecutor General.

⁴⁶ See III1 and V2 *infra*.

⁴⁷ Art. 90.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ The English term prosecutor can be translated into Kazakh and Russian in two ways: as a state official (*прокурор*) who conduct criminal persecution on all stages of the criminal procedure and as a party in the trial (*айыптаушы* or *обвинитель*).

⁵⁰ Art. 197, 230, 231, 235 etc.

⁵¹ Art. 237.

jurisdiction (*тергеуде болу* or *подследственность*) of the criminal case if it is under jurisdiction of different agencies and in other instances;⁵² can reverse resolutions of the investigator or inquiry agency.⁵³ At the trial stage the public prosecutor (*мемлекеттік айыптаушы* or *государственный обвинитель*) represents the interests of the state and prosecutes the defendant in the vast majority of criminal cases, except cases of private prosecution. It is a common practice in the Kazakhstani courts for the prosecution to be conducted by junior officials from the office of the prosecutor, for example assistants.

5.2. Private Prosecutor (*жеке айыптаушы* or *частный обвинитель*)

Private prosecutor is usually a victim of the crime. For a number of criminal cases prosecution can be initially conducted by the private prosecutor with no involvement from the office of the public prosecutor, for example, in cases of assault causing not-serious bodily harm, threatening, compulsion to sexual intercourse, slander, libel, insulting etc. In cases of public or private-public prosecution (*жеке-жариялы айыптау* or *частно-публичное обвинение*) private prosecutor can step in the trial if the public prosecutor dismisses the charges.⁵⁴ The interests of the private prosecutor can be represented by the professional attorney.⁵⁵

6. Defense (*қорғану тарабы* or *сторона защиты*)

According to the Code, the term “defense” defines several participants in the criminal procedure such as the suspect, the accused, their legal representatives,⁵⁶ the defense counsel, the civil defendant and his counsel.⁵⁷

6.1. Defendant (*сотталушы* or *подсудимый*)

The defendant enjoys the same rights as any other party in the trial as well as his exclusive right to a final word after closing arguments of other parties. During the trial defendants are placed and locked in a metal cage inside the courtroom and are not allowed to give their statements from the witness box.⁵⁸ As opposed to other witnesses in the trial, defendants can refuse to testify under their constitutional right⁵⁹ and if, however, they choose to testify, no signed or under oath statement is

⁵² Art. 192.

⁵³ Art. 190.

⁵⁴ Art. 33, 76.

⁵⁵ Art. 80.

⁵⁶ Legal representatives can be parents, tutor, guardian etc.

⁵⁷ Art. 7(18).

⁵⁸ See, ABA/CEELI Judicial Reform Index for Kazakhstan (2004: 25), available at http://www.abanet.org/ceeli/publications/jri/jri_kazakhstan.pdf

⁵⁹ Art. 77(3)(2) of the Constitution.

made.⁶⁰ The participation of the defendant in the hearing is not a requirement for the Kazakhstani criminal procedure in two cases: if the defendant applied for trial *in absentia* or he or she is outside of the Kazakhstani borders and in hiding from judicial proceedings.⁶¹

6.2. Defense Counsel (*Қорғаушы* or *защитник*)

Beside licensed advocates (*адвокат*)⁶² the defendant can be represented by his or her spouse, close relatives (parents, including foster ones, children, including adopted, siblings, grandparents and grandchildren) and legal representatives.⁶³ Any person has the right for a counsel from the time of detention, arrest or arraignment. Advocates cannot refuse to represent their clients for any reason.⁶⁴ The defense counsel can be hired by the accused (defendant) or appointed by the investigator or other official who conducted the criminal proceedings from the advocates available in the provincial bar. In this case the government reimburses the counsel fees. There is no system of public defenders in Kazakhstan and any member of the bar may be appointed as a defense counsel in the criminal procedure. The defendant can waive his right for a counsel and exercise his or her *pro se* right except in cases when the defendant is a minor, mentally or physically disabled, or does not speak the language of the criminal proceedings.⁶⁵ The defense counsel has rights to have confidential consultations with his or her client without limitation in time, to gather and present evidence, documents and other materials, to be present during the police interrogation of the defendant, and other criminal proceedings with participation of his client. The position of the defense counsel cannot contradict his client's not-guilty plea.

7. Victim (*жәбірленуші* or *потерпевший*)

The concept of victim or aggrieved person in the Kazakhstani legislation is interpreted in a much broader sense as opposed to the definition of *victim* which exists in the Anglo-American legal system. According to the Code, any person or even entity which suffered direct spiritual (moral), physical or property harm as

⁶⁰ Art. 348.

⁶¹ Art. 315. The most famous recent criminal case tried in absentia is the case of the ex-Prime Minister of Kazakhstan Akezhan Kazhegel'din. Mr. Kazhegel'din was convicted and sentenced to ten years of prison with full confiscation of his property. See, for example <http://www.eurasianet.org/resource/kazakhstan/hypermail/200109/0010.html>

⁶² The status of the bar and the procedure of becoming a member are stipulated in the Statute 'On Advocacy'. Закон "Об адвокатской деятельности" от 05.12.1997 г. № 195-1.

⁶³ Art. 70.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Art. 73.

result of a crime can be defined as a victim.⁶⁶ For instance, in a murder case several relatives of the deceased can participate as victims. At the same time, the status of the victim in criminal procedure must be recognized by the resolution of the investigator, prosecutor or court. Victim, together with the state prosecutor, the civil plaintiff and the victim's counsel constitute the prosecution as a party in the trial.

7.1. Victim as Subject of Civil Claims

A victim is entitled for full compensation for damages to his or her property including the costs of legal representation and other expenses related to the case. The victim's civil suit for moral (spiritual) injuries is considered according to the civil procedure in a separate trial.⁶⁷ The victim filing a civil action against the defendant is called a civil plaintiff (*азаматтық талапкер* or *гражданский истец*).

7.2. Victim as Subject of Other Rights in Proceedings

During hearings victims or their representatives enjoy such rights as presenting evidence, making closing argument, questioning witnesses even if the prosecution is conducted by the public prosecutor. If the public prosecutor dismisses the charges, the victim can continue prosecution as a private prosecutor.

8. Other Participants

Beside the parties described above, the Code also mentions the party of civil defendant (*азаматтық жауапкер* or *гражданский ответчик*) who defends his or her property rights. One of the examples when the defendant and the civil defendant can be different persons is the situation when parents of a minor defendant recover losses caused by their child.

III. GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION

The Code declares the following fundamental principles of criminal procedure: legality; administration of justice solely by court; judicial protection of human rights and freedoms; respect for honor and dignity of the person; personal immunity; protection of rights and freedoms of the participants in criminal procedure; personal privacy; inviolability of home; inviolability of property; presumption of innocence; inadmissibility of double jeopardy; equality of all before the court; independence of the judge; adversary procedure and equality of arms; all-sided, complete and objective investigation of the circumstances of the case; evaluation of evidence according to inner conviction; ensuring the right of the suspect, accused and defendant for

⁶⁶ Art. 75.

⁶⁷ Art. 75(4).

the defense; immunity of the witnesses not to testify against themselves and their relatives etc.; ensuring right for competent legal aid; publicity of criminal procedure; language of criminal procedure; freedom for appeal against criminal proceedings and decisions.⁶⁸

Breach of any of these principles may result in declaring the proceedings void, in reversing the decisions, or declining evidence as inadmissible.⁶⁹

Sometimes these principles contradict each other because they are based on different legal concepts and arrived from different legal systems. Thus for example, the Soviet principle of all-sided, complete and objective investigation of the circumstances of the case⁷⁰ contradicts one of the fundamental principles of the new Code, namely the principle of the adversary procedure and equality of arms. The judge still plays the role of the “judicial investigator” and must take all measures provided by law towards the all-sided, complete and objective investigation of the circumstances necessary and sufficient to decide the case.⁷¹ Some other principles are merely declarative. For instance, the principle of publicity is sometimes breached by court administration by putting a ban on courthouse entry for the public not involved in the specific case.⁷² Another important principle of criminal procedure which protects from double jeopardy does not actually safeguard the acquitted person from further prosecution and retrials on the same counts in the future.⁷³

IV. COURSE OF CRIMINAL PROCEDURE

1. Pretrial Stage

Criminal procedure starts with reporting a crime by victims or any discovery in the field as result of police observations, what is followed by issuing a special resolution on initiation of the criminal case (*қылмыстық іс қозғау* or *возбуждение уголовного дела*) by the investigating or prosecuting authority. In order to discover the suspect the police conduct pre-arrest inquiry (*оперативно-розыскные мероприятия*). The next step is the arrest and obtaining authorisation (*санкция*) for pre-trial arrest from the Office of the Prosecutor.⁷⁴ This formal procedure involves interrogation of

⁶⁸ Art. 10-31.

⁶⁹ Art. 9.

⁷⁰ Compare art. 15 of the Kazakh SSR Code of Criminal Procedure of 1959 and art. 24 of the new Code.

⁷¹ Art. 24(1).

⁷² See, for example ABA/CEELI. Judicial Reform Index for Kazakhstan (2004: 38).

⁷³ See V 3 *infra*.

⁷⁴ According to art. 136(2) the person can be detained by police without prosecutor’s authorisation for the period up to 72 hours. Art. 138(3) provides the prosecutor with the authority not to

the detainee by the prosecutor. All pre-trial resolutions, written records describing criminal proceedings, such as interrogation of the accused, statements of witnesses and victims, search, identification parades, etc., results of the forensic tests, and other evidence obtained during the pre-trial stage are assembled into a dossier (*қылмыстық іс* or *уголовное дело*) which is a primary source for judicial decision. At the end of the pretrial stage the investigator issues the summary of charges (*айыптау қорытындысы* or *обвинительное заключение*) whereby he summarises all incriminating information against the accused with specific reference to the pages of the dossier. The final decision on whether to prosecute the accused is made by the prosecutor within ten days upon receipt of the case from the investigator.⁷⁵

2. Trial Stage

After receiving the case from the office of the prosecutor, the presiding judge should decide whether it is possible to try the case, dismiss it or refer it back for further investigation.⁷⁶ In order to make this decision the judge should study the case and hold a preliminary hearing.⁷⁷ The trial itself is divided into four phases: preparatory part of the main court hearings, investigation in court or examination of evidence; closing arguments of the parties and final pleading of the defendant; deliberations and passing the sentence. During the preparatory phase the court instructs the parties and other participants in the trial, such as interpreters, experts etc., about their procedural rights and duties.⁷⁸ Investigation in court (*сөз тәрзегі* or *судебное следствие*) begins with “clarification of the defendant’s plea” in the form of questioning the defendant by the presiding judge.⁷⁹ Then witnesses, defendant, victims and experts give their testimonies and the judge reads out the pre-trial statement of the absentee witnesses or the defendant or other witnesses’ statements given to the police in case of contradiction between them and testimonies given in court.⁸⁰ For witness protection the court can question witnesses in the absence of the defendant or defense counsel and then read the statement of the anonymous witness in court.⁸¹ This practice is often employed with regard to “snitch” witnesses working for police in houses of detention who testify about the defendant’s confessions. The judge can question witnesses and the defendant after their examination by parties.

inform relatives of the detainee within 72 hours.

⁷⁵ Art. 282.

⁷⁶ Art. 299.

⁷⁷ Art. 301(1).

⁷⁸ Art. 331-344.

⁷⁹ Art. 346.

⁸⁰ Art. 349, 353, 357, 358.

⁸¹ Art. 101.

After investigation in court the parties make their closing arguments starting with the prosecutor. Each party has a right for a rebuttal (*реплика*) and the exclusive right of the last rebuttal is given to the defendant and his or her counsel.⁸² At the end of this phase the defendant is eligible for the final word (*соңғы сөзі* or *последнее слово*) after which the court retires for deliberations. During deliberations the panel of judges or the judge alone should adjudicate a number of issues, such as whether it is proved that the act for which charges have been brought against the accused occurred; whether this act is a crime, and which section, subsection or clause of criminal law prescribes the criminal offence; whether it is proved that the accused at trial committed the act; whether the accused at trial is guilty of the commission of the criminal offence; whether circumstances which mitigate or aggravate the liability of the accused at trial exist; whether the accused at trial shall be punished for the criminal offence committed; the type of punishment to be imposed on the accused at trial and whether he or she shall serve the punishment; etc. eighteen questions altogether.⁸³ The majority of these questions are considered by the investigator in his summary of charges and judges often use the wording of the summary of charges in their decisions in case of conviction.⁸⁴ If the court is made of judicial panel all issues are decided by a simple majority of two judges. The dissenting judge can submit his or her opinion to the file but it is not disclosed to the parties.⁸⁵

3. Remedy Stage

3.1. Ordinary remedies

Initially, the Code stipulated for two forms of remedy against the judgments which have not come into legal force: appeal and cassation. In legal practice, however, from 1998 to 2001 only cassation was available.⁸⁶ In July 2001 the Parliament abolished the cassation and introduced appeal as a remedy procedure.⁸⁷

Any party in the trial has the right to appeal against acquittal, conviction or sentence within ten days since the date of pronouncement of the judgment.⁸⁸ Judgments of

⁸² Art. 364.

⁸³ Art. 371.

⁸⁴ According to ABA/CEELI Judicial Reform Index for Kazakhstan (2004: 2) acquittal rates in Kazakhstan are less than 1%.

⁸⁵ Art. 373(5).

⁸⁶ Закон Республики Казахстан “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с преступностью от 5 мая 2000 г. № 47-II.

⁸⁷ Закон Республики Казахстан от 11.07.2001 № 238-2 “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам судопроизводства”.

⁸⁸ Art. 399(1).

district courts are appealed to provincial courts, judgments of provincial courts to Supreme Court.⁸⁹ The court of appeal scrutinizes the accuracy of establishing material facts and application of criminal substantial and procedural law.⁹⁰ On the parties' motion or its own discretion the court of appeal has the power to order expert examination, obtain any documents relevant to health condition, marital status, previous criminal records of the defendant, victim or other participants of the trial, summon and examine witnesses.⁹¹ The court of appeal takes one of the following decisions: (1) confirms a judgment and leaves appeal unsatisfied; (2) quashes the judgment and dismisses the case; (3) substitutes the judgment or sentence; (4) quashes the judgment and orders retrial; (5) quashes the judgment and refers the case to further investigation.⁹²

3.2. Extraordinary remedies

Beside the appellate procedure there are two additional remedy procedures applied for judgments which have come into force, namely, supervisory instance (*қадағалау сатысындағы іс жүргізу* or *производство в надзорной инстанции*) and re-opening of the case on newly discovered evidence (*жаңадан ашылған мән-жайларға байланысты іс бойынша іс жүргізуді қайта бастау* or *возобновление производства по делу ввиду вновь открывшихся обстоятельств*). Revision of the case can be initiated by any party. The review court can reconsider both acquittals and convictions. Re-opening of the case on new discovered evidence can be initiated only by the prosecutor against conviction or acquittal.

4. Special Forms of Procedures

The Code stipulates for special forms of criminal procedure, such as procedure with regard to private prosecution, procedure with regard to juveniles, procedure with regard to defendants with immunities, procedure with regard to cases on coercive medical measures against insane offenders, and procedures with regard to cooperation of state agencies conducting criminal procedure with agencies of foreign states.

4.1. Private prosecution⁹³

A criminal case is initiated by victim's complaint brought before court.⁹⁴ There is no preliminary investigation in this type of procedure and charges can be dismissed anytime by private prosecutor (victim).

⁸⁹ Art. 397.

⁹⁰ Art. 405.

⁹¹ Art. 410.

⁹² Art. 411.

⁹³ See also III 2.2. *supra*.

⁹⁴ Art. 390.

4.2. Juveniles

Although there are no special courts for juvenile offenders in Kazakhstan the Code provides minor offenders, i.e. persons aged between fourteen and eighteen years, with additional rights and privileges such as mandatory presence of a defense counsel, legal representative, teacher or psychologist in all criminal proceedings conducted with the accused, application of more lenient coercive measures than to adult accused and defendants, and confidentiality of pretrial investigation and trial.

4.3. Immunity from prosecution

The President of the Republic of Kazakhstan is immune from jurisdiction of criminal court and can be impeached only in case of high treason.⁹⁵ The Code gives immunity also to diplomatic agents, members of the staff of a diplomatic mission, heads of foreign states and their families.⁹⁶ Members of the Parliament, members of the Constitutional Council, judges, and the Prosecutor General are not entirely immune from prosecution but the Code provides them with special safeguards. For example, authorization for their arrest should be given by the Parliament or the President⁹⁷ and their case can be tried only by the Supreme Court.⁹⁸

4.4. Coercive measures of medical nature (*принудительные меры медицинского характера*)

Insane offenders cannot be found either guilty or not guilty of the act committed by them. Instead, they can be found dangerous to themselves or society and exposed to coercive measures of medical nature such as compulsory psychiatric treatment in mental clinics.⁹⁹

4.5. Cooperation with agencies of foreign states

The Code stipulates for special criminal proceedings conducted by Kazakhstani or foreign police, prosecutors, courts and other law enforcement agencies in the context of mutual assistance on criminal matters.¹⁰⁰ Examples of such proceedings are extradition,¹⁰¹ transit traffic of extradited person¹⁰² and transmission of evidence.¹⁰³

⁹⁵ Art. 47(2) of the Constitution. The procedure of impeachment is very complicated and makes it virtually impossible.

⁹⁶ Art. 501.

⁹⁷ Art. 496(2), 497(2), 498(2), 499(1).

⁹⁸ Art. 292(2).

⁹⁹ Art. 90 of the Criminal Code of the Republic of Kazakhstan. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года N 167-1.

¹⁰⁰ Art. 521-536.

¹⁰¹ Art. 529-534.

¹⁰² Art. 535.

¹⁰³ Art. 536.

V. EVIDENCE

1. General Provisions

According to the Code evidence is any fact legally obtained by investigative services, prosecutor or court and fixed in criminal reports and components of the dossier.¹⁰⁴ The Code provides the defense counsel with the right to collect evidence for the case by means of interviewing people with their consent; inquiries to relevant organizations with regard to information, letters of reference and other documents, which should be given to the defense counsel within ten days; inquiries to specialists about their opinion on issues requiring expert knowledge. At the same time many Kazakhstani and international observers note that defense needs greater powers to collect evidence so that it can act as a true counterbalance to the prosecution.¹⁰⁵ Admissibility of evidence is a serious issue for defense in Kazakhstan. Although the Code and international obligations of Kazakhstan¹⁰⁶ prohibit tortures, intimidation, coercion and other violent acts against the suspect or accused during pre-trial interrogation there are reports of Kazakhstani police using these illegal techniques for obtaining confessions from the accused.¹⁰⁷

2. Means of Evidence

2.1. Statements of the suspect, accused, victim and witnesses

According to the Code pre-trial statements of the suspect, accused, victim and witnesses should be fixed in reports of interrogations conducted by the investigator.¹⁰⁸ It means that any written declaration obtained from a person by a defense attorney cannot be considered as a witness statement (*айғақтар* or *показания*) but just as another form of evidence, namely, a document.¹⁰⁹ The defendant, victim and witnesses testify in front of the court and if their testimonies contradict their pre-trial statements, the latter are read out in court.¹¹⁰ Unlike the defendant victims and witnesses are obliged to testify except in cases of privilege against self-incrimination, marital privilege, privilege of close relation to the defendant, and sacerdotal or clergy

¹⁰⁴ Art. 115, 126.

¹⁰⁵ ABA/CEELI JRI (2004: 2).

¹⁰⁶ For example

¹⁰⁷ See more on facts of practice of torture and suspicious suicides of the arrestees bulletins of the Kazakhstan International Bureau for Human Rights and Rule of Law available at <http://www.bureau.kz/>. See also, 2003 report of Amnesty International <http://web.amnesty.org/report2003/Kaz-summary-eng>.

¹⁰⁸ Art. 119(1).

¹⁰⁹ See VI 2.5.

¹¹⁰ Art. 349, 353.

penitent privilege.¹¹¹ Since the Kazakhstani criminal procedure does not contain any rules against hearsay any person can testify in court.

2.2. Expert opinion (*сарапшының қорытындысы* or *заклучение эксперта*)

The power to order an expert assessment and appoint an expert at the pre-trial stage belongs to the investigator or prosecutor and the defense cannot have an alternative expert.¹¹² The defense can make a motion to the investigator to order an expertise, propose the name of the potential expert and submit questions for expert analysis which the investigator may reject.¹¹³ The court also has discretion to order expert assessment and appoint an expert at the trial. Neither the investigator nor the judge are bound by the findings of the expert but must give reasons for their disagreement.¹¹⁴

2.3. Real evidence (*заттай дәлелдемелер* or *вещественные доказательства*)

The Code defines real evidence as objects if there are grounds to qualify them as means or instruments used to commit criminal offence. These objects can also retain traces of criminal offence, or be direct subjects of criminal offence as well as property received as result of criminal offence. These objects may be used for discovering crime, establishing material truth, identifying guilty persons or disproving accusation or commutation of punishment. In order to become real evidence an object has to be attached to the dossier by the investigator or the judge.¹¹⁵

2.4. Reports of proceedings (*іс жүргізу әрекеттерінің хаттамалары* or *протоколы процессуальных действий*)

As was mentioned above, every pre-trial proceeding conducted by investigating services should be recorded in reports which play a significant role in the adjudicating process.

2.5. Documents (*құжаттар* or *документы*)

Document is an object containing written, electronic, video, audio or other forms of information relevant to a particular case.¹¹⁶

¹¹¹ In Soviet and post-Soviet legal tradition these types of privileges are called witness immunity (*свидетельский иммунитет*). See, for example, Сейджанов О.Т. Свидетельский иммунитет в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Караганда 2004. Abstract of the dissertation available at http://upp.kar.kz/seitzhanov_avtoreferat.rar (last visited 29 Mar. 2005).

¹¹² Art. 242(1).

¹¹³ Art. 242(4).

¹¹⁴ Art. 120(3).

¹¹⁵ Art. 121.

¹¹⁶ Art. 123.

3. Interference with Right to Privacy

The state interferes with privacy of suspects, accused and other people during operative-investigative activity (OIA) (*жедел-издестіру қызметі* or *оперативно-розыскная деятельность*)¹¹⁷ and pre-trial investigation. Although OIA is conducted by police, National Security Agency, Financial Police, Ministry of Justice, Customs Agency and the security service of the President it should not be confused with pre-trial investigation since OIA is often carried out before the beginning of the criminal procedure as extra-procedural measures.

3.1. Operative-investigative measures

The Statute on OIA stipulates for the following operative-investigative measures, which interfere with the privacy of the person: (1) application of special technical devices; (2) selection of samples for examination; (3) discovery, secret fixation and seizure of traces of illegal acts, and their preliminary examination; (4) personal search of detainees, observation of their personal belongings and their seizure, inspection of residential premises, places of work, and vehicles; (5) inspection of mail; (6) secret listening and audio and video recording of conversations, listening and recording of telephone or other communication; (6) copying information from information systems, computer (electronic) systems or other technical devices; (7) surveillance by means of special technical devices; (8) penetration into residential and other premises, vehicles, land plots and their investigation.¹¹⁸ All mentioned operative-investigative measures are applied with authorization (*санкция*) of the prosecutor at not lower than provincial level (*областной*). OIA agencies, however, are given the power to carry out these activities without authorization of the prosecutor in cases of urgency and potential danger of a terrorist act, sabotage or other serious offenses. In these cases the head of the OIA agency issues authorization to apply one of these measures and the agency has to notify the prosecutor about the operation within 24 hours.¹¹⁹ Information obtained as result of OIA measures can be used as evidence after being recorded in reports and attached to the investigative dossier.¹²⁰

3.2. Pre-trial proceedings

At pre-trial stage invasion of privacy of the suspect and accused is exercised by investigating service through observation of residential premises (*тұрғын үйді тексеру* or *осмотр жилого помещения*); search (*тіпту* or *обыск*); seizure (*алу* or

¹¹⁷ Operative-investigative activity is regulated by a separate statute, Закон Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года N 154-ХІІІ Об оперативно-розыскной деятельности (On operative-investigative activity).

¹¹⁸ Art. 11 of the Law on Operative-investigative activity.

¹¹⁹ Art. 12(6) and (7) of the Law on Operative-investigative activity.

¹²⁰ Art. 130.

выемка); examination of body (*куәландыру* or *освидетельствование*); personal search (*жеке адамды тінту* or *личный обыск*); interception of mail and telegraphic messages (*почта-телеграф жөнелтілімдерін тұтқындау* or *арест на почтово-телеграфные отправления*); interception of electronic messages; electronic surveillance and wiretapping (*сөйлесулерді тыңдау мен жазу* or *прослушивание и запись переговоров*). Examination of these proceedings should be authorized by the prosecutor, but like in OIA the investigator can order their initiation and notify the prosecutor within 24 hours. If the prosecutor decides that the proceeding was illegal the obtained results cannot be used as evidence. The legality of some proceedings such as observation of residential premises, search, seizure, examination of body and personal search is verified by at least two impartial witnesses who are also independent from the investigating service (*куәгер* or *понятой*) and appointed by the investigator.¹²¹

VI. PRECAUTIONARY MEASURES

1. General Provisions

According to the Code precautionary or preventive measures (*бұлтартпау шаралары* or *меры пресечения*) can be applied if there exist sufficient grounds to suspect that the accused may hide from the agency conducting criminal investigation or court; hinder criminal investigation or trial by means of illegal pressure over persons participating in criminal proceedings, hide or forge materials which can be relevant to the case or by other means; continue his criminal activity; hinder execution of sentence.¹²² The Code preserves the Soviet legal rule that the decision on arrest and bail at pre-trial stage is made by the prosecutor. Other precautionary measures at pre-trial stage are applied by the investigator. The ultimate power to apply precautionary measures at trial stage belongs to the court. The Code stipulates for various forms of precautionary measures: signed obligation not to leave place of residence and behave oneself duly, personal guarantee, bail, house arrest and, finally, arrest. In addition to the application of these preventive measures, a minor may be placed under supervision of his or her parents, guardians, curators, or the administration of an educational, childcare or medical institution. With regard to members of the armed forces, supervision by command staff of a military unit may be applied as an alternative precautionary measure.

¹²¹ Art. 86, 222(5); 232(4); 233(2).

¹²² Art. 139.

2. Particular Measures

2.1. Signed obligation not to leave place of residence and behave oneself duly (*ешіқайда кетпеу және өзін дұрыс ұстау туралы қолхат беру* or *подписка о невыезде и надлежащем поведении*) is given by the suspect or accused as a written commitment not to leave his or her permanent or temporary residence without permission of preliminary investigator, prosecutor or court, not to hinder criminal procedure and appear before the court.¹²³

2.2. Personal guarantee (*жеке кепілдік* or *личное поручительство*)

Personal guarantee is a written commitment by a trustworthy person to ensure proper behavior and appearance of the suspect or accused when summoned by investigator or court. There should be at least two guarantors. If the suspect or accused breaches conditions of preventive measure and does not appear before the investigator or court, a fine may be imposed on the guarantors in an amount equivalent to one hundred monthly indexes (MI).¹²⁴

2.3. Bail (*кепіл* or *залог*)

The prosecutor or court can substitute arrest by bail in the form of deposit made by the suspect, accused or another person to court account. The deposit can be made in cash or **other property. The Code fixes the minimum amount of bail for each type of crime but does not indicate a maximum amount. Bail cannot be used in cases of very grave crimes punishable by at least twelve years of imprisonment.**¹²⁵

2.4. House arrest (*үйде қаман ұстау* or *домашний арест*)

According to the Code house arrest can be applied in cases when there are conditions in place for applying arrest but full isolation of the accused is unnecessary or unreasonable due to his or her age, state of health, family status and other circumstances. The arrestee can be deprived of communication with some individuals, receiving and sending correspondence, communication using any facility or device, and have restrictions for leaving the house. The house can be placed under guard and behaviour of the accused can be supervised.¹²⁶

¹²³ Art. 144.

¹²⁴ According to the Law 'On Budget of the Republic for 2005' (Закон О республиканском бюджете на 2005 г.) Monthly Index (месячный расчетный показатель) is used for calculation of pensions, social benefits, fines, taxes and other payments. Presently (21 April 2005) the MI in Kazakhstan is equivalent to 971 Tenges (national currency) or 5.6 Euro.

¹²⁵ Art. 148.

¹²⁶ Art. 149.

2.5. Arrest (*қамауға алу* or *арест*)¹²⁷

Arrest can be applied only in cases of crimes committed with intent for which the maximum penalty is imprisonment for more than two years or crimes committed with negligence for which the maximum penalty is imprisonment for more than three years. In exceptional cases arrest can be applied to any case if a suspect or accused is not a permanent resident of Kazakhstan or his identity is unknown, he violated regime of the preventive measure chosen for him, attempted to hide or has hidden from criminal investigation or court.¹²⁸ Term of custody cannot exceed two months unless the law permits other. However this term can be prolonged by the district prosecutor, city or by other equally authorized prosecutors for up to three months only if preliminary investigation cannot be finalized within a two-month period; and by the provincial prosecutor for up to six months. Extension of the term of arrest for more than six months is permitted only for cases of particular complexity. In these cases arrest may be further prolonged by a Deputy of the Prosecutor-General of Kazakhstan or the Chief Military Prosecutor for up to 9 months. In exceptional instances and only for cases of serious and grave offences arrest may be prolonged by the Prosecutor-General of Kazakhstan for up to 12 months.¹²⁹

¹²⁷ Arrest as a precautionary measure should not be confused with arrest (*қамау* or *арест*) as a type of punishment stipulated by the Criminal Code of Kazakhstan (Уголовный Кодекс) of 1997, art. 46.

¹²⁸ Art. 150.

¹²⁹ Art. 153.

PRILOG

APPENDIX 3

Biblioteka Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice /
Library of Institute of Criminal Sciences Mošćenice,
1997. – 2008.

1. Berislav Pavišić – Gaetano Insolera i suradnici, Hrvatsko – talijanski/talijansko – hrvatski rječnik kaznenog prava i postupka/Dizionario croato – italiano/italiano – croato di diritto e procedura penale, 1997.;
2. Berislav Pavišić i suradnici, Zakon o kaznenom postupku, 1999. (sunakladnik Ministarstvo unutarnjih poslova, Zagreb);
3. Berislav Pavišić, Komentar Zakona o kaznenom postupku s priložima, 1999.;
4. Kazneni zakon I. i II. izdanje, 2001.;
5. Berislav Pavišić, Komentar Zakona o kaznenom postupku s priložima, II. izdanje, 2001.;
6. Ley penal croata – prijevod Vanina Ferreccio, 2001.;
7. Kazneni zakoni (zbirka), 2001.;
8. Zakon o kaznenom postupku, I. i II. izdanje 2002.;
9. Komentar Zakona o kaznenom postupku s priložima, III. izdanje, 2002.;
10. Zakon o prekršajima (skupina autora), 2002.;
11. Talijanski kazneni postupak (prijevod i komentari - skupina autora, redakcija Berislav Pavišić), 2002.;
12. Transition of Criminal Procedure Systems, 2004.;
13. Mošćenički zbornik, broj 1 (sunakladnik Katedra čakavskog sabora Mošćenička Draga), 2004.;
14. Codice procesal penal modelo para Ibero-America/Zakonik okaznenom postupku model za Iberijsku Ameriku/Codice processuale penale modello per l'Iberoamerica, 2005.;
15. Božidar Latković, La Bula aurea/Zlatna bula, (sunakladnik Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Adamić, Rijeka) 2005.;
16. Mošćenički zbornik, broj 2 (sunakladnik Katedra čakavskog sabora Mošćenička Draga), 2005.;
17. Lujo Margetić, Srednjevjekovni statuti i opći akti na Kvarneru, knjiga 1, (sunakladnik Adamić, Rijeka), 2005.;
18. Đorđe Milović, Kaznena prava šest Sjevernokvarnerskih statuta, 2005.;
19. Mošćenički zbornik, broj 3 (sunakladnik Katedra čakavskog sabora Mošćenička Draga), 2006.;
20. Lujo Margetić, Srednjevjekovni statuti i opći akti na Kvarneru, knjiga 2, (sunakladnik Adamić, Rijeka), 2006.;
21. Lujo Margetić, Srednjevjekovni statuti i opći akti na Kvarneru, knjiga 3, (sunakladnik Adamić, Rijeka), 2007.;

22. Mošćenički zbornik, broj 4 (sunakladnik Katedra čakavskog sabora Mošćenička Draga), 2007.;
23. Budislav Vukas ml., Osinski sporazumi i hrvatsko – talijanski odnosi, 2007.;
24. Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo (skripta), 2007.;
25. Decennium Moztanicense, 2008.