

Institut zastare u kaznenom pravu: kriminalno-politički i pravno-filozofski ogledi

UDK 343.123.4
343.291

Sažetak

U ovom radu autorica izlaže teoretske i praktične aspekte problematike instituta zastare u kaznenom materijalnom i procesnom pravu. Kroz povijesni pregled i pravnofilozofska razmatranja, autorica identificira najkritičnija područja za koja smatra da zahtijevaju bolje zakonodavno rješenje. Istaknut je moralni aspekt u pitanju državne odgovornosti, kada se pokažu brojne disfunkcionalnosti sustava prava i pravde. Naglašava se ključna uloga individualiziranog pristupa u kažnjavanju, te u vezi s tim autorica predlaže primjenu zastare jedino u slučaju kada okrivljeni pokazuje pozitivnu promjenu, odnosno, rehabilitaciju.

Na pravnim, moralnim i filozofskim temeljima dvojbi koje izlaže, autorica završava pitanjem: smijemo li ionako slijepoj pravdi, u ruke staviti i štopericu?

Ključne riječi: zastara, pravna filozofija, kazneno pravo

1. Uvod

Ne posjedujemo osnovu za prosuđivanje društvene relevantnosti neke radnje prije nego što se razmotre njezine posljedice. (Laski)

U prilog važnosti svakog instituta može se pisati mnogo. Posebno je ova istina izražena u kaznenom pravu, čiji instituti *eo ipso* stječu važnost činjenicom pripadnosti sustavu koji najviše i najintimnije zadire u sferu čovjekova postojanja.

Sukob mišljenja koji bi nastao kada bi više pravnih stručnjaka upitali za odgovor na isto pitanje koje bismo potom postavili laicima, u pravilu uvijek postoji. No jedna od najvećih diskrepancija svakako bi bila u odgovorima koje bi ove dvije skupine dale na pitanje je li u redu ne kazniti za zločin. U ovo sam istraživanje ušla u pokušaju da sama sebi dam zadovoljavajući, kompromisan odgovor na ovo pitanje. Ponekad mi se činilo da pravno i moralno gledište svoju najveću borbu igraju upravo na fronti ovoga kaznenopravnog¹ instituta. Iz tog je razloga bilo nužno primijeniti interdisciplinarnan pristup, spajajući sudsku psihologiju, penologiju i viktimologiju sa kaznenim materijalnim i procesnim pravom.

¹ Drugačijom smatram logiku i moralno opravdanje instituta zastare u građanskom pravu.

Odlučivši dati vlastito gledište stvari, proučila sam povijesno utemeljenje instituta (općenito u svijetu te posebno u Hrvatskoj), kriminalnopolitičke razloge uvođenja i filozofskopravna stajališta, te ih razmotrila kroz zahtjevno pitanje moralne opravdanosti suvremenih rješenja. Paralelno radeći i na polju kaznenog materijalnog, i na polju kaznenog procesnog prava, naišla sam na mnoge nepravilnosti i nedosljednosti sustava, te ih izrazila u obliku kritike postojećoj praksi. Nužnost reformiranja sustava u smjeru povratka akvizitornoj zastari², koju ću tokom cijeloga rada isticati, bila je jedna od mojih polaznih točaka, no ostala i jedna od zaključnih.

Laskijeve riječi sa kojima sam započela ovaj rad, a koje upravo zbog njihove važnosti razjašnjavam tek na kraju uvoda, izravna su ilustracija najvažnijeg kriterija u odabiru upravo ove teme. Koliki je razoran utjecaj zastare u našem pravosuđu ne mjerim prvenstveno statističkim podacima na koje ću se u radu pozivati, već i izrazito negativnim javnim mnijenjem. Narušeno povjerenje u pravosudni sustav, elastična profesionalna etika, zanemarivanje svrhe kažnjavanja i stavljanje sredstva iznad cilja, neki su od najvećih pokazatelja nužnosti preispitivanja postojećeg, i traženja novog, boljeg, sustava. Jedna od najvažnijih kritika mog razmatranja biti će zaboravljena individualizacija u kažnjavanju, koja smatram da se činjenicom nepostojanja akvizitornih elemenata zastare može uputiti svim suvremenim zakonodavstvima.

Ispitujući pravnu narav instituta, istaknut ću diskrepanciju onog što je institut zastare idejno bio, i što ga u osnovi čini materijalnopravnim institutom, i onog što institut zastare danas jest, a čini ga u važnoj mjeri procesnopravnim institutom. Pokazat ću koje su negativne popratne pojave ovakve instrumentalizacije, kako sa stajališta oštećenika i počinitelja, tako i društva u cjelini. U situaciji očigledne antinomije između materije i forme, svrhe postupanja i postupovnog oportuniteta te udovoljavanja cilju i udovoljavanja sredstvu, istaknut ću štetnost podcjenjivanja ovog problema u trenutku kada ga svedemo isključivo na individualni bunt. Pokazat ću da popratne posljedice zadiru u pitanje osnovnog povjerenja građana u pravosudni sustav te koliko je zapravo upitno ostvarivanje uloge boljeg funkcioniranja pravosudnog sustava u institutu koji, u opsegu u kojem postoji, na mala vrata vraća privatnu pravdu. Ipak, čini se da u situaciji premetanja instituta od onoga što je idejno bio u opasnost po opstojnost sustava za čije je očuvanje uveden, izreći ono što je očito postaje zbilja potrebno.

2. Povijesnopravni i pravnofilozofski pregled temelja instituta

Budući da za potrebe ovoga rada detaljno proučavanje povijesnopravnog aspekta instituta nije toliko nužno, prikazat ću ga samo ukratko.³ Pravnofilozofskom ću ogledu, s druge strane, uz posebnu ulogu teorije prirodnog prava i društvenog ugovora, posvećivati posebnu pažnju kroz cijeli rad, a djelomice ću se njime baviti i u ovom poglavlju.

Prvobitne zajednice, u kojima je pravo bilo isključivo običajno čije je vršenje karakterizirala privatna pravda i krvna osveta, nisu poznavale zastare. Dapače, stvar obrane časti je bila reagirati po talionskom načelu.⁴ S vremenom je ovakvo postupanje ublaženo sustavom kompozicije, no na području zastare on nije uveo nikakvu promjena. Zapravo je prvi pravni sustav koji je poznao zastaru bilo **rimsko pravo** u vrijeme Carstva. Li-

² Akvizitorna zastara, za razliku od ekstinktivne, ima dvojake uvjete nastupa: uz protek vremena veže još i negativan uvjet u obliku određenog ponašanja počinitelja: ne zadržavanje koristi od kaznenog djela, ne počinjenje novog kaznenog djela, nastojanje da popravi štetu oštećeniku, ne napuštanje državnog područja i sl. Naziv je preuzet prema: L. CVITANOVIĆ, Aktualna problematika zastare u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 02/2006, str. 505-521.

³ Za detaljniji pregled upućujem na: CVITANOVIĆ, op. cit. (bilj. 2).

⁴ Iako će *lex talionis* kao načelo biti formalno propisano tek Hamurabijevim zakonom, oko 17.st.pr.n.e.

teratura nažalost ne daje odgovor na pitanje zašto je i kako točno zastara uvedena, no neki teoretičari⁵ smatraju da s radilo o pretorovoj praksi koja se, formalno utemeljena za *actio iniuria*, proširila.⁶ Prvotno nije imala oblik opće zastare, već je vrijedila samo za neka kaznena djela⁷, i to samo kao zastara izvršenja kazne, a ne i kaznenog progona. Slijedeći važan moment je postojanje zastare fiskalnog zahtjeva, koji je usadio ideju da se postavljeni zahtjev i zbog same činjenice protoka vremena može ne ostvariti. Naime, uvodi se rok od 20 godina za konfisciranje imovine odsutnom okrivljeniku koji nije došao pred sud. Kasnije će se isti vremenski period javiti kao formalni zastarni rok, za gonjenja u javnom interesu istih pojedini djela koja su bila pod zastarom prije. Važno je spomenuti da su Rimljani, u vrijeme nastanka kaznenopravne zastare, već odavno imali civilnu zastaru. Sklona sam se složiti sa Feuerbachovim mišljenjem, da je upravo analogna primjena bila ključ uvođenja zastare u kazneno pravo. Kasnije, kada se zastara razvila, Rimljani su poznavali i ekskluzijsko pravilo - tri kaznena djela koja nikad nisu zastarjevala.⁸

Povijesno gledano, smatram važnim istaknuti kakve su okolnosti u postupovnopravnom smislu vladale u vrijeme formiranja instituta zastare. Izgrađivanje ovog instituta je vremenski korespondiralo sa još jednom važnom promjenom - u Rimu se u vrijeme Carstva po prvi puta razvija inkvizitorni postupak⁹. Uzme li se ova povijesna okolnost u obzir kroz činjenicu da je u njemu počinitelj bio tek objekt, a ne subjekt postupka, te da je postojala ograničenost dispozicije inkvirenta sustavom vezanih dokaza¹⁰ smatram jasnim da se zastara nije javila kao institut kojim se željelo pogodovati počinitelja ili poduprijeti pravnu sigurnost, već iz čisto tehničkih razloga protoka vremena kojim se minimizirala mogućnosti da se nađe kvantitativno i kvalitativno dostatno dokaza za osudu. Koliko je ovakav sustav bio strog i striktan govori i činjenica da je sucu uvijek stajala na raspolaganju *absolutio ab instantia*, presuda koja je zapravo samo privremeno obustavljala kazneni postupak ako je protiv osumnjičenika još uvijek postojala sumnja da je počinio kazneno djelo. Zaključno, dakle, ističem da se zastara vjerojatno jest javila kroz analogiju sa civilnom zastarom¹¹, no ne kao institut donesen radi pogodovanja okrivljenika, već kao izraz pravnotehničke nužnosti.

Talijanska srednjovjekovna doktrina je recepcijom preuzela rimska rješenja, te nezastarivim držala većinu najtežih kaznenih djela. Najveća zasluga talijanske doktrine je prvi spomen instituta prekida zastare. Javlja se i prvi elementi akvizitorne zastare, odnosno, zastare za čiji nastup nije dovoljan samo protek vremena već i evidentna promjena u počinitelju. Velik protek vremena od počinjenja kaznenog djela do suđenja uzima se kao olakotna okolnost uz uvjet dobrog ponašanja počinitelja u tom periodu. Za vrijeme *Constitutio Criminalis Carolinae* (1532.), a jer ih ona sama nije imala, kao zastarne su se norme primjenjivali recipirani rimski propisi. Većina najtežih delikata i dalje su nezastarivi. Pitanje prekida zastare pomalo je devoluiralo, uz konkurentsku *absolutio ab instantia* pre-

⁵ Loening, te preko njega Gajšak. vidi: D. GAJŠAK, Institut zastare u našem krivičnom pravu i praksi, magistarski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1974.

⁶ Ova se akcija mogla postaviti samo u roku godinu dana od povrede.

⁷ Preljub, krađa državnog dobra, prijevremeno otvaranje oporuke ubijenoga, zastarjevali su za 5 godina.

⁸ To su: paricidium, apostasia i podmetanje djeteta.

⁹ Inkvizitorni postupak je jednostavno uredovanje državne vlasti u slučaju vjerojatnosti da je počinjeno kazneno djelo sa svrhom da se pronađe i kazni njegov počinitelj. Definicija prema: D. KRAPAC, Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2007., str. 17.

¹⁰ Propisana je kvantitativno i kvalitativno količina dokaza potrebna da se donese osuđujuća presuda za neko djelo. Kako to objašnjava Krapac: ...ono je bilo vezano (sudsko vijeće, op. a.) posebnim pravilima o ocjeni dokaza: bez priznanja okrivljenika ili suglasnog iskaza dvojice tzv. besprijekornih svjedoka očevidaca kaznenog djela, sud, za bilo koje teže kazneno djelo, nije mogao donijeti osuđujuću presudu.... Ibid.

¹¹ Također ističem povijesni argument povezanosti - da se u antičko doba ionako većinu povreda društvenih pravila ponašanja i držalo privatnim deliktima.

sudu, koja iako sa zastarom ima dodirnih točaka, stvara daleko veću nesigurnost.¹² Važno povijesno ime razdoblja koje slijedi svakako je ime Benedicta Carpzova, i njegovog djela *Practica nova rerum criminalium Imperialis Saxonica* (1635.). Carpzov je priznavao kaznenopravnu zastaru, uz specifičnost stajališta po kojem se zastara prekida ako okrivljenik pobjegne, jer okrivljeni ne bi smio moći vući neke koristi iz svoga bijega.¹³

Posebnu pažnju treba posvetiti **teoriji prirodnog prava i društvenog ugovora**, iz razloga što su upravo iz tog izvora potekle prve eksplanacije i rasprave o institutu zastare. Filozofskopravni krugovi ove struje nisu se zadovoljili time da zastaru opravdaju pozitivnim pravom, nego su išli dalje tražeći opravdanje u prirodnom pravu. Prvi pokušaj opravdanja daje Lauterbach govoreći o potrebi za jasnim i čvrstim dokazima u kaznenom postupku.¹⁴ Ovakvo se procesnopravno gledište treba razumjeti uzevši u obzir kontekst sustava vezanih dokaza, odnosno činjenicu da je u to vrijeme jedini način da se dođe do osuđujuće presude bio prikupiti propisanu količinu i vrstu dokaza.¹⁵ Slijedeći se argumenti, aktualni i danas, odnose na činjenicu da se protekom vremena gasi sjećanje na kazneno djelo, a čini i veoma vjerojatnom promjena u počinitelju. Ipak, unatoč tome što se danas u teoriji najčešće uz ime zastare i škole prirodnog prava ističu argumenti u prilog zastari, smatram da je ova teorija zapravo prva ponudila i jake argumente, iako ih nije nužno tako i nazvala *expressis verbis*, protiv zastare. Tako, u opisu prirodnog stanja, kod Lockeja nalazimo slijedeće riječi: „For the law of Nature would, as all other laws that concern men in this world, be in vain if there were nobody that in the state of Nature had the power to execute the law, and thereby preserve the innocent and restrain offenders; and if any one in the state of Nature may punish another for any evil he has done, every one may do so.“¹⁶ Kod Hobbesa, s druge strane, nalazimo mišljenje da je „pravo koje ljudi imaju po prirodi da sami sebe štite onda kada nema nikog drugog da ih zaštiti, neponištivo ikakvim ugovorom.“¹⁷ Ovakvo stajalište ističe pitanje koje ću u drugom dijelu rada problematizirati: ako nas država protekom vremena odlučuje više ne štiti, ne otvara li zapravo time vrata privatnom kažnjavanju? Argumente u prilog ovakvom razmišljanju daje i sam osnivač škole prirodnog prava, Hugo Grotius, rekavši da je „prirodno pravo tako nepromjenjivo da ga ni Bog ne može promijeniti“.¹⁸ Stoga se pravo reagirati na nepravdu čini neprenosivom u apsolutnom smislu, i utoliko je dužnost države dosljedno ispunjavati ulogu javnog progona i kažnjavanja veoma važna po sigurnost strukture društva u cjelini. Hobbes je, međutim, pošao i dalje, rekavši da „onaj tko vrši povredu bez ikakvog drugog ograničenja osim svoje volje, mora i podnositi kaznu također bez ikakvog drugog ograničenja osim volje onoga čiji je zakon povrijeđen.“ Ovakvo se stajalište očito duboko sukobljava ideji o zastari kao nekom pravu počinitelja.

Što se društvenougovornog filozofskog razmatranja tiče, smatram da i ono daje važne konture protuargumenata zastari. Rousseau tako kaže: „Pronaći takav oblik udruživanja što brani i štiti svim zajedničkim snagama osobu i imanje svakog udruženog, i u kojem svatko, ujedinjavajući se sa svima, pokorava ipak samo sebi i ostaje isto tako slobodan kao prije. To je osnovni problem koji rješava društveni ugovor.“ Uzevši u obzir premisu da ljudi moraju i prije i nakon društvenog ugovora imati jednaka ili veća prava (inače u njega ne bi ni stupili), jednaku sigurnost, dakle jednaku vjeru u to da će nepravda prema njima biti anulirana istim intenzitetom, uvelike dovodi u pitanje opravdanost zasta-

¹² GAJŠAK, op. cit. (bilj. 5).

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Više o tome vidi na prethodnoj stranici.

¹⁶ J. LOCKE, *The second treatise on civil government*, New York, 1986.

¹⁷ T. HOBBS, *Levijatan*, Zagreb, 2004., str. 153.

¹⁸ Isto govori Locke: *The law of Nature stands as an eternal rule to all men, legislators as well as others*. LOCKE, op. cit. (bilj. 16).

re. No, radi preglednosti ipak prvenstveno povijesnog pregleda razvoja instituta zastare u ovom dijelu rada, ovim ću se filozofskopravnim pitanjem više baviti u poglavlju karaktera instituta.

Prosvjetiteljsko je doba u Njemačkoj donijelo najveće i najgorljivije protivnike zastare. Tu su prije svega velika imena Immanuela Kanta i Karla Friedricha Hegela, sa poznatim kant-hegelovskim konceptom kažnjavanja. Izražen prvenstveno kroz sentencu *fiat iustitia, pereat mundus*, očit je Kantov stav spram procesnopravnog oportuniteta. Pravednost kao kategorički imperativ smatrao je i uvjetom političke, odnosno, pravne države uopće. Retributivno kažnjavanje za njega je jedino moralno ispravno, a kroz *lex talionis* zločinac se ne može žaliti da mu se čini nepravda, jer sam čini da se njegovo zlodjelo vrati na njegovu glavu.¹⁹ Pozivanjem na svijest običnog čovjeka, u kojeg je ukorijenjen pojam pravde i moralne zadovoljštine, ističe da zločin ne može ostati neosvećen.²⁰

Činjenica da je utilitaristički koncept s vremenom ipak prevladao u teoriji o svrsi kažnjavanja ne potire izuzetnu važnost ovog razmatranja. Upravo suprotno, *Metafizika ćudoređa* obiluje mnogim mislima kritički primjenjivim i na današnje stanje sve veće instrumentalizacije i dispozitivnosti u dijeljenju pravde. Ono što Kant međutim, imavši takvo stanje pred očima čini, jest da jasno kaže da u takvom stanju nema trajne države: „Jedino trajno državno uređenje je gdje zakon vlada sam, neovisno o bilo kojoj osobi, ono je krajnja svrha svekolikog javnog prava, stanje u kojem se može konačno dodijeliti svakome svoje, međutim, sve dok navedeni državni oblici po slovu predstavljaju isto toliko različitih moralnih osoba koje imaju vrhovnu vlast, građanskom se društvu može priznati samo privremeno unutrašnje pravo, a ne apsolutno pravno stanje.“²¹

Hegel je, s druge strane, fokus prebacio na drugačiju problematiku. Smatrajući da je obaveza države da kažnjava te uzimajući u obzir da obaveze ne zastarijevaju već samo prava – potpuno odbacuje zastaru. Također ističe da „čin zločina nije nešto prvo, pozitivno, prema čemu bi kazna došla kao negacija, nego nešto negativno tako da je kazna samo negacija negacije. Zbiljsko pravo sada je ukidanje ovog povređivanja. (...) U zločinu je ukinuta neposrednost kroz kaznu, to znači kroz ništavnost ove ništavnosti, tako vodi ka afirmaciji – ka moralitetu...“²² Dijalektičkim razmatranjem ističe da, ako je pojam prava teza, kršenje prava antiteza ne bismo li se vratili u društveno stanje nužna sinteza je kazna, kao izravnavanje nepravde i ukidanje neprava (*Aufheben*). Ističe subjektivnu stranu ovakvog razmatranja kroz stav da se „kazna mora vratiti na samom zločincu“²³, čime uvelike sužuje mogućnost praštanja ili davanja odštete. Odrednica kazne njen je katarzičan učinak, i ona mora nastupiti ne samo zbog same pravde, već, u ovom smislu, i počinitelja.

Apsolutne su teorije o svrsi kažnjavanja, dakle, kao što je prethodno prikazano, nepremostivo stajale pri stavu o neopravdanosti zastare. Ipak, zanimljivo je da joj ni relativne teorije o svrsi kažnjavanja nisu bile sklone. Protivnik zastare bio je i Feuerbach – smatraući da psihološka prisila može funkcionirati samo ako govorimo o ozbiljnoj prijetnji izvjesnom kaznom, i stoga se, radi generalnopreventivnih ciljeva, kazna mora nadovezati na svaki zločin. Specijalnopreventivne su teorije bile blaže, i dopuštale su mogućnost da se svrha kažnjavanja postigla kroz protek vremena, i stoga više nema potrebe za kaznom, no, ovdje je svoje lice u čistom obliku pokazala akvizitorna zastara. Naime, da bi zastara bila dopuštena, trebalo se ne samo raditi o lakšim kaznenim djelima, već i dokazati da se počinitelj promijenio, i to kroz jedini način na koji se to i moglo spoznati: kroz njegovo ponašanjem. Stoga uvjet koji je on morao ispuniti ne bi li zastara nastupila, uz objektivni

¹⁹ I. KANT, *Metafizika ćudoređa*, Zagreb, 1999.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² G. W. F. HEGEL, *Osnovne crte filozofije prava*, Sarajevo, 1989., str. 172.

²³ Ibid.

kao protek vremena, je i subjektivni i očituje se u nezadržavanju koristi od kaznenog djela, nepočinjenju novog kaznenog djela, nastojanjem da popravi štetu oštećeniku, te nenapuštanjem državnog područja i sl. Veliko ime 18. st., ime Cesarea Beccariae, također je prihvaćao zastaru, ali samo za lakša kaznena djela: „Teški zločini, koji ostavljaju dugu uspomenu u ljudi, kada su jednom dokazani ne zaslužuju nikakve zastare na korist okrivljenog, koji se je bijegom oteo kazni, ali manji zločini i zločini manje poznati, moraju biti podrženi zastari, da se tako građanin riješi neizvjesnosti u pogledu vlastite sudbine...“²⁴ Takvo je gledište usko povezano sa njegovim stavom o nužnosti što hitnije kazne: „Što hitnija bude kazna, što prije nakon učinjenog zla bude uslijedila, to će biti pravednija i korisnija.“²⁵ Također zahtijeva adekvatnost kazne, odnosno da ona „što više odgovara zločinu“.²⁶ Zanimljivo je spomenuti i to da je i Beccaria državno pravo na kažnjavanje smatrao delegiranim od pojedinaca na temelju društvenog ugovora. Austrijski kazneni zakonik iz 1787., *Jozefina*, je zastaru potpuno odbacivala²⁷. Ponovno je uvedena tek 1803., i to kao akvizitornu, no nezastarijevanje je bio propisano za sva kaznena djela za koja je bila izrečena ili se izreći mogla smrtna kazna.

Francusko srednjovjekovno pravo nije prihvatilo nezastarijevanje pojedine vrste delikata niti institut prekida zastare. Postojao je opći zastarni rok od 30 godina, koji će kasnije ući u revolucionarno zakonodavstvo 19. st. i izvršiti velik utjecaj na sve zemlje Europe. *Code penal* je poznao obje vrste zastare, a zastarni rok kaznenog progona bio je kraći od roka zastare izvršenja kazne. Specifičnost francuskog rješenja je u tome da se, ako je kazneni progon počeo u roku 3 godine od trenutka kada se za delikt saznalo, zastarni rok udvostručavao.²⁸ Slijedeći relevantan zakon je Napoleonov *Code d'instruction criminelle* (1808.) koji je uveo trodiodu na zločine, prijestupe i prekršaje te svakoj skupini propisao poseban zastarni rok. Važna novost koja se javlja jest da prekid zastare prema svim supočiniteljima uzrokuje radnja od strane suda ili tužiteljstva, makar i ne bila usmjerena na konkretnu osobu. Novo opravdanje zastare koje se javlja jest psihička tortura koju je počinitelj međuvremenu prolazio, dok je čekao suđenje.²⁹ Kasnije se ovo opravdanje odbacilo, kao i većina povijesnih rješenja, no za potrebu uvida u prirodu i suštinu instituta smatrala sam potrebnim spomenuti ih. Svi su kasniji zakoni uz veća ili manja odstupanja prihvaćali institut zastare i izlaganje kasnijih zakonodavnih rješenja premašilo bi potrebe povijesnog osvrtu a prešlo u sferu komparativnog pregleda.

Što se **Republike Hrvatske** tiče, prvi spomen zastare nalazimo u čuvenom *Praxis Criminalisu* (1656.) pod imenom *De antiquitione delicti*.³⁰ Zastaru nisu poznavale ni *Theresiana* ni *Josephina* već ga uvodi *Code penal* 1791. godine.³¹ *Skupozakonik* je 1804. godine afirmirao zastaru kao redoviti i neizostavni institut, u akvizitornom obliku. Zanimljivo je napomenuti da kaznena djela za koje je propisana kazna bila smrtna kazna nisu zastarijevala.³² *Zakon o zločinstvih, prestupci i prekršajih* iz 1852. je ostao na istim osnovama.³³ Zastarne norme nalazimo u paragrafima 227-232, pod nazivom *zagoda* (vjerojatno prema doslovnom prevođenju sa njemačkog *Verjährung*). Zanimljivo je da kao uzor današnjem zakonodavnom rješenju možemo spomenuti shvaćanje u paragrafu 227., koje prekid zastare precizno uvjetuje neuzimanjem počinitelja pod istragu za drugo kazneno djelo.

²⁴ C. BECCARIA, O zločinima i kaznama, Split, 1984.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ GAJŠAK, op. cit. (bilj. 5).

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ CVITANOVIĆ, op. cit. (bilj. 2).

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

Podsjećam, današnja sudska praksa smatra da se uvjet počinjenja novog kaznenog djela treba dokazati novom presudom, što je praktično vrlo loše rješenje. U nastavku se paragrafa navode primjeri radnji koje prekidaju zastaru. Ističe se stav da zastarom „utrnjuje zločinstvo“³⁴, što je evidentno materijalnoopravno shvaćanje.

Akvizitorni elementi očituju se u paragrafu 229., gdje se uz uvjet proteka vremena traži da zločinac nije zadržao korist od djela, da je (koliko je moguće) nadomjestio štetu, nije počinio novo kazneno djelo niti pokušao pobjeći iz države. Apsolutne zastare nema. Novost je također i ograničenje zastarnog roka za počinitelje koji *tempore criminis* nisu navršili 20 godina, za njih se u slučaju počinjenja kaznenog djela propisane smrtno kazne ili doživotne tamnice fingira kao da su počinili lakše kazneno djelo, sa propisanom kaznom od 10 do 20 godina, pa je zastarni rok iznosio samo 10 godina. *Derenčinova Osnova* iz 1879. također nije u bitnome promijenila pozicije.³⁵ Godine 1929. zastara je uređena *Krivičnim zakonikom Kraljevine Jugoslavije* u paragrafima 78. – 80. za zastaru progona, te 81.–83. za zastaru izvršenja kazne. Uvedene su tri velike novine: više nema akvizitorne zastare, a uvode se zastara izvršenja kazne i apsolutna zastara. Zanimljivo je da se navodi da zastara ide u korist učinitelja.³⁶ Nazadovanje u razvoju instituta predstavlja propust normirati prekid zastare kada je počinjeno novo isto tako teško ili teže kazneno djelo te prekid zastare izvršenja kazne temeljem postupovne radnje nadležnog tijela, već se ovaj tip zastare prekida samo hvatanjem počinitelja radi izdržavanja kazne.³⁷ Druga Jugoslavija donosi Opći krivični zakonik 1947., a nakon raskida sa Sovjetskim Savezom i novi Krivični zakon iz 1951., koji će biti noveliran 6 puta.³⁸ Zastara izvršenja kazne se, kao i danas, veže za izrečenu kaznu, i stoga ispravno zaključuje Gajšak da je „u neku ruku i funkcija olakotnih i otegotnih okolnosti koje su uzete u obzir pri odmjeravanju kazne“.³⁹ Značajna se promjena po pitanje zastare zbiva 1965. kada se uvodi čl.134.a o nezastarijevanju genocida i ratnih zločina. 1977. se nezastarivost širi na sva ostala kaznena djela koja ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu (čl.110.). Slijedeće je godine zabilježena napomena: „Zakon koji produžuje rokove zastarijevanja ili ukida zastarjelost ne smatra se strožim, ako zastarjelost gonjenja ili izvršenja po tom novom zakonu još nije nastupila.“⁴⁰ Godine 1990. Republika Hrvatska preuzima KZ SFRJ, koji u formi Osnovnog krivičnog zakona Republike Hrvatske ostaje na snazi do kraja 1997. Slijedeće se godine (1998.) donosi Krivični zakon Republike Hrvatske, koji je, uz brojne novele, i danas na snazi pod imenom Kazneni zakon.

3. Kriminalno-politički razlozi uvođenja zastare

3.1. Protek vremena i svrha kažnjavanja: zaborav društva i promjena u počinitelju

Jedan od najuvrženijih izraza koji će kritičar umjetnosti upotrijebiti u negativnom osvrtu na neko djelo čovjeka jest zamjerka neoriginalnosti. Je li to ili nije opravdano, u konkretnom slučaju nije lako procijeniti, no vulgarna je istina da su ljudi vrlo često imitatori. Veliki je paradoks da u pokušaju da stvorimo nešto novo u pravilu polazimo od nečega svakodnevnog i poznatog. U stvaranju sustava prava i ujedno stvaranju nečega

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ M. DOLENC, Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, Zagreb, 1930., str. 139.

³⁷ I to čak ne bilo koje hvatanje za izvršenje kazne za bilo koje kazneno djelo, već točno to isto.

³⁸ Krivični zakon, čl. 81. st.2., citirano prema: GAJŠAK, op. cit. (bilj. 5).

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Vidi N. SRZENTIĆ, Komentar krivičnog zakona SFRJ., 1978., str.22., citirano prema CVITANOVIĆ, op. cit. (bilj. 2).

spasonosnog, jer „strah ljudi pred ljudima poguban je, a spasonosan je strah ljudi pred zakonom“,⁴¹ zakonotvorci su također kretali od nečega svakodnevnog i poznatog. Kretali su od ljudske potrebe da svaku akciju nužno slijedi, makar i minimalna, reakcija.

Teško je danas, u vrijeme imperativa ljudskih prava i bezbrojnih garancija očuvanja istih, shvatiti nekadašnju nesigurnost rata svijui protiv svijui. No bili skloni Hobbesovom opisu ili drugačije percipirali predrđavno razdoblje, vjerujem da se svi možemo složiti s jednom istinom: uzevši u obzir ljudsku prirodu, nemoguće je da je postojalo razdoblje ne-reagiranja na izravan podražaj. Jedini način da reakcija ne uslijedi jest znak ništice na strani podražaja ili na strani subjekta; dakle ili je podražaj nedovoljno intenzivan ili podraženi (osoba ili društvo) nema interesa reagirati. Zanimarivši ostale utjecaje koji mogu dovesti do ovakve rezultante, u ovom ću se dijelu svoga rada posvetiti izvanjskoj okolnosti koja svojim djelovanjem zapravo anulira obje strane: proteku vremena.

1) Zaborav. Jedna od manifestacija Darwinovog *survival of the fittest* načela jest i *ljudski zakon zaboravljanja*, kako ga je nazvao Bačić⁴². U svijetlu apsolutnih teorija o svrsi kazne, koje opravdanje kazne vide u odmazdi koja ništi učinjeno zlo (Hegelova negacija negacije), zahtijevanoj od strane društva kao cjeline, vrijeme nastupa kao izuzetno jaka kategorija. Ako je društvena svijest ta koja potiče kažnjavanje, a narod (uključujući žrtvu) taj koji svojim buntom pokazuje kada je gladan pravde, tada je ono što utječe na narod i na žrtvu presudno. Zastara se tako javlja kao afirmacija onog što se u ljudskoj svijesti već dogodilo. Jer u trenutku kada vrijeme poništi učinak kaznenog djela, tada ne trebamo kaznu kao još jedan anulator, dapače, negacija neutralnog izrodila bi nepoželjan efekt novog zla koje nije neutralizirano. Prvi začeci retributivne ideje datiraju iz pretpovijesti i u prvo je vrijeme bili u znaku osvete, „nekontrolirane reakcije nošene mržnjom“⁴³, koja za razliku od retribucije u modernom smislu koja u sebi uključuje pojam razmjernosti, nije bila nimalo razmjerna niti je možemo smatrati opravdanjem kažnjavanja. Ovdje je spominjem samo kao pojavni oblik reakcije na počinjeno zlo, u kojem je, međutim, vrijeme također imalo ključnu ulogu. Smirenje strasti kao naravna posljedica proteka vremena, gasila je mržnju, bol i bijes kako žrtve tako i naroda. Paralelno djelovanje uočavamo i u odmazdi, koja u sebi ima uključen pojam razmjernosti i, samim time, pravednosti.

Promatramo li ulogu vremena kroz oči oštećenog, očito je da osjećaj nepravde nije isti čak ni u prvi dan saznanja u usporedbi sa drugim danom, a kako ne u usporedbi s onim nekoliko godina poslije. Ljudi u osnovi ne vole biti neprijatelji u stalnom sukobu. Kada prođe dovoljno vremena, spremni su zaboraviti prijašnju nepravdu, pod uvjetom da se ona ne ponovi. U skladu sa ovom ljudskom osobinom, i, vjerujem, iskustvom koji su prvi tribunali imali, progon i kažnjavanje za davno počinjeno nedjelo postalo je nepotrebno. Ako pojedino kazneno djelo nije bilo kažnjeno u razumnom roku, ljudi bi zaboravili, i posezanje za *fiat iustitia, pereat mundus* maksimalno najavljivalo je rizik kontraefekta novog uznemiravanja s vremenom umirene društvene zajednice. I iz kuta gledanja na počinitelja, protekom vremena zaborav počinjenog je, ako ne i nastao, tada barem počinjao nastupati. Ideja kažnjavanja kroz apsolutne teorije, iako na prvi pogled indiferentne spram počinitelja, u sebi nose i uvjet počiniteljevog shvaćanja za što biva kažnjen. Kažnjavanje i patnja nemaju smisla ako se i subjektivno ne ostvaruje poveznica akcija—reakcija. Stoga je sa stajališta apsolutnih teorija kažnjavanje za nešto što u svijesti ljudi ne postoji, po samoj prirodi stvari nepotrebno.

Gledano iz kuta relativnih teorija o svrsi kažnjavanja, odnosno generalnoproventivnog i specijalnoproventivnog zahtjeva kazne, važno je ponovno naglasiti trosmjernost djelovanja zaborava: nastupao je ne samo na strani neposredno (žrtva) već i posredno (ostatak zajednice) oštećenih uz stranu samog počinitelja. A kažnjavanje za nešto što je odavno

⁴¹ BECCARIA, op. cit. (bilj. 24).

⁴² F. BAČIĆ, *Kazneno pravo*, Opći dio, Zagreb, 1998.

⁴³ P. NOVOSELEC, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2007., str. 370.

izbljedio bilo bi ravno iracionalnom izivljavanju, i moglo bi od resocijaliziranog počinitelja učiniti recidivista iz objesti. Poruka koju bi takvo kažnjavanje slalo bila bi miljama daleko od zločinu odvratajuće, bila bi to poruka o samovolji i izivljavanju većine, i nikako ne bi mogla biti supsumirana pod zahtjev da počinitelj kazneno djelo više ne ponovi (specijalnopreventivni), odnosno da se kazneno djelo od strane unaprijed neodređenog počinitelja ne počini (generalnopreventivni). Zaključno, zastara kaznenog progona kao i zastara izvršenja kazne nastupala je stoga što je vrijeme vjerojatno već obavilo ono čemu su i progon i kazna namijenjeni, i inzistiranje na zakašnjeloj reakciji samo bi potiralo novonastalu ravnotežu.

2) Promjena u počinitelju. Važnost ove okolnosti vrlo je dobro prepoznao i Liszt, rekavši da je „pravni osnov zastarjelosti ponajviše u vjerovatnoj popravci krivca“.⁴⁴ S druge strane, uzevši u obzir sve gore rečeno, na prvi se pogled može zaključiti da je utjecaj ovakvog promišljanja mogao doći do izražaja tek uvjetno, kao svojevrsna racionalizacija nereagiranja gdje je zaborav već nastupio. No uzmemo li u obzir povijesnu činjenicu da su paralelno sa afirmiranjem insituta zastare prevladale relativne teorije o svrsi kažnjavanja i načelo zakonitosti⁴⁵, vidimo koliko je generalnopreventivni i specijalnopreventivni vid zapravo od velikog značenja za ovaj institut, a ograničenje kaznenopravne represije gdje imamo promijenjenog i resocijaliziranog počinitelja nužnost. Temelj, opravdanje i legitimacija kazne sastoji se u krivnji, subjektivnom odnosu počinitelja prema djelu zbog kojeg mu se može uputiti prijekor.⁴⁶ No veliko je pitanje može li se pojmom krivnje, ili čak drugim, sličnim pojmom koji su neki autori koristili (društvena opasnost, antisocijalnost, odgovornost...), opravdati kažnjavanje počinitelja koji vrlo vjerojatno više nije kriv. Neki autori (Gajšak⁴⁷) smatraju da je promjena u počinitelju presubjektivna i nemjerljiv kriterij, te se stoga se ne bi trebala uzimati u obzir kao opravdanje uvođenja zastare. Istina jest da je isključivo intimna sfera pojedinca nedostupna uvidu vanjskog svijeta, i svakako nije objekt kriterija *pondere, numero, mensura constant*,⁴⁸ no to što promjenu ne možemo izraziti matematičkim izrazima, pretvarati u razlomke, jednačbe i algoritme, ne znači da njezino postojanje uopće ne možemo objektivno spoznati i dokazati. Jasno je da kad kažem dokazati govorim o velikom stupnju vjerojatnosti, a ne stopostotnoj sigurnosti, koja, uostalom, teško da uopće može postojati kad govorimo o nutrini druge osobe. No postojanje promjene u počinitelju objektivno se može spoznati, kroz njegovo ponašanje, i upravo to su u vidu imali tvorci povijesno prvog tipa zastare, akvizitorne zastare. Ako je, dakle, počinitelj svojim ponašanjem pokazao da je vrijeme učinilo svoje i on je sada promijenjena osoba, i kazneni bi se sustav ponio elastično, a njega se više ne bi gonilo i kažnjavalo za već okajani grijeh. Ili, kako je to sročio Stanko Frank: „Kako je to moguće, da sud pri prosuđivanju djela uvažava okolnosti nastale iza djela? Ta mogućnost izvire iz svrhe kažnjavanja. Svrha je kazne sprečavanje okrivljenog da ponovno čini zločinstvo (...) stoga se može odustati od kažnjavanja jer je cilj postignut na drugi način.“⁴⁹

3. 2. Protek vremena: pravilnost i točnost u kaznenom postupku

Razlog utjecaja proteka vremena na svrhu kažnjavanja koji sam u prethodnom poglavlju prikazala kao opravdanje, jednako je djelovao i na zastaru kaznenog progona i na zastaru izvršenja kazne. Razlog povećanih teškoća u vođenju kaznenog postupka se, međutim, prvenstveno odnosi na zastaru kaznenog progona.

⁴⁴ F. LISZT, Nemačko krivično pravo, Beograd, 1902., str. 335.

⁴⁵ CVITANOVIĆ, op. cit. (bilj. 2).

⁴⁶ NOVOSELEC, op. cit. (bilj. 43.), str. 226.

⁴⁷ GAJŠAK, op. cit. (bilj. 5).

⁴⁸ Kriterij rimskoga prava u razlikovanju mjerljivih i nemjerljivih stvari.

⁴⁹ S. FRANK, Kazneno pravo, Zagreb, 1950., str. 152.

Prije spomenuta erozija ljudskih sjećanja svoj velik utjecaj pokazuje upravo u fazi dokazivanja i provjere ispravnosti činjenica u kaznenom postupku. Moderni sudovi, lišeni elemenata mistike u kaznenom pravu te etičkoreligijskih kategorija, presudu mogu temeljiti samo na činjenicama utvrđenim neposrednim opažanjem i dokazivanjem, tj. uporabom dokaza. Praktični problemi koji se pritom javljaju jesu kako očuvati te dokaze i njihovu vjerodostojnost kroz cijelo vrijeme do pokretanja i tokom vođenja postupka. Za očekivati je da će protekom vremena sjećanje ljudi postajati sve manjkavije te će kvaliteta iskaza vidno opasti, no isto je tako velika mogućnost gubitka ili oštećenje te uništenje isprava i tehničkih snimaka. Jasno je da povijesno prvi provedeni dokazni dijelovi kaznenog postupka kao svojim elementima nisu toliko obilovali ispravama, a još manje tehničkim snimkama. Najznačajniji je dokaz bio upravo iskaz okrivljenika, odnosno svjedočenje osoba koje su mogle iskazivati o relevantnim činjenicama. Problem koji se tako javljao bio je taj da je protekom vremena bilo teško pronaći i dovesti ljude koji su svjedočili događaju, a i oni koji su bili voljni pristupiti sudu nakon tog vremena, davali su nedostatna svjedočenja upitne upotrebljivosti. Manjkavost na ovom polju u nedostatku alternativa bila je ključna za nemogućnost vođenja racionalnog postupka. A jer je u vrijeme širenja i afirmiranja instituta zastare ujedno i prevladalo gledište na funkciju kazne kao preventivnu, sa stavom o potrebi ograničenja kaznenopravne represije, kopernikanski je obrat počeo doživljavati i stav *bolje osuditi nevinog nego pustiti krivog*.

Ipak, obzirom da naslov ovoga poglavlja *stricto sensu* traži ratio samih začetaka, tj. uvođenja instituta a ne opravdanja *ex post facto*, valja naglasiti da težnja pravednosti i pravnoj sigurnosti nisu igrali ulogu koju će u kaznenopravnom smislu steći kasnije. Početno, zastara nije bila opravdavana strahom da će se osuditi nevin, već čisto instrumentalnom preprekom da se osudi vjerojatni krivi.

Uzmemo li u obzir povijesno prvi tip kaznenog postupka, inkvizitorni postupak, vidimo da početno zastara kao formalnopravni institut nije mogla biti ustoličena radi zaštite počinitelja. Položaj okrivljenog u inkvizitornom postupku bio je položaj procesnog objekta, a ne subjekta, sa pravnom dužnosti priznati djelo ako ga je doista počinio⁵⁰ i apsurdno bi bilo smatrati, uzevši to u obzir, da se neki institut uvodio radi njegove pravne sigurnosti i komfora. Uveo se radi čisto tehničke nemogućnosti da se, osobi za koju ne postoji priznanje ili suglasan iskaz dvojice besprijekornih svjedoka, izrekne osuđujuća presuda. Stoga, za razliku od nekih drugih autora, razlog pravne sigurnosti, ne smatram razlogom uvođenja instituta. Pravna je sigurnost kao argument u prilog zastari nastao tek kasnije, kao racionalizacija *ex post facto*.

4. Pravni karakter instituta zastare

Pitanje je li institut zastare procesnopravnog, materijalnopravnog ili pak mješovitog karaktera, jedno je od veoma prijepornih pitanja kaznenopravne teorije. Ukratko ću izložiti argumente koje ističu zagovornici sva tri shvaćanja, a potom obrazložiti vlastito stajalište.

4.1. Procesnopravni karakter instituta

Autori⁵¹ koji smatraju zastaru institutom procesnog prava, u prilog svome shvaćanju ističu nekoliko argumenata. Zanimljivo je da se na isti argument, naime da je zastara pro-

⁵⁰ Ibid., str. 17.

⁵¹ Zlatarić/Damaška i dr.

cesna pretpostavka, pozivaju obje skupine autora. Skloniji procesnopravnom karakteru međutim smatraju zastaru negativnom procesnom pretpostavkom, odnosno, procesnom smetnjom koja za posljedicu ima ne ulaženje u meritum predmeta u sudskom postupku, već donošenje od strane suda formalne odbijajuće presude. Ističe se da protekom vremena nije nestala (niti bi mogla nestati samom činjenicom proteka) sama kažnjivost nekog ponašanja, odnosno kaznenog djela, što se i vidi iz činjenice da ono još uvijek može biti i biva kažnjeno kao kazneno djelo nekog drugog počinitelja. Nasuprot tome, smatraju da je nestalo mogućnosti izvršenja ovoga prava, tj. uvjeta za kazneni progon (odnosno izvršenje kazne). Također ističu razlog procesnog oportuniteta kao ključni za opravdanje postojanja ovog instituta, nasuprot ostalim, materijalno-pravnim razlozima.

4.2. Materijalno-pravni karakter instituta

Nasuprot procesnopravnom stajalištu, stav da zastara ima materijalno-pravni karakter se opravdava argumentom da je utjecaj vremena važan čimbenik za cjelokupni pravni sustav, pa tako i kazneno pravo, te se „ne može se negirati da u pravu istek vremena ima nekad produktivnu, a nekad destruktivnu snagu u zakonu.“⁵² Činjenicu nepostojanja uvjeta za progon pozicioniraju u relaciji prema nepostojanju potrebe za kažnjavanjem, odnosno, „pravu na kaznu“.⁵³ Ističe se, dakle, nemogućnost udovoljenja svrsi kažnjavanja. Važan je i argument vezanja zastarnog roka za visinu propisane kazne, odnosno, težinu kaznenog djela.

Propisi o zastari se promatraju kao pretpostavka kažnjivosti djela. Također se ističe da je zastara uređena Kaznenim zakonom, a ne Zakonom o kaznenom postupku, te da se povreda odredaba o zastari, prema čl. 368. ZKP-a smatra povredom odredaba kaznenog zakona, a ne postupovnih odredaba.

4.3. Mješoviti pravni karakter instituta

Kompromisno rješenje⁵⁴ odgovor na pitanje karaktera instituta pronalazi u njegovoj dvostrukoj utemeljenosti: djelomice u materijalnom, a djelomice u postupovnom pravu. Samo utemeljenje, odnosno opravdanje zastare jest u materijalnome pravu, kroz nestanak potrebe za kažnjavanjem, dok su posljedice zastare procesne naravi. Mirovanju i prekidu relativne zastare se također pridodaje procesni značaj. Ne ulazeći u detaljniju raščlambu, autori se pozivaju na funkcionalno jedinstvo materijalnog i procesnog kaznenog prava.

U davanju vlastitog odgovora na pitanje karaktera instituta, a unatoč tome što smatram da je moguće kvalitetno argumentirati svaki od postojeća tri stajališta, ističem diskrepanciju onoga što je zastara kao institut idejno bila, i onoga što je realnost funkcioniranja pravosudnog sustava, a posebice u Republici Hrvatskoj, od toga modificirala. Moj je naime stav, da je institut zastare idejno bio, i svojom suštinom jest, institut materijalnog prava, no praktična primjena i posebice čest kontekst pretrpanog i tromog pravosudnog sustava od njega su učinili i procesnopravni institut. Tako je od prvotnog instituta kontrole svrhe kažnjavanja degradiran u institut prvenstveno procesnog oportuniteta. Jasno je da se ograničena upotreba može i mora opravdati nužnošću, ali posvemašnja hipertrofija nikako, što je nažalost sve češći slučaj u praksi. U nastavku ću pokušati obrazložiti ovakvo gledište, naglašavajući materijalno-pravnu sastavnicu. Iako se slažem s većinom

⁵² M. PETRANOVIĆ, Zastara kaznenog i prekršajnog progona te izvršenja kaznenih i prekršajnih sankcija, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva – 2004., 01/2004., str. 190-231.

⁵³ Liszt: *Zastarjelo je pravo na kaznu, a ne krivično djelo*. LISZT, op. cit. (bilj. 44).

⁵⁴ Jescheck/Weigend, Schönke/Schröder i dr.

prijespomnutih argumenata pod točkom 2, smatram nepotrebnim ponavljati ih, te ću problematici pokušati prići sa nove strane, velikim dijelom pozivajući se na pravnu filozofiju. U pojedinim će se segmentima, dakako, uočavati i procesna strana, no takvu manifestaciju smatram logičnom obzirom prije spomenutoj diskrepanciji, ali isto tako i funkcionalnom jedinstvu sastavnica kaznenog prava u širem smislu.

4.3.1. Povijesni argument: ideja zastare

Po afirmaciji instituta zastare⁵⁵ (stavimo li, za potrebe ovog razmatranja, na stranu prvotna rudimentarna rješenja) je akvizitorna zastara.⁵⁶ Kao što sam već naglasila, manifestno je da je u samom njenom nastanku krucijalno opravdanje bila promjena u počinitelju, koja se nije presumirala, već se trebala dokazati kušnjom vremena. Ako je počinitelj kaznenog djela svoje kajanje pokazao ne zadržavanjem koristi od kaznenog djela, ne počinjenjem novog kaznenog djela, nastojanjem da popravi ili popravljanjem štete oštećeniku te ne napuštanjem državnog područja⁵⁷, nije se inzistiralo na njegovom gonjenju i/ili kažnjavanju. Očito je da se procesnom oportunitetu davala uloga tek ako je bilo evidentno da svrha kažnjavanja neće time biti dovedena u pitanje. Dakle, zastara je nastupala tek ako je bilo očito da više nema potrebe za kažnjavanjem, a ne iz procesnooportunih razloga.

Neki će autori možda reći da ovakav povijesni argument i nema više puno veze sa sadašnjim stanjem stvari, i zbog toga je irelevantan za razmatranje. Iako takav stav ne opravdam, jer za pitanje prirode instituta itekako relevantnim smatram njegov idejni začetak (koji je nedvojbeno materijalnopravne prirode), ipak kao odgovor ističem da i danas postoje ostaci ovakvog shvaćanja, što se ogleda u činjenici da je jedan od razloga za prekid relativne zastare počinjenje novog kaznenog djela.

4.3.2. Zastare nastupa zbog prestanka državnog prava na kažnjavanje

Autori koji zastupaju stav da je zastara procesnopravne prirode suprotstavljaju se mišljenju da je protekom vremena prestalo pravo na kaznu za određeno kazneno djelo. Ja osobno smatram da se radi upravo o tome. U eksplanaciji ovoga pomalo kontroverznog stajališta, u argumentima (4.3.2.) i (4.3.3.) djelomice ću se dodirnuti teorije prirodnog prava. Pokazat ću koliko je nerazdvojivo zastara kao institut povezana upravo sa prestankom državnog prava na kažnjavanje.

Početno je nužno definirati i povući granice shvaćanju pojma prestanka prava na kažnjavanje. Smatram istinitim argument da pravo na kažnjavanje nije univerzalno prestalo, primjerice za tu vrstu kaznenog djela (jer se i dalje kažnjava za njega), no činjenica isto tako jest, a posebice uzmemo li u obzir vezanost države jamstvom pravne sigurnosti, da je za tog konkretnog počinitelja ono, u trenutku kada država nije ispunila svoju dužnost pravodobne reakcije na kazneno djelo, prestalo. Pravo na kažnjavanje je ostalo za sva ostala kršenja društvenih normi ponašanja definiranih kaznenim djelima, ali za ovo jedno konkretno, ono je prestalo. Ovome u prilog govori i činjenica distinkcije relativne i apsolutne zastare. Dok se relativnu obzirom nekim elementima (prvenstveno prekid i mirovanje) djelomice i može promatrati kao procesnopravnu, i stoga je progon moguće nastavljati nakon svakog prekida sve do apsolutne, nastup apsolutne zastare u potpunosti ništi

⁵⁵ Nakon 1791. i posebice *Code penal*-a (1804.).

⁵⁶ U RH prvi put u sklopu *Skupozakonika* iz 1804.god., a u osnovi na istoj poziciji ostaje i Zakon iz 1852.

⁵⁷ Jasno je da svako pravno rješenje nije obuhvaćalo sve navedene uvjete.

mogućnost aktivnosti države, i njen karakter smatram čistom manifestacijom navedenog. Dapače (iako to osobno smatram veoma lošim rješenjem), apsolutna se zastara u praksi RH pojavila i kao razlog prekidanja izvršenja kazne.⁵⁸

Ovaj ću argument nadalje pokušati razraditi pozivanjem na teoriju društvenog ugovora. Vjerujem da ćemo se svi složiti da je jedina mogućnost da bi svaki razuman pojedinac pristao na ograničenje vlastite slobode samo ako će time zauzvrat dobiti jednaku ili veću slobodu. Dobivala se i pravna sigurnost. Pristanak je, prema teoriji, bio uvjetovan obvezom društva da pravodobno reagira umjesto njih. Neupitno je i logički neodrživo da bi netko pristao na takav konsenzus, ako bi ponuđeno zauzvrat bilo pravo države na dispozitivno kažnjavanje u bilo kojem trenutku, dakle i još veća nesigurnost.⁵⁹ Stoga je državno pravo na kažnjavanje vremenski ograničeno i ne postoji bezuvjetno dokle god nositelj želi da postoji. U situaciji kada država iznevjeri svoju obvezu, i ne kazni krivog počinitelja kaznenog djela u povjerenom roku, ona to svoje pravo više ne može izvršavati bez da taj postupak pređe u domenu samovlasti. Stoga je i zastarni rok svojevrsan signal državi da će se pravo na reakciju u određenom trenutku i ugasiti, a njeno ignoriranje ovoga u očima bi se javnosti lako moglo supsumirati pod nedemokratsku, autoritarnu represiju bez pokrića. Dakle stav koji mnogi teoretičari ističu, da ne postoji nikakvo subjektivno pravo počinitelja kaznenog djela da ne bude kažnjen, uvelike se može staviti pod znak upitnika uzmemo li u obzir to da je očito da počinitelj ima subjektivno pravo znati kakvu reakciju i kada od države može očekivati. U nastavku ću istaknuti vlastito stajalište, a nasuprot stavu velikog broja teoretičara koji opravdavajući mješoviti karakter zastare ističu da, dok je utemeljenje zastare materijalnopravno, posljedice su joj procesnopravne.

U današnjem, civilnom društvu, gdje je pravo na gonjenje gotovo svih počinitelja kaznenih djela, a kažnjavanje svih osuđenika kaznenih djela preneseno na državu, pravo na kažnjavanje kao takvo neminovno pripada jedino njoj. To pravo, koje su nekad imale žrtve (a kasnije i srodnici ili *quavis ex populo*), njima u segmentu kažnjavanja više ne pripada niti malo, i u cijelosti je ekskluziva državnog monopola moći. U slučaju u kojem se državi, koja je također podložna Kaznenom zakonu, čl. 18.-24. zabranjuje kažnjavanje odnosno ništi pravo na kažnjavanje, a niti jednog mogućeg sukcesora ovog prava nema, očito jest da se i samo pravo (jer ne egzistira i ne može biti vršeno bez nositelja) gasi. Eventualno bi drugačijom mogli smatrati situaciju u kojoj bi postojala otvorena mogućnost stjecanja ovog prava od strane novog nositelja, no jer je to u potpunosti isključeno, i pravo kažnjavanja počinitelja kaznenih djela pripada jedino i isključivo državi bez mogućnosti prenošenja pojedincu ili sl.⁶⁰, očito je da u svom legitimnom smislu ne može postojati izvan nje. Kada bi se i vratio *bellum omnium contra omnes*, ne bi više govorili o istom pravu koje je prešlo u ruke svima, već o novom pravu drugačijih obilježja, koja vjerojatno ne bi bila prikladnost i razmjernost. Danas bi, dapače, inzistiranje oštećenog ili bilo koga drugoga da u trenutku kada to država ne čini, samovoljno *kazni* počinitelja, stavljalo i njega samog u poziciju počinitelja kaznenog djela, i on se nikakvim svojim pravom pritom ne bi mogao opravdavati. Stoga, evidentno je, da čak i ako diskutabilnim prihvatimo da je uzrok postojanja zastare prestanak prava na kažnjavanje, očito njena posljedica upravo to, čime smatram poljuljanim stav mješovitih teorija da su posljedice zastare isključivo procesnopravne.

⁵⁸ Pravno shvaćanje VSRH od 10.studenog 2000., izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 01/2001, str. 217.

⁵⁹ Slično govori Locke: „...put a force into the magistrate's hand to execute his unlimited will arbitrarily upon them, this were to put themselves into a worst condition than the state of Nature, wherein they had a liberty to defend their rights against the injuries of others, and were upon equal terms of force to maintain it... (...) Whereas by supposing they have given up themselves to arbitrary power and will of a legislator, they have disarmed themselves, and armed him to make a prey of them when he pleases...” prema LOCKE, op. cit. (bilj. 16).

⁶⁰ Od ovoga odvajam slučajeve kada se temeljem međunarodnog sporazuma države suglase povjeriti jurisdikciju trećem tijelu, primjerice, međunarodnom sudu.

4.3.3. Nezastarijevanje pojedinih kaznenih djela

Kolika je ovisnost instituta zastare o materijalnom kaznenom pravu možda najbolje pokazuje i činjenica da, ponegdje i prema nacionalnom⁶¹, ali svakako prema međunarodnom pravu⁶², ne zastarijevaju sva kaznena djela. Evidentno je da je težina kaznenog djela ključni kriterij za ovakvo izuzimanje, a osjećaji žrtava i nesigurnost koju ponašanja sumpsumirana pod opis, primjerice, zločina protiv čovječnosti, opravdavaju ovakvu odredbu. Naglasak u trodiobi svrhe kažnjavanja u ovom je slučaju pomaknut sa specijalne prevencije na retribuciju, što smatram opravdanim.

Što se materijalnopravnog argumenta uređivanja instituta zastare Kaznenim zakonom tiče, spomenut ću da ga osobno ne smatram posebno relevantnim, a obzirom činjenici nepostojanja potpune odvojenosti kaznenog materijalnog i kaznenog procesnog prava niti danas, što se primjerice vidi i iz KZ-om određenih slučajeva pokretanja kaznenog postupka privatnom tužbom ili na osnovi prijedloga i sl.

Iako su neki od ponuđenih argumenata dvoznačni, i dubokom bi se analizom ili verbalnom akrobacijom mogli dovesti i do drugačijeg rješenja no što ja nudim, vjerujem da dostatno oslikavaju činjenicu materijalnopravnog izvorišta ovoga instituta. Neprijeporna je i činjenica izmijenjene svrhe instituta koju sam na početku istaknula. Upitno je, međutim, možemo li zbog iskrivljene percepcije i zloupotrebe instituta smatrati promijenjenom i njegovu suštinu, te iako je danas od iznimke postalo pravilo ne pokrenuti ili obustaviti postupak tj. odbiti optužbu (najčešće zbog neaktivnosti suda), ideja i karakter instituta nisu trebali biti to. S druge strane, pravna logika kojom su se zakonodavci nekad vodili u nastanku ovoga instituta vidljiva je još uvijek u nekim pravnim sustavima, što smatram još jednim dokazom da se sama priroda ne može smatrati promijenjenom jer su primjene u različitim područjima urodila različitim plodovima, a eventualno odstupanje prakse od teorije samo po sebi, kada dovede do potpune iskrivljenosti teorije, treba duboko preispitati.

5. Moralna opravdanost instituta zastare

U mjeri u kojoj se racionalizacija *ex post facto* postojećim institutima nameće sama po sebi, teško je razmatrati moralnu (ne)opravdanost istoga. Donekle je to i stoga jer je neusporedivo lakše teoretski poduprijeti postojeće, makar i loše rješenje, nego ustoličiti novo sa svim pripadajućim reformama. Pitanje moralne opravdanosti zastare kaznenog progona i izvršenja kazne pokušat ću razjasniti kroz argument koji je opravdao uvođenje instituta u najvećoj mjeri, vjerojatnoj promjeni počinitelja tokom vremena. Tokom izlaganja ponekad ću razdvajati stav o zastari kaznenog progona ili izvršenja sankcije, kao i o apsolutnoj i relativnoj zastari. Istaknut ću kompleksnost cijele situacije pregledom utjecaja koji ima na sve sudionike i pravni poredak u cjelini. Svaki će aspekt dati svoj doprinos mom konačnom stavu o pitanju je li postojanje zastare, a posebno postojanje zastare u trenutno postojećem obliku, kao dominirajućeg instituta hrvatskog kaznenopravnog sustava, opravdano.

5.1. Moralna opravdanost akvizitorne zastare: promjena u počinitelju kao mjerljiva

Povijesno prvi tip zastare je prijespomenuta akvizitorna zastara. Ovaj je tip zastare specifičan po tome jer izrazito naglašava važnost promjene u počinitelju kao opra-

⁶¹ Primjerice: Njemačka, Švicarska, Švedska, Austrija, Danska, Italija, anglosaksonske zemlje i dr.

⁶² Prvenstveno se misli na genocid i ratne zločine.

vdanja zastare. Promjena u počinitelju nikada se nije presumirala, već se utvrđivala na temelju počiniteljeva ponašanja nakon počinjenja kaznenog djela. Smatram da je ovakav tip zastare potpuno moralno opravdan, kako sa stajališta oštećenika⁶³ tako i sa stajališta društva, odnosno, svrhe kažnjavanja. Iako se takvo rješenje može učiniti pomalo nepreciznim, mišljenja sam da su kriteriji koji su postojali činili ispravnost zaključka o promjeni u počinitelju vrlo vjerojatnom. Zapravo je ovakav sustav bio i visokoefikasan, jer se nije prepunjavalo zatvore ili kaznonice onima, za čijim smještanje tamo, više nije bilo potrebe.⁶⁴ Može se učiniti da bi takvo jedno vaganje od strane suca, je li netko promijenjena osoba ili ne, danas oduzimalo previše vremena ionako tromom pravosudnom sustavu, no činjenica je da sudovi danas itekako u sklopu olakotnih okolnosti promatraju ponašanje počinitelja nakon počinjenja kaznenog djela! Stoga veoma važnim smatram neizgovoreno pitanje: zašto se, i s kojim opravdanjem, odustalo od akvizitornog sustava? Bačić ističe da „u svakom konkretnom slučaju ne moraju stajati razlozi koji inače opravdavaju zastaru, tako da automatsko nastupanje zastare predstavlja opasnost za interese pravde i pravnog poretka.“⁶⁵ Krenemo li i drugom stranom u razmatranju, i vratimo se ideji da se zbog proteka vremena ugasila potreba za kažnjavanjem, ostaju pitanja kako to sa sigurnošću znati, i je li opravdanje da je vrijeme ispunilo prvenstveno specijalno preventivnu, a posredno i generalno preventivnu svrhu i anuliralo potrebu za represijom nešto što se smije presumirati? Na taj način, a u ime neke čudne oportunističke svrhe, cilj, što je neduplicirati posao gdje je već ispunjen, žrtvujemo radi puke provedbe sredstva (zastara radi zastare?) ne imavši na umu veliku istinu koju je davno Liszt rekao, da: „nikad ne može biti cilju shodno, da se sredstvo stavi iznad cilja.“⁶⁶ Ovakav je stav zapravo školski primjer Dürkheimove anomalije, objektivnog društvenog stanja izokrenutosti odnosa između ciljeva i sredstava. Slijedeće pitanje koje bi se moglo postaviti je koliko bi dug morao biti period kušnje, i je li takvo preispitivanje samo moralno opravdano? Smatram da jest, i to ne samo zato jer je potpuno neutemeljeno tražiti nastup nečega za što sve uvjete nismo ispunili, već i zato što slično postupanje države, a u okviru instituta uvjetne osude, poznajemo. Gajšaksmatra da „popravljanje mora ići dugi niz vremena, a ne ovisi o trenutku“ i zato je promjena u počinitelju nemjerljiva.⁶⁷ Ne slažem se sa ovakvim gledištem. Kada govorimo o ljudima, itekako mogućim smatram da se promjena dogodi u trenutku, zvali presudan impuls prosvjetljenjem, bogom, nabijenim emocijama ili čime drugim. No s druge strane, društvo si ne može dopustiti da lakovjerno ulijeće u sve naznake popravljanja, i zato jest potreban određen vremenski period da se dokaže da je nastupljela promjena trajna. I Frank zauzima isti stav kada kaže da „treba pustiti počinitelju da kroz vrijeme pokaže da se popravio.“⁶⁸ Važan aspekt problema ističe Skinner⁶⁹ kada kaže da se „zamjerka unutrašnjim stanjima čovjeka ne sastoji u tome da ona ne postoje, nego da ona nisu značajna u funkcionalnoj analizi.“ Smatram da, uzevši u obzir povijesno afirmirane kriterije akvizitorne zastare, unutrašnje stanje čovjeka itekako mora biti predmet analize kada se radi o kaznenom pravu. Nije to ništa nepoznato, uzima se u obzir već i u dogmatici kaznenog prava, kroz razradu pojma krivnje kao elementa kaznenog djela, i stoga se ne bi trebalo skanjivati uzeti ga u obzir i ovdje, kao uvjet nastupa zastare, a time više što unutrašnjost osobe u smislu njene promjene nabolje itekako možemo vanjski opažati, kroz ponašanje te osobe. Je li, dakle, doista nužno kažnjavati počinitelja kada njegovo ponašanje kroz određen vremenski period očito pokazuje da to jest promijenjen

⁶³ Jer je jedan od uvjeta bilo i popravljanje, odnosno pokušaj popravljanja štete oštećeniku.

⁶⁴ A znamo da je problem pretrpanosti zatvora jedan od glavni kaznenopravnih problema u Republici Hrvatskoj.

⁶⁵ BAČIĆ, op. cit. (bilj. 42).

⁶⁶ LISZT, op. cit. (bilj. 44).

⁶⁷ GAJŠAK, op. cit. (bilj. 5).

⁶⁸ FRANK, op. cit. (bilj. 49).

⁶⁹ D. F. SKINNER, Nauka i ljudsko ponašanje, Cetinje, 1969., str. 44.

čovjek? Smatram da nije. Ako bi skrenuli u krajnost stava nekih teoretičara i rekli da „kad postoji pravomoćna sudska presuda, treba je kad-tad izvršiti“⁷⁰, pitanje koje bi se neumitno ispoljilo jest koga mi to kažnjavamo? Osobu ili simbol? Neupitno je da se visina kazne određuje prema stupnju krivnje, no ovaj faktor nije konstanta u ljudskom biću, i zasigurno ne postoji u istom opsegu u trenutku počinjenja kaznenog djela i trenutku suđenja za isto. Možemo li tvrditi da se stav „usmrtio ja ili ne sebe i suvozača, ipak ću voziti dvostruko više od ograničenja“ mladog vozača nije izmijenio već u trenutku prometne nesreće, a kamoli nekoliko godina poslije? Je li to ista osoba koju želimo kazniti?⁷¹ Ili se možda na mala vrata vraća represija, želja da počinitelj ispašta, te neelastičnost kaznenog prava, koju smo se toliko trudili prevladati? Najpravednijim mi se rješenjem čini, uzevši u obzir postojeću praksu sudova koju smatram dobrom početnom točkom, da se u olakotnu okolnost uzima vrijeme koje je prošlo od počinjenja kaznenog djela. No i ovdje bi trebalo provjeriti, a ne presumirati, promjenu. Također mi se pravičnim čini i da se, ako je od izricanja presude do izvršenja prošlo puno vremena, ponovi saslušanje okrivljenika uz eventualno smanjenje kazne kao respektiranje pokazane promjene. Puka retribucija uostalom i nije prolongirani cilj našeg kaznenopravnog sustava.

Stoga zaključujem da zastara izvršenja sankcije jest moralno opravdana ako se prethodno pokazalo da se radi o promijenjenom čovjeku, uz dakako to da se takva promjena ne bi smjela presumirati, i stoga opću zastaru, bez ikakve individualizacije, smatram neopravdanom. Za ovo izlaganje veoma je zanimljiv Rousseauov stav da je „kazna sila a ne pravda ako se pokaže da ona i ne mora nastupiti i da nije nužna posljedica zločina.“⁷² Djelomice se slažem sa njime, i smatram da negativni popratni efekti doista mogu nastati ako se parcijalno kažnjava a parcijalno ne, bez ljudima moralno prihvatljivih kriterija. Upravo zato naglašavam stav da zastara ne bi trebala biti opći beneficij i nastupati automatski.⁷³ Ako se u izraz kazneno djelo → kazna uvede nova veličina, a to je sa velikom sigurnošću dokazana promjena u počinitelju, tada ona može istisnuti kaznu iz izraza. No ako nove veličine nema, a kazna izostaje jer je računar tokom primjene formule bio pasivan, bunt se pojedinca neupitno može razumjeti. Možemo li doista opravdavati što je za isto kazneno djelo jedan počinitelj kažnjen, a drugi ne, spletom okolnosti da nisu procesuirani od strane jednako radišnih pravosudnih dužnosnika?⁷⁴ Očito je, stoga, da se individualizacija i akvizitorni karakter zastare pokazuju najpravičnijim rješenjima, te posebice imavši na umu Beccarijin stav da „što je kazna hitnija, to je pravednija i da sve kazne nisu svima jednako korisne u svako vrijeme“⁷⁵, čini mi se da svakako treba podvrgnuti dubokom preispitivanju postojeća zakonodavna rješenja u vezi zastare izvršenja kazne. O drugoj vrsti zastare, zastari kaznenog progona, imam međutim drugačije gledište. Donekle sam sklona stavu S. Franka, koji je rekao: „Ako se ne kazni, onda se bar poruku šalje osudom.“⁷⁶ I Bačićev je stav, da je „oslobođenje od kazne posebna krivičnopravna sankcija, jer počinitelj je osuđen, ali nije kažnjen“⁷⁷ u ovome zanimljiv. Smatram da društveni prijekor svakako treba biti transparentan, a postojanje presude, uzevši u obzir njeno javno objavljivanje kao i činjenicu da će se na počiniteljev život višestruko reperkusirati postojanje prijašnje

⁷⁰ F. BAČIĆ, Marginalije uz novi Kazneni zakon, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 02/1997, str. 421.

⁷¹ Frank: „Može „biti objektom kazne samo onaj učinitelj koga je moguće popraviti ili odvratiti, (...) a od kažnjavanja se može odustati ako je cilj postignut na drugi način...“, prema FRANK, op. cit. (bilj. 49).

⁷² J. J. ROUSSEAU, Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima, Društveni ugovor, Zagreb, 1978.

⁷³ Kant: „Kad bi u svojim rukama imao svo blaženstvo, bi li ga prepustio svakome tko za njim posegne, ili samo dostojnima?“ Prema: KANT, op. cit. (bilj. 19).

⁷⁴ Kant: „Jedino trajno državno uređenje je u kojem zakon vlada sam, a ne ovisi o osobi. Ovo je krajnja svrha.“ Ibid.

⁷⁵ BECCARIA, op. cit. (bilj. 24).

⁷⁶ FRANK, op. cit. (bilj. 49).

⁷⁷ BAČIĆ, op. cit. (bilj. 42).

osuđivanosti, neupitnom u svrhu postojanja možda blage, ali ipak bar nekakve reakcije društva. Svi se možemo složiti da suština kazne jest u društvenoj osudi, odnosno neodobravanju učinjenog, no mora li to neopravdanje biti izraženo kaznom? Ili se, kroz individualizaciju u kaznenom postupku, ipak čini dostatnim i neko drugo rješenje? Ne kaznimo li, ali izrekemo društveni prijekor na ovakav način, gdje je to moguće i opravdano, spoznaja o počinjenom kaznenom djelu pravno ipak ostaje⁷⁸, i ovakvo je rješenje dobar kompromis za slučajeve kada treba balansirati nepostojanje potrebe za kažnjavanjem na strani počinitelja i postojanje potrebe za reakcijom na strani društva. Potpuno mi je prihvatljiv Hegelov stav da „član građanskog društva ima pravo da bude u sudu i dužnost da se stavi pred sud, da ga se time poštuje kao nešto umno i da on ima svojevrsno pravo na kaznu.“⁷⁹ Iako će se ponekad izjaloviti potreba za ostvarenjem prava na kaznu, počiniteljeva dužnost i njegovo pravo na afirmaciju pripadnosti društvu, kroz reagiranje kada prekrši najvažnije društvene norme, ostaje.

5.2. Moralna opravdanost s obzirom na kriminalnopolitičku poziciju sudionika kaznenog postupka.

Prethodnom sam točkom pokazala da zastaru izvršenja kazne koja nastupa automatski bez individualizacije u smislu promatranja promjene u počinitelju smatram moralno neopravdanom, te da neopravdanom isto tako smatram i zastaru kaznenog progona jer, ako se od izvršenja kazne i odustaje, izreći presudu ipak treba. U ovoj ću točki pokušati ilustrirati negativnost poruke koju trenutno zakonodavno rješenje šalje sudionicima kaznenoga postupka, i to kako onim neposrednima (oštećeniku i počinitelju), tako i onima sa posrednim interesom (društvo kao cjelina te pravosudni sustav).

Zastara i oštećenik. Jedna od najjačih kritika protiv trenutnog sustava, koji se rijetko čuje u procesnopravnim krugovima, ali vrlo često u viktimologiji i sudskoj psihologiji, jest onaj u prilog većem poštivanju uloge oštećenika u postupku. Ovo se ne opravdava samo činjenicom da bez oštećenika vrlo vjerojatno do postupka ne bi ni došlo, ili se ne bi mogao provesti do donošenja meritorne odluke, već i razmjernošću uložene i očekivanog, a posebno imavši na umu da su „psihička zbivanja u krivičnom postupku intenzivnija nego u drugim postupcima, psihološki efekti tog postupka su snažniji nego efekti drugih postupaka, psihičke posljedice krivične presude su jače nego prosječne posljedice drugih presuda...“⁸⁰ U izlaganju negativnog odraza postojećeg oblika i korištenja instituta zastare na položaj žrtve, ističem dvije činjenice: emotivno težak položaj oštećenika tijekom postupka, te opasnost otvaranja vrata privatnom kažnjavanju. Lako je pozivati se na promjenu u počinitelju i procesni oporunitet kada se na položaj oštećenika, odnosno vjerojatno žrtve, gleda iz trećeg lica. No nažalost velika je istina da patnja žrtve ne zastarijeva tako lako kao kazneni progon ili izvršenje kazne. Teško je zamisliti da će žrtva silovanja ikada više biti ista osoba, a kamoli zaboraviti događaj i počinitelja u roku 10 godina, koliki je relativni zastarni rok za osnovni oblik silovanja. Još je tragičnija činjenica njene stigmatizacije, koja najčešće i ostaje do kraja života, a nikako samo prvih 10 godina. Općenito je veliko pitanje, koje je uzrokovalo brojna razmimoilaženja u zakonodavstvu i sudskoj praksi pojedinih zemalja, koliko se pojedina kaznena djela ikada zaborave, i stoga koliko su, zbog ove svoje osobine, uopće podložna institutu zastare, makar i sa najvećim rokom od 25 godina. Po mom je mišljenju postojanje opće zastare, sa stajališta postojećih prava žrtve, vrlo upitno rješenje. Pitanje koje se može postaviti jest kakve su točno veze zastare i emo-

⁷⁸ Dakako, do potpune rehabilitacije.

⁷⁹ HEGEL, op. cit. (bilj. 22).

⁸⁰ M. AČIMOVIĆ, Psihologija zločina i suđenja, Beograd, 1987.

tivno teškog položaja žrtve, odnosno, nije li taj položaj zapravo težak i neovisno o samom institutu zastare. Odgovor je dakako potvrđan, no, smatram da postojeće zakonodavno rješenje čini taj položaj još lošijim. Ovu činjenicu ističe i Aćimović⁸¹: „Žrtva se može javiti u krivičnom postupku u ulozi oštećenog. Prema sadašnjim zakonskim rješenjima prava žrtve, koja nastupa pred javnim tužiteljem, veoma su mala, pa i to, pored već pretrpljenog krivičnog djela, može kod nje stvarati osjećaj poniženosti i bespomoćnosti.“ Moj je stav da se oštećeniku svakako treba omogućiti veća (zastarnorelevantna) uloga u postupku, što se prvenstveno može učiniti kroz promjenu stajališta koje radnje prekidaju relativnu zastaru. Smatram da relativna zastara ne bi smjela biti isključivo pokazatelj aktivnosti pravosudnih organa, već i odluke žrtve za progonom. U ovome bi smislu, primjerice, kaznena prijava žrtve svakako morala prekidati relativnu zastaru, iako nije radnja ovlaštenog tijela. Slijedeći problem koji prepoznajem u ovome jest otvoreno pitanje druge vrste oštećenika, onih koji na nepravdu ne reaguju prema unutra, već prema van - željom za osvetom. Naime, ako se kazneni postupak pokaže, iz očiju oštećenika gledano, neracionalan, i ne zadovolji ukazano mu povjerenje, otvara se veliko pitanje nismo li time otvorili vrata povratku u vrijeme prije *Decretuma Divi Marci*, i samovoljnom kažnjavanju? Možemo li uopće zamjeriti žrtvi koja odluči ne biti žrtva, kada je sustav ne štiti od istog i ne garantira da to više neće biti? Ovo se pitanje u praksi sve više provlači, i manifestira kroz očiti pad povjerenja u pravnu državu i efikasnost pravosudnog sustava, te mislim da ga se više ne smijemo ignorirati. Ovime zapravo dolazimo na slijedeću točku utjecaja zastare.

Društvo u cjelini. Bihevoristi su isticali da je racionalnost svakog ljudskog ponašanja u relaciji $S \rightarrow R$, odnosno da neki stimulus uzrokuje neki respons. Ovo se mišljenje s vremenom drugačije shvatilo, te se u novijoj bihevorionalnoj teoriji ističe: „Ne ponaša se čovjek zbog stimulusa koji bi prethodio ponašanju, nego se često ponaša zbog posljedica koje su slijedile slično ponašanje u prošlosti, tako da stimulus ne prethodi responsu, nego slijedi iza njega.“⁸² Problem koji uočavamo u ovome je jednostavan: gdje nema jasnog i neizbježnog responsa, potpuna iluzornost postojanja generalnoproventivne svrhe je nužna posljedica. Javno mnijenje već pokazuje djelovanje sukladno pavlovljevom refleksu: ne bojimo se činiti prekršaje ili blaža kaznena djela, jer će ionako otići u zastaru. Situacija je drugačija sa težim kaznenim djelima, no to ne možemo smatrati uspjehom. Neupitna je i poražavajuća činjenica da je svojom nedovoljno efikasnom represijom pravosudni sustav iz društvene svijesti počeo brisati pojam neizbježne kazne i zabranjenosti određenog ponašanja.

Zbog obima ovoga rada nažalost ne mogu dublje ulaziti u problem grupnog ponašanja, kao problema prvenstveno socijalne psihologije, no svejednako ističem problem formiranja negativne društvene svijesti, i samim time, neostvarenja generalnoproventivne svrhe kao naše stvarnosti.

Počinitelj. Kroz pitanje afirmacije pripadnosti počinitelja društvu i hegelovskog prava na kaznu, velikim sam dijelom već obuhvatila problematiku utjecaja zastare na počinitelja. Specijalnoproventivno je relevantno istaknuti također, kako sa gledišta teorije psihološke prisile tako i sa bihevoralističkog stajališta, razorno djelovanje neizvjesnosti kazne na ponašanje počinitelja u budućnosti. Kao što ističe Jefferey: „Ako neomiljene posljedice djela kontroliraju ponašanje, tada do ponašanja ne dolazi. Ako kradljivac smatra da će posljedice njegovog akta biti da bude ubijen ili uhapšen, on u toj posebnoj situaciji neće ukra-“⁸³ Negativna se uloga zastare očituje dvostruko: ne samo kroz ništenje neizbježnosti kazne, i samim time ohrabivanjem recidivizma⁸⁴, već i kroz poruku počinitelju da njegovi

⁸¹ Ibid.

⁸² C. R. JEFFERY, Criminal behaviour and learning theory, The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, 03/1965, 56, str. 300.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Beccaria: „Najsigurniji način da se spriječe zločini nije uvođenje okrutnih kazni, već njihova neizbježnost i dosljedno tome budnost državnih organa.. Prema: BECCARIA, op. cit. (bilj. 24).

postupci imaju manju važnost od procesnog oportuniteta, što sam već spomenula da smatram klasičnom Dürkheimovom anomijom zamjene uloga cilja i sredstva.

Utjecaj na način funkcioniranja pravosudnog sustava. Najkritičnija točka svakog problema nije njegovo puko postojanje, već činjenica da su ljudi skloni naviknuti se na nešto neispravno, i prihvatiti to, ako se učestalo pojavljuje, kao ispravno. Ono što se u Republici Hrvatskoj (i drugdje) nažalost događa, jest da je zastara od iznimke postala pravilnost. Profesionalna etika pravnika je elastična, a korištenje slabosti sustava umjesto rada na njegovom poboljšanju postaje svakodnevnica. Suci su, unatoč mogućnosti koju im Zakon o kaznenom postupku u pogledu novčanog ili čak kažnjavanja pritvorom daje, navikli na nedisciplinirano ponašanje i neskloni oštro reagirati, što bi zasigurno povećalo disciplinu sudionika. Daljnja odgađanja u konačnosti dovode, kroz konstantno smanjenje mogućnosti dokazivanja, i do apsolutne zastare, te potpuno izigrane maksime o pravdi i pravičnosti. Kratkoročne infuzije, poput povećanja najmanjeg zastarnog roka (sa dvije na tri godine), nisu rješenje. Reforma jest nužna, i stoga treba početi od prihvaćanja činjenice da ono što neki institut jest svojim faktom, nije nužno najbolje rješenje. Činjenica navike na postojeće stanje ne umanjuje odgovornost svih nas da ga mijenjamo kad uočimo da ne valja.

Zaključno: je li aktualni institut zastare u RH moralno opravdan? *Summa summarum* dosad izloženog očito pokazuje da postojeće zakonodavno rješenje smatram moralno neopravdanim. Opća je zastara, bez individualizacije u sferi respektiranja promjene u počinitelju, i sama po sebi moralno vrlo upitna, no dodamo li na to realno stanje hrvatskog pravosudnog sustava i ono što je zastara praktično u njemu postala, moralna se neopravdanost čini glasnijom od bilo kakvog zahtjeva za procesnim oportunitetom. Razoran utjecaj koji hipertrofirala zastara ima kako na žrtvu, tako i počinitelja, javno mnijenje te funkcioniranje pravosudnog sustava u cjelini, transparentno postavlja pitanje kome to zapravo ide u korist? Stoga zaključujem da se na zastaru kao institut procesne nužde, u smislu izraza potrebe da pravosudni sustav ipak u potpunosti ne zamre pod teretom velikog broja slučajeva, moglo (i moralo) pristati, no kao na opću pravilnost i u praksi najčešći razlog oslobođenja od kazne, ma kako mi to drugačije u teoriji zvali⁸⁵, nikako nije. Stoga preispitivanje uloge ovoga instituta i njegove praktične zloupotrebe smatram ne samo potrebnim, nego i nužnim za jednu državu vladavine prava.

6. Zaključak

Teško je napraviti sukus koji bi barem približno jednako antinomijski izrazio moje zaključke, koliko su antinomijski bili trenuci njihova stvaranja. Ipak ću pokušati iskristalizirati nekoliko njih.

Kriminalnopolitički razlozi uvođenja zastare postavili su ovome institutu ciljeve koji su danas mahom iznevjereni. Od materijalnopravnog instituta respektiranja promjene u počinitelju zastara je postala instrument procesnog oportuniteta, u nedopušteno prevelikom opsegu. Mnogi kvalitetni mehanizmi preispitivanja ispunjenja svrhe kažnjavanja izgubili su se s vremenom. Razlike u kaznenopravnim sustavima diljem svijeta svjedoče činjenici da je kontekstualna prilagodba *ultima ratio* svakog instituta, no to ne znači da je svaka ona, samim time jer jest, i dobra i pohvalna. U ovome sam smislu na puno mjesta isticala nužnost reforme sustava, i njegove najkritičnije točke. Svjesna ograničenja koja postoje, svejedno ističem akvizitornu zastaru kao povijesno najbolji i moralno jedini opravdan primjer, koji Hrvatskoj nije nepoznat. Istina jest da bi u primjenu takvog instituta trebalo uložiti puno više rada i truda nego što je potrebno ulagati za primjenu postojećeg rješenja, no to ne znači da se koraci prema njemu ne bi trebali napraviti.

⁸⁵ Odbijajućom presudom (op.a.).

Na pitanje je li zastara moralno opravdana odgovorila sam dvostruko. Zastara izvršenja kazne može biti moralno opravdana, ako su se u njenoj primjeni koristili akvizitorni principi, te ako je ona nastupila kao beneficij počinitelju koji jest s vremenom pokazao da se promijenio. No ako ju koristimo kao opće procesno sredstvo, bez ikakve individualizacije i respektiranja svrhe kažnjavanja, ona se pretvara u svoju suprotnost, otvara vrata privatnim osvetama, i ruši povjerenje u pravosudni sustav i pravnu državu. Čak i ako zastupamo stajalište da je zastara institut donesen radi funkcioniranja pravnog sustava, svejedno i to povlači zaključak da se onda ne bi smio koristiti kao sredstvo inhibiranja postojanja istog.

Zastaru kaznenog progona smatram moralno neopravdanom, ne samo stoga što držim da bi društvenu reakciju na počinjeno kazneno djelo trebalo pokazati, makar i samo nominalnim izričajem je li netko kriv ili ne, već i stoga što je pravo svakog pojedinca biti dio društva, i stoga biti izveden pred sud kada se pripadnost njemu dovede u pitanje. U ovom aspektu u potpunosti slijedim radikalne stavove Hegela i Franka.

Svoje pravnofilozofsko razmatranje ću završiti u obliku dvaju pitanja. Imajući na umu da je u vremenu u kojem živimo nemoguće da silovana djevojka prestane u očima društva biti silovana djevojka nakon 10 godina, prvo završno pitanje jest kako to da silovatelj može prestati bit silovatelj u istom periodu u očima pravosudnog sustava? Drugo je pitanje čvrsto vezano za postavke profesionalne etike pravničke profesije, i prilično intimno pristupa svakom subjektu provođenja vladavine prava, a glasi: primamo li doista ponosno na znanje činjenicu da smo Justiciji, uz povez preko očiju, u ruke stavili i štopericu?

Summary

In this paper the author focuses on theoretical and practical aspects of statute of limitations in criminal substantial and criminal procedural law. The paper consists both of - historical and philosophical consideration, but also practical aspects of the statute in Croatian substantive criminal legislation and jurisdiction, point out the most critical issues that should be reconsidered and changed in legislation.

Moreover, the author has taken the opportunity to point out the importance of moral aspects and state responsibility, when certain disfunctionalism in reaching justice occurs. The role of individual approach in prosecuting and punishing is crucial here, and the author endorses the statute of limitations only if it is subjected to the person who demonstrates rehabilitation.

Within legal, moral, and philosophical doubts presented, the author finally concludes with a question: if justice is already blind, are we allowed to force it to hold a stopwatch too?

Key words: statute of limitations, philosophy of law, criminal law