

Europski uhidbeni nalog i uloga zastare u postupku predaje: kritički osvrt na sudsku praksu iz teorijskog i praktičnog kuta

UDK: 343.125(4)EU

341.44(4)EU

341.176:341.44(4)EU

Sažetak

U sljedećem radu iz teorijskog i praktičnog kuta autor potkrepljuje tezu kako nastup zastare po čl. 20. st. 2. t. 7. ZPSKS-EU-a predstavlja razlog za odbijanje priznanja europskog uhidbenog naloga u slučaju isključenja obostrane kažnjivosti. Uvodno autor povijesnim pregledom kronološki prikazuje razvoj instituta europskog uhidbenog naloga te radi dubljeg razumijevanja problematike izlaže i cilj i svrhu te, uz poseban osvrt na apsolutne i relativne razloge za odbijanje priznanja, odnosno izvršenja, definira značenje europskog uhidbenog naloga. Posebna pozornost posvećena je razradi značenja i djelokruga načela obostrane kažnjivosti, odnosno onoga što se supsumira pod čl. 10. st. 1. ZPSKS-EU-a, odnosno čl. 2. st. 2. Okvirne odluke, kako bi se s potpunim razumijevanjem pojmova pristupilo temelju rada: analizi odluke, odnosno stajališta Vrhovnog suda RH te, pomoću usporedne metode, provedenog istraživanja pravne prakse visokih sudova određenih država članica. Autor rad završava zaključkom o postojanju sporne i na pozitivnim propisima neutemeljene odluke Vrhovnog suda RH.

Ključne riječi: europski uhidbeni nalog, institut zastare, načelo obostrane kažnjivosti

1. Uvod

Svjedoci smo postojanja različitih metoda tumačenja prava. Jasno je da idealne nema te da svaka od njih ima svoje prednosti i nedostatke. Međutim, konačni sud o značenju određene norme daje isključivo sud, a na to metode tumačenja i subjektivna mišljenja ostalih nisu od neposrednog utjecaja. Razlozi za prethodno istaknuto leže u bespomoćnosti zakonodavca¹, državnih institucija, kolega pravnika i ostalih u slučaju odluka najviših sudova, bile one po mišljenju svih utemeljene na pozitivnim propisima ili ne. U radu analizirat ću odluku, odnosno pravni stav Vrhovnog suda Republike Hrvatska (dalje u tekstu: Vrhovni sud RH), koji kao najviši sud Republike Hrvatske donosi konačne odluke protiv

¹ Prvenstveno zbog zabrane retroaktivne primjene zakona. Zakonodavac promjenom zakona može utjecati na odluke najviših sudova *pro futuro*.

kjih u pravilu nema pravnih lijekova. Konkretnije, iz teorijskog i praktičnog kuta kritički ću se osvrnuti na pravni stav Vrhovnog suda RH koji je definitivno sporan iz razloga što kako u sudstvu i akademskoj zajednici, pa tako i široj javnosti postoje neslaganja i dijametralno suprotna mišljenja. Iako nije sporno da je institut zastare sukladno pozitivnim propisima RH razlog za obvezatno odbijanje europskog uhidbenog naloga (engl. *The European Arrest Warrant*, skr. EWA), postoji prijedor o tome je li zastara razlog za obvezatno odbijanje kada se za određena kaznena djela isključuje provjera obostrane kažnjivosti. Dakle, predmet rada bit će utvrditi osnovanost teze kako je prema odredbama Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije² (dalje u tekstu: ZP-SKS-EU) nastup zastare po domaćem pravu uvijek razlog za odbijanje predaje sukladno institutu europskog uhidbenog naloga te prikazati kako je Vrhovni sud RH svojom odlukom, osim što nije postigao svrhu koja se ZPSKS-EU-om željela postići³, hrvatske državljanke, odnosno sve fizičke osobe koje se zateknu na području Hrvatske neopravdano doveo u neravnotežan položaj.

1.1. Problematika

Pitanje europskog uhidbenog naloga i zastare kao prepreke, odnosno ne prepreke predaje⁴, važno je za postojanje pravne sigurnosti na području Hrvatske, ali i cijele Europske unije. Pravne sigurnosti definitivno nema ako sudovi ne sude na temelju pozitivnih propisa, i.e. ako se ne primjenjuju propisi Europske unije te ako nema jednake primjene zakona, odnosno ako od države članice ovisi kako će se tumačiti određene odredbe, čiji je širi cilj upravo pravna harmonizacija na području zajednice. O osjetljivosti pravnog pitanja izručenja, odnosno predaje putem instituta europskog uhidbenog naloga govore promjene ustava određenih država članica čije su odredbe propisivale zabranu izručenja vlastitih državljanika.⁵ Generalno, predmetno pitanje rada relevantno je za sve hrvatske državljanke, ali i državljanke Europske unije (engl. *European citizens*) koji se zateknu na području Republike Hrvatske. No u prvom redu, pitanje je relevantno za određene hrvatske državljanke (vidi *infra* 2.2.2.2.1.) koji su iako je *de lege lata* nastupila zastara, predane državama članicama.

Pri rješavanju pitanja europskog uhidbenog naloga i zastare kao prepreke, odnosno ne prepreke izvršenja naloga, sporno je tumačenje određenih odredbi ZPSKS-EU-a⁶, implementirane u hrvatsko zakonodavstvo na temelju Okvirne odluke Vijeća EU 2002/584/PUP od 13. lipnja 2002. o Europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica⁷ (dalje u tekstu: Okvirna odluka). Preciznije, sporno je tumačenje čl. 10. ZPSKS-EU-a kojim su izričito, odnosno taksativno propisana kaznena djela prilikom kojih nadležna tijela izvršavaju zaprimljenu odluku bez provjeravanja obostrane kažnjivosti (engl.

² Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije NN 91/10, 81/13, 124/13

³ Zaštita vlastitih državljanika od predaje.

⁴ Prema institutu europskog uhidbenog naloga izručenje se zamjenjuje predajom.

⁵ Primjer ustavne zabrane izručenja vlastitih državljanika nalazili smo, osim kod nas (vidi *infra* 2.1.3.), i u nekim europskim državama kao što su Njemačka, Poljska ili Cipar (vidi *infra* 2.1.1.) što je za posljedicu iziskivalo potrebu promjene ustavnih odredbi radi implementacije instituta sukladno *acquis communautaire* (engl. *The Community acquis*). Drugačiji primjer zabrane ima npr. Srbija, koja zabranu izručenja vlastitih državljanika propisuje zakonom kojim propisuje postupovne kaznene odredbe.

⁶ Valja naglasiti kako je ZPSKS-EU sadržajem širi od Okvirne odluke i obuhvaća i druge institute pravosudne suradnje. Zakon dostupan na internetskoj adresi: www.nn.hr

⁷ Postoji obveza interpretacije nacionalnog prava u skladu s pravom EU. Okvirna odluka nema izravni učinak (propisuje i čl. K. 6. Ugovora iz Amsterdama - stupio na snagu 1. svibnja 1999. godine), međutim nacionalni sudovi su obvezni pri interpretaciji nacionalnog prava postići rezultat koji određena okvirna odluka propisuje, čak i ako je država članica suda nije provela u nacionalno pravo. Prema predmetu C-105/03 *Pupino* [2005] ECR I-5285. Okvirna odluka dostupna na internetskoj adresi: <http://eur-lex.europa.eu>

The principle of double criminality) te čl. 20. st. 2. kojim su propisani razlozi za obavezno odbijanje izvršenja europskog uhidbenog naloga. Dakle, rad bi nas trebao dovesti do odgovora na sljedeće pitanje: je li zastara apsolutna smetnja izvršenja europskog uhidbenog naloga kod svih kaznenih djela ili samo kod kaznenih djela koje nisu taksativno navedena u čl. 10. ZPSKS-EU-a? Smatram da je za rješenje problematike, i.e. dolaska do odgovora na pitanje nužno istražiti značenje i djelokrug načela obostrane kažnjivosti, odnosno onoga što to načelo predstavlja i obuhvaća iz europske i hrvatske perspektive, analizirati pozitivne propise i odluke najviših sudova koje se odnose na to pitanje te primjenjujući komparativnu metodu istražiti konkretna sudska rješenja ovog pitanja u Hrvatskoj i u određenim državama članicama. Radi svrhovitosti i razjašnjenja pojmova u osnovnim crtama ću se osvrnuti i na razvoj, cilj i svrhu instituta europskog uhidbenog naloga.

2. Glavni dio

2.1. Europski uhidbeni nalog

2.1.1. Povijest i razvoj instituta

Međunarodna kaznenopravna pomoć (međunarodna pravna pomoć u kaznenim stvarima) predstavlja skup radnji i mjera koje poduzimaju tijela kaznenog postupka jedne države na zahtjev druge države radi omogućavanja kaznenog progona, suđenja ili izvršenja kazne u nekom kaznenom predmetu.⁸ Prema definiciji očita je vidljivost međunarodnog elementa, odnosno za postojanje međunarodne pravne pomoći ključno je postojanje međunarodnog elementa u odnosu njezinih subjekata. Kao predmet međunarodne kaznenopravne pomoći pojavljuju se različite pojedinačne radnje: dostava pismena, molba za provođenje kroz Republiku Hrvatsku⁹, izvođenje dokaza, europski uhidbeni nalog i postupak predaje, ali ne i samo donošenje meritorne odluke¹⁰, ispitivanje svjedoka, ekstradicija, itd. Ekstradicija (*lat. extraditio*: izručenje) je predaja počinitelja kaznenog djela od strane jedne države drugoj državi (izručenje) da bi mu se u toj državi sudilo ili da bi u njoj izdržavao kaznu, ako je već osuđen.¹¹ Postupak izručenja radi vođenja kaznenog postupka ili izvršenja kazne zatvora u Europi se prije donošenja Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu temeljio na Europskoj konvenciji o izručenju iz 1957. godine¹² donesenoj u okviru Vijeća Europe.¹³ Suradnja se razvijala na temelju suradnje izvršne vlasti i na sljedećim načelima: načelu uzajamnosti (vidi *infra* 2.2.1.2.), načelu dvostruke kažnjivosti (vidi *infra* 2.2.1.2.) i na načelu specijalnosti.¹⁴ Izručenje je bilo suvereni akt državne vlasti, postupak izručenja bio je upravne prirode, a vodio se preko nadležnih ministarstava (najčešće ministarstva vanjskih poslova).¹⁵ U pravilu, postupci izručenja pokretali su se molbom koja se upućivala diplomatskim putem. S obzirom na brojne pretpostavke i.e. uvjete, odnosno smetnje za dopustivost izručenja¹⁶ i, po prirodi, sporost diplomatskog puta, postupci su bili kompleksni,

⁸ D. KRAPAC, *Međunarodna kaznenopravna pomoć*, Zagreb, 2006., str. 3.

⁹ Čl. 37. ZPSKS-EU.

¹⁰ Prema mišljenju: Š. PAVLOVIĆ, „Međunarodna pravna pomoć u kaznenim stvarima i europski uhidbeni nalog“, *Odvjetnik*, Zagreb, 5,6/2014., str. 6.

¹¹ M. VIDA KOVIĆ MUKIĆ, *Opći pravni rječnik*, Zagreb, 2006, str. 202.

¹² Izmijenjena i dopunjena dvama dopunskim protokolima od 15. listopada 1975. te 17. ožujka 1978.

¹³ Z. DURĐEVIĆ, „Europski sud pravde i legitimitet Europskog uhidbenog naloga“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 14-2/2007., str. 1022.

¹⁴ Prema načelu specijalnosti država moliteljica može kazneno goniti ili kazniti određenu osobu samo za ona kaznena djela za koja je zamoljena država odobrila izručenje.

¹⁵ Z. DURĐEVIĆ, 2007., Op. cit., str. 1022.

¹⁶ Postoje pozitivne i negativne pretpostavke. Primjer pozitivnih: uzajamnost, obostrana kažnjivost, itd.. Primjer negativnih: državljanstvo i pravo azila, procesne smetnje, itd.

skupi i neefikasni. Također, kao nedostatak tadašnjeg sustava treba istaknuti i različitost pretpostavaka, ali i procesnog prava vezanog za izručenje¹⁷ te nepostojanje sankcije za neizručenje. Osim toga, postupak je bio političke naravi i izručenje nije *stricto sensu* ovisilo o prisilnim propisima. Sve navedeno ukazivalo je na potrebu promjene sustava u efikasniji, sigurniji i ekonomičniji. Nakon stupanja na snagu drugog Schengenskog sporazuma 1. rujna 1993.godine¹⁸, kojim je osigurana neposredna sloboda kretanja radnika kao jedno od četiri tržišnih sloboda Europske unije¹⁹, a posredno i ostalih sloboda, čelnici država članica prepoznali su potrebu promjene postojećih propisa o izručenju. Tako su pravni režim izručenje regulirali osim Konvencijom o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985.godine²⁰ i Konvencijom o pojednostavljenom postupku izručenja između država članica Europske unije iz 1995. godine te Konvencijom koja se odnosi na izručenje između država članica Europske unije iz 1996. godine. Međutim, konvencije iz 1995. i 1996. se nisu pokazale kao učinkovit pravni instrument za postizanje željenih ciljeva i.e. promjene tradicionalnog sistema izručenja²¹, jer su, u prvom redu, sadržavale rezerve u odnosu na politička kaznena dijela i izručenje vlastitih državljana te je s obzirom na pravnu narav konvencije, za obvezatnost primjene bila potrebna ratifikacija.²² Problem porasta broja zahtjeva za izručenjem osumnjičenih i osuđenih osoba koje je jedna država članica upućivala drugoj nije se, usprkos svim nastojanjima, mogao riješiti unutar postojećih pravnih okvira.²³ Prvi poticaj za promjenom sustava i usvajanjem načela uzajamnog priznanja (engl. *Mutual recognition*)²⁴ istaknut je na sastanku Europskog Vijeća 15. i 16. lipnja 1998. godine u Cardiffu²⁵. Ponovno o istoj ideji je raspravljano na sastanku Europskog Vijeća u Tampereu u listopadu 1999. godine, gdje su članovi Vijeća u okvirima razgovora o slobodi, sigurnosti i pravdi u Europskoj uniji, a posebno u okviru pravde, zaključili o nužnosti adaptacije načela uzajamnog priznavanja kako bi se olakšala suradnja između članica i zaštitila pojedinačna prava njezinih građana.²⁶ Posebno u točki 35. zaključili su kako bi formalan postupak izručivanja trebao biti ukinut u odnosu na osobe kojima je izrečena pravomoćna presuda, a postupci za izručenje biti ubrzani u odnosu na osobe osumnjičene za počinjenje kazne-

¹⁷ U prvom redu razlika *civil* i *common law* sustava.

¹⁸ Nakon osiguranja nužnih i tehničkih uvjeta Konvencija je u praktičnom smislu stupila na snagu tek 13. ožujka 1995. godine.

¹⁹ Bitni dio unutarnjeg tržišta Europske unije su 4 tržišne slobode: sloboda kretanja robe, sloboda pružanja usluga, sloboda kretanja radnika i sloboda kretanja kapitala.

²⁰ Odredbe glave III. se odnose na izručenje.

²¹ Tako točka 11. preambule Okvirne odluke.

²² Ratifikacija međunarodnih ugovora – akt kojim država daje svoj pristanak da bude obvezana međunarodnim ugovora. Prema: M. VIDAKOVIĆ MUKIĆ, Op. cit., 2006., str. 977.

²³ Z. BURIĆ, „Europski uhidbeni nalog“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, 14-1/2007., str. 219.

²⁴ Kada određena odluka ostvari svoja ovlaštenja u jednoj državi članici, tada će ta odluka biti automatski prihvaćena i imati jednak ili barem jednak učinak u svim državama članicama. Prema konačnoj komunikaciji između Parlamenta i Vijeća. Dostupno na internetskoj adresi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52000DC0495>. Nadalje, odlukom C-388/08 *Leymann and Pustovarov* [2008] ECR I-8993 se određuje kako načelo međusobnog priznanja znači da su države članice u pravilu dužne postupiti po izdanom europskom uhidbenom nalogu. Prema čl. 82. UFEU pravosudna suradnja u kaznenim stvarima u Uniji temelji se na načelu uzajamnog priznanja presuda i sudskih odluka te uključuje usklađivanje zakona i drugih propisa država članica u područjima iz stavka 2. i članka 83. Više o načelu uzajamnog priznanja odluka kaznenog prava: Jégouzo, I., „1. Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne“, *Revue internationale de droit pénal*, 10. listopad 2014., dostupno na internetskoj adresi: www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-1-page-97.htm.

²⁵ Dostupno na internetskoj adresi: <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX:32001Y0115%2802%29>

²⁶ Zaključak sastanka u Tampereu dostupan na internetskoj adresi: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm

nih djela. Ugovorom iz Amsterdama od 1997. godine²⁷ uvedena je Okvirna odluka (engl. *Framework decision*) kao pravni instrument Europske unije te je Vijeće ministra iskoristilo nov instrument trećeg stupa i, nakon neuspjeha s ratifikacijom konvencija, donijelo 13. lipnja 2002. godine Okvirnu odluku o europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica.²⁸ Europski uhidbeni nalog je definitivno predstavljao radikalnu promjenu sustava sudske suradnje u kaznenim stvarima. Europski uhidbeni nalog prihvaćen je u okvirima tadašnjeg trećeg stupa²⁹, koji je Ugovorom iz Amsterdama postao isključivo kaznenopravni. Do travnja 2005. godine države članice su implementirale Okvirnu odluku. Međutim, pred ustavnim sudovima država članica ubrzo su počeli postupci ocjene ustavnosti provedbenih zakona s ustavima država članica. Prvo je 27. travnja 2005. godine poljski Ustavni sud poništio provedbu Okvirne odluke zbog suprotnosti Okvirne odluke s odredbom poljskog Ustava o neizručenju vlastitih državljana.³⁰ Nakon toga isto je učinjeno i u Njemačkoj³¹, Cipru³² te drugim državama članicama.³³ Posljednja prepreka „preskočena“ je 3. svibnja. 2007. godine kada je Sud Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU) potvrdio sukladnost Okvirne odluke s *aquis communitare* Europske unije.³⁴ Konačno, Lisabonskim ugovorom ukidaju se tri stupa Europske unije te se određuje nova kaznenopravna nadležnost Europske unije u postupovnom i materijalnom smislu.³⁵ Razvoj instituta u Republici Hrvatskoj zaključen je donošenjem ZPSKS-EU-a kojeg je Hrvatski sabor donio na sjednici 9. srpnja 2010. godine, a koji je stupio na snagu 1. srpnja 2013. godine na dan ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju, sukladno obvezi Republike Hrvatske kao nove pu-
nopravne članice Europske unije.³⁶

2.1.2. Cilj i svrha

Nakon stupanja na snagu drugog Schengenskog sporazuma 1993. godine ukinute su granične kontrole na unutarnjim granicama između država članica. Međutim, nacionalne granice nisu ukinute za nacionalna tijela vlasti i pravosuđe, a kaznenopravna zaštita kao i kaznenopravna prisila ostala je u nacionalnim okvirima.³⁷ To je značilo da sloboda građana Europske unije, koja uključuje slobodu kretanja na području EU, ne postoji pod jednakim

²⁷ Dostupan na internetskoj adresi: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_hr.htm

²⁸ Prema mišljenju J.H.H. WEILLER, Z. BURIĆ, i H. FILIPOVIĆ utjecaj na donošenje odluke je imao i teroristički napad na SAD 11. rujna 2001. godine.

²⁹ Više o tome: T. ČAPETA; S. RODIN, *Osnove prava Europske unije*, Zagreb, 2010.

³⁰ Uvidjevši moguće posljedice odredio je rok od 18. mjeseci za odgodu odluke u cilju promjene Ustava. Promjena Ustava je izvršena u roku i Poljska je time ispunila pretpostavke za implementaciju Okvirne odluke.

³¹ Osim toga, njemački Federalni ustavni sud utjecao je na pravo EU i sljedećim važnim presudama: Solange I i II, Maastricht i Banana dispute.

³² *Attorney-General vs. Konstantinou*, broj: 294/2005., The Supreme Court, Cyprus, 7. studeni 2005.

³³ Češki Ustavni sud je odredio da, premda Češki Ustav zabranjuje izručenje vlastitih državljana, je Češka dužna izvršiti određene obveze preuzete ulaskom u Europsku uniju te smatra kako su potrebi standardi zaštite ljudskih prava i sloboda osigurani u svim državama članicama EU u jednakoj mjeri kao u Češkoj. Drugačije stajalište zauzela je Francuska, koja razlikuje postupak izručenja (na što se odnose odredbe o zabrani izručenja) i predaju putem europskog uhidbenog naloga.

³⁴ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633. Više o tome: Z. DURĐEVIĆ, Op. cit., 2007., str. 1021.-1028.

³⁵ Od 1. srpnja 1993. do 1. prosinca 2009. godine struktura Europske unije se prikazivala putem tri stupa. Prvi stup je obuhvaćao Europsku zajednicu, drugi zajedničku vanjsku i unutarnju politiku, a treći policijsku i sudsku suradnju u kaznenim stvarima. Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona (koji je stupio na snagu 1. prosinca 2009. godine) dolazi do promjena, odnosno smanjenja razlika između tri stupa, a pogotovo između prvog i trećeg stupa. Više o tome: T. ČAPETA; S. RODIN, Op. cit., 2010.

³⁶ O pitanju izručenja, odnosno predaje ZPSKS-EU ima značenje *lex specialis*, dok se odredbe Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima (NN178/04) primjenjuju kao *lex generalis*.

³⁷ Z. DURĐEVIĆ, Op. cit. 2007., str. 1022.

sigurnosnim uvjetima i s jednakom mogućnošću ostvarivanja pravde.³⁸ Svrha europskog uhidbenog naloga je stvoriti jedno jedinstveno europsko područje izručenja te uspostaviti, barem za najozbiljnija kaznena djela, "predajne ugovore" koje se temelje na načelu uzajamnog priznanja i trenutnog djelovanja naloga od strane države nalagodavca.³⁹

Nadalje, u preambuli Okvirne odluke istaknuto je kako bi u odnosima između država članica, europski uhidbeni nalog trebao zamijeniti sve prethodne instrumente o izručenju te se i tom odredbom definira sama svrha europskog uhidbenog naloga.⁴⁰ Međutim, preciznije, cilj europskog uhidbenog naloga je na temelju poštivanja temeljnih prava i načela⁴¹, u skladu s načelom uzajamnog priznanja⁴² i u skladu s ciljem Europske unije da postane područjem slobode, sigurnosti i pravde⁴³, promijeniti multilateralno izručenje osoba utemeljeno na Europskoj konvenciji o izručenju iz 13. prosinca 1957. godine. Znači, želja za uklanjanjem formalnosti, odnosno ukidanjem zamršenosti i opasnosti od kašnjenja u postupku izručenja dovela je do Okvirne odluke odnosno instituta europskog uhidbenog naloga. U preambuli Okvirne odluke posebno je naglašeno kako se Okvirna odluka temelji na, odnosno poštuje temeljna prava (engl. *Fundamental rights*) i načela priznata u čl. 6. Ugovora o Europskoj uniji⁴⁴ koja se održavaju i u Povelji o temeljnim pravima Europske unije (engl. *Charter of Fundamental Rights of the European Union* - dalje u tekstu: Povelja)⁴⁵, a posebno u njezinom poglavlju VI. Značajno je što se upravo u članku 6. UEU Povelji priznaje značenje primarnog izvora prava Europske unije, odnosno priznaje joj se jednaka pravna snaga kao Ugovorima⁴⁶, te kako se istim određuje pristupanje Europske unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁴⁷. Dakle, odredbom se posebno naglašava suglasnost Okvirne odluke s dva temeljna europska dokumenta o temeljnim pravima. Nadalje, u preambuli Okvirne odluke posebno je naglašena suglasnost Okvirne odluke s načelom zabrane protjerivanja (engl. *non-refoulement*)⁴⁸ kao općim načelom međunarodnog prava.⁴⁹

U odnosu na institut izručenja, europski uhidbeni nalog je uveo određene promjene. Krapac⁵⁰ je novote izložio na sljedeći način:

³⁸ *Ibid.* str. 1022.

³⁹ Izraženi u Programu mjera za implementiranje načela uzajamnog priznanja u kaznenim stvarima. Donesenim na temelju točke 37. Zaključka Europskog Vijeća u Tampereu. Dostupno na internetskoj adresi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001Y0115%2802%29>

⁴⁰ Tako točka 11. preambule Okvirne odluke.

⁴¹ Izražena u čl. 6. Ugovora o Europskoj uniji (UEU) i Povelji o temeljnim pravima EU. Tako točka 12. preambule Okvirne odluke.

⁴² Utemeljenog na visokoj razini povjerenja između država članica. Koja se temelji na zajedničkim vrijednostima kao što su sloboda, demokracija, poštivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda te vladavine prava.

⁴³ Stvaranje područja slobode, sigurnosti i pravde kao ciljeva Europske unije je koncept prvi puta uveden Ugovorom iz Amsterdama. Danas dio UEU-a.

⁴⁴ Bivši čl. 6. UEU-a.

⁴⁵ Donesena 7. prosinca 2000. godine, a postala pravno obvezujuća 1. prosinca 2009. godine čl. 6. st. 1. UEU.

⁴⁶ UEU i UFEU.

⁴⁷ Donesena u okviru Vijeća Europe 4. studenog 1950. godine. Dostupna na internetskoj adresi na hrvatskom jeziku: <http://www.zakon.hr/z/364/%28Europska%29-Konvencija-za-za%C5%A1titu-ljudskih-prava-i-temeljnih-sloboda>

⁴⁸ Odredba Okvirne odluke koja se odnosi na načelo zabrane protjerivanja glasi: Ništa u ovoj Okvirnoj odluci ne smije se tumačiti kao zabrana odbijanja predaje osobe za kojom je izdan europski uhidbeni nalog, ako postoji razlog za uvjerenje, na temelju objektivnih elemenata, da je spomenuti uhidbeni nalog izdan u svrhe progona ili kažnjavanja osobe zbog njezina spola, rase, vjere, etničkog podrijetla, državljanstva, jezika, političkih uvjerenja ili spolnog usmjerenja, ili ako bi položaj te osobe mogao biti ugrožen zbog bilo kojega od tih razloga.

⁴⁹ Više o načelu zabrane protjerivanja: K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerpen, 2009.

⁵⁰ D. KARPAC, Op. cit., 2006., str. 92-94.

- a. izručenje zamjenjuje predajom od strane ovršne sudbene vlasti
- b. ukidaju se načela ekstradicijskog prava (npr. zabrana izručenja za politička kaznena djela, zabrana izručenja vlastitih državljana)
- c. mijenjaju određena pravila ekstradicijskog prava (pravilo obostrane kažnjivosti)
- d. ograničavaju se prava načela ekstradicijskog prava (npr. načelo uzajamnosti se dopušta samo kod kaznenih djela koja su počinjena izvan teritorija država izdavanja naloga a pravo zemlje izvršenja ne dopušta kazneni progon)
- e. postupak se izvršenja stranog sudbenog naloga za predajom tražene osobe znatno pojednostavljuje u usporedbi s "klasičnom" ekstradicijom.

Osim svega navedenog, u preambuli Okvirne odluke se kao cilj navodi i uvođenje sustava slobodnog protoka sudskih odluka u kaznenim stvarima, što znači ukidanje tradicionalnog, formalnog oblika suradnje i, prvenstveno utemeljeno na načelu uzajamnog priznanja, uvođenje efikasnijeg modela suradnje među državama članicama. Sukladno izloženim, može se zaključiti o institutu europskog uhidbenog naloga kao radikalnom koraku članica Europske unije kojim je definitivno produbljena suradnja u kaznenopravnim stvarima radi stvaranja područja slobode, sigurnosti i pravde te, naposljetku, prevencije i zaštite državljana EU od ponašanja koja predstavljaju kaznena djela.

2.1.3. Europski uhidbeni nalog

Odredbe o primjeni nacionalnog kaznenog zakonodavstva za kaznena djela nalaze se u odredbe od čl. 10. do čl. 18. Kaznenog zakona⁵¹ (dalje u tekstu: KZ).⁵² U okviru glave VIII. Ustava Republike Hrvatske⁵³ (dalje u tekstu: Ustav RH) nalaze se ustavne odredbe koje se odnose na Europsku uniju. Člankom 145. st. 2. Ustava RH propisano je kako se pravni akti i odluke koje je Republika Hrvatska prihvatila u institucijama Europske unije primjenjuju u Republici Hrvatskoj u skladu s pravnom stečevinom Europske unije. 2002. godine donesena je Okvirna odluka na temelju koje je ulaskom Hrvatske u Europsku uniju⁵⁴ nastala obveza provođenja u nacionalno pravo, što je i ispunjeno ZPSKS-EU-om koji se počeo primjenjivati od 1. srpnja 2013. godine. Valja naglasiti kako je obveza prihvaćanja instituta europskog uhidbenog naloga imala za posljedicu promjenu odredbe Ustava RH⁵⁵ koja se odnosila na zabranu izručenja vlastitih državljana. Promijenjeni čl. 9. st. 2. Ustava RH sada glasi: „Državljanin Republike Hrvatske ne može biti progan iz Republike Hrvatske niti mu se može oduzeti državljanstvo, a ne može biti niti izručen drugoj državi, osim kad se mora izvršiti odluka o izručenju ili predaji donesena u skladu s međunarodnim ugovorom ili pravnom stečevinom Europske unije.“

Prema čl. 1. Okvirne odluke europski uhidbeni nalog je sudska odluka koju izdaje država članica s ciljem uhićenja i predaje tražene osobe od strane druge države članice, zbog vođenja kaznenog progona, izvršenja kazne zatvora ili naloga za oduzimanje slobode. Nalog u sebi sadržava četiri obveze za državu izvršenja naloga, i to: zahtjev za pomoć u

⁵¹ Kazneni zakon NN 125/11, 144/12

⁵² Primjena kaznenog zakonodavstva za kaznena djela počinjena na području Republike Hrvatske; na brodu ili zrakoplovu Republike Hrvatske; protiv interesa Republike Hrvatske; izvan Republike Hrvatske od strane njezinih državljana; protiv državljana Republike Hrvatske izvan njezina područja; protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom počinjena izvan područja Republike Hrvatske; za ostala kaznena djela počinjena izvan Republike Hrvatske.

⁵³ Ustav RH NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

⁵⁴ 1. srpnja 2013. godine Hrvatska je postala 28. punopravna članica Europske unije.

⁵⁵ Promijenjena odredba je glasila: "Državljanin Republike Hrvatske ne može biti progan iz Republike Hrvatske niti mu se može oduzeti državljanstvo, a ne može biti ni izručen drugoj državi".

potrazi, zahtjev za uhićenje, zahtjev za pritvaranje i predaju tražene osobe.⁵⁶ Obvezatnost postupanja po europskom uhidbenom nalogu, osim iz odredbi Okvirne odluke, proizlazi i iz odluke Europskog suda pravde broj C-388/08⁵⁷ gdje se navodi kako načelo međusobnog priznanja također znači i da su države članice u pravilu dužne postupati po europskom uhidbenom nalogu te da one moraju ili mogu odbiti izvršenje europskog uhidbenog naloga samo u slučajevima navedenima u čl. 3. i 4. Okvirne odluke. Sukladno obvezatnoj pravnoj naravi i provedenoj implementaciji Okvirne odluke od strane država članica, europski uhidbeni nalog postaje temelj pravosudne suradnje u kaznenim stvarima država članica.

U okviru čl. 2. Okvirne odluke predviđena su tri područja primjene europskog uhidbenog naloga. Prvo područje propisano je čl. 2. st. 1. Okvirne odluke⁵⁸, odnosno čl. 17. st. 1. ZPSKS-EU⁵⁹ koji određuje kako europski uhidbeni nalog, osim za djela iz čl. 10 ovog Zakona, nadležno domaće tijelo može izdati i za kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora od u najdužem trajanju od 1 godine zatvora ili više ili je donesena pravomoćna presuda na kaznu zatvora u trajanju od najmanje četiri mjeseca. Drugo područje primjene propisano je čl. 2. st. 2. Okvirne odluke⁶⁰, i.e. čl. 10. ZPSKS-EU koji određuje da ako je u državi izdavanja propisana kazna zatvora ili mjera koja uključuje oduzimanje slobode u najdužem trajanju od tri godine ili više, a u slučaju priznanja strane novčane kazne bez obzira na visinu propisane kazne, nadležno pravosudno tijelo iz članka 7. ovog Zakona izvršit će zaprimljenu odluku stranih pravosudnih tijela iz članka 1. ovog Zakona bez provjeravanja dvostruke kažnjivosti za određena taksativno navedena kažnjiva djela. Katalog ponašanja koja predstavljaju kazneno djelo (dalje u tekstu: Katalog) sadrži sljedeća 32 kaznena djela:⁶¹

- sudjelovanje u zločinačkoj organizaciji,
- terorizam,
- trgovanje ljudima,
- spolno iskorištavanje djece i dječja pornografija,
- nezakonita trgovina opojnim drogama i psihotropnim tvarima,
- nezakonita trgovina oružjem, streljivom i eksplozivnim tvarima,
- korupcija,
- prijevare, uključujući i prijevare koje ugrožavaju financijske interese Europskih zajednica u smislu Konvencije od 26. srpnja 1995. o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica,
- pranje prihoda stečenog kaznenim djelom,
- krivotvorenje novca, uključujući euro,
- računalni kriminalitet,
- kaznena djela protiv okoliša, uključujući ilegalnu trgovinu ugroženim životinjskim i biljnim vrstama,

⁵⁶ I. TURUDIĆ; T. PAVELIN BORZIĆ; I. BUJAS, *Europski uhidbeni nalog s primjerima iz sudske prakse*, Zagreb, 2014., str. 13.

⁵⁷ C-388/08 *Leymann and Pustovarov* [2008] ECR I-8993

⁵⁸ Odredba glasi: „Europski uhidbeni nalog može biti izdan u slučajevima počinjenja djela za koja je, u skladu s pravom države članice koja ga izdaje, propisana najviša kazna zatvora ili oduzimanje slobode od najmanje 12 mjeseci ili za koje je izrečena kazna zatvora ili je izdan nalog za oduzimanje slobode od najmanje 4. mjeseca.“

⁵⁹ Razlika u izričitoj navođenju pravomoćnosti.

⁶⁰ Odredba glasi: “Sljedeća kaznena djela, ako su kažnjiva u skladu s pravom države članice koja izdaje uhidbeni nalog, propisanom najvišom kaznom zatvora ili oduzimanjem slobode od najmanje tri godine i ako su utvrđena pravom države koja izdaje uhidbeni nalog, u skladu s odredbama ove Okvirne odluke i bez provjere dvostruke kažnjivosti djela, predstavljaju razlog za predaju osobe na temelju europskog uhidbenog naloga.”

⁶¹ Jednako u Okvirnoj odluci.

- olakšavanje neovlaštenog prelaska državne granice i boravka,
- ubojstvo, teška tjelesna ozljeda,
- nezakonita trgovina ljudskim organima i tkivom,
- otmica, protupravno oduzimanje slobode i uzimanje talaca,
- rasizam i ksenofobija,
- organizirana ili oružana pljačka,
- nezakonita trgovina kulturnim dobrima, uključujući antikvitetima i umjetničkim djelima,
- prijevare,
- reketarenje i iznuda,
- krivotvorenje i piratstvo proizvoda,
- krivotvorenje i trgovina administrativnim ispravama,
- krivotvorenje različitih oblika sredstava plaćanja,
- nezakonita trgovina hormonskim tvarima i ostalim stimulansima rasta,
- nezakonita trgovina nuklearnim ili radioaktivnim tvarima,
- trgovina ukradenim vozilima,
- silovanje,
- podmetanje požara,
- kaznena djela u nadležnosti Međunarodnog kaznenog suda,
- protupravno oduzimanje zrakoplova ili plovila,
- sabotaza.

Treća situacija propisana je čl. 2. st. 4. Okvirne odluke, njome je određeno da za kaznena djela koja nisu obuhvaćena Katalogom tražena osoba može biti predana pod uvjetom da djela zbog kojih je izdan europski uhiđbeni nalog predstavljaju kazneno djelo u skladu s pravom države članice izvršenja, bez obzira na elemente ili opis kaznenog djela. Navedena odredba Okvirne odluke bila je dio ZPSKS-EU⁶², međutim odredba je promijenjena Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije, koji je Hrvatski sabor donio na sjednici 28. lipnja 2013. godine, te prema trenutno važećem ZPSKS-EU treća situacija *de lege lata* nije moguća.

Okvirnom odlukom, odnosno ZPSKS-EU-om predviđeni su slučajevi kada je moguće odbiti izvršenje europskog uhiđbenog naloga. Okvirnom odlukom razlozi su podijeljeni na razloge za obvezno neizvršenje (apsolutne smetnje) i razloge za moguće neizvršenje europskog uhiđbenog naloga (relativne smetnje) te je samo u tim slučajevima moguće odbiti izvršenje europskog uhiđbenog naloga.⁶³ Razlika između apsolutnih i relativnih smetnji za izvršenje postoji i u ZPSKS-EU, ali je bitno drugačije određena. Postojanje razlika između smetnji za neizvršenje naloga od strane europskog zakonodavca je očekivana, naime vezanost Okvirnom odlukom samo u pogledu cilja ostavlja određeni manevarski prostor nacionalnom zakonodavcu u ostvarenju tog cilja. Tako nacionalni zakonodavci država članica moraju implementirati apsolutne pretpostavke iz Okvirne odluke, dok implementacija relativnih ovisi o njima samima, i.e. o njihovoj procjeni, odnosno odluci, najčešće vođena ciljem zaštite nacionalnih interesa.⁶⁴

Prema Okvirnoj odluci apsolutne smetnje za izvršenje europskog uhiđbenog naloga su:

1. Ako je predmet amnestije u državi članici izvršenja, a ta je država nadležna za progon kaznenog djela u skladu sa svojim kaznenim pravom.

⁶² Zakon o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije NN 91/10

⁶³ C-388/08 *Leymann and Pustovarov* [2008] ECR I-8993

⁶⁴ Tako npr. Belgija i Francuska sve razloge iz Okvirne odluke navode kao apsolutne smetnje (vidi više *infra* 2.2.2.).

2. Ako je pravosudno tijelo izvršenja obaviješteno da je tražena osoba pravomoćno osuđena u nekoj državi članici za ista kaznena djela, pod uvjetom, da je, u slučaju izricanja presude, ta kazna izdržana ili se trenutačno izdržava ili presuda više ne može biti prisilno izvršena u skladu s pravom države članice u kojoj je presuda izrečena te
3. ako je osoba protiv koje je izdan europski uhidbeni nalog više ne može, zbog svoje dobi, kazneno odgovarati za kaznena djela na kojima se temelji uhidbeni nalog, u skladu s pravom države članice izvršenja.

Nadalje, prema Okvirnoj odluci razlozi za moguće neizvršenje odnosno slučajevi u kojima pravosudno tijelo može odbiti izvršenje europskog uhidbenog naloga jesu:

1. ako, u jednom od slučajeva iz članka 2. stavka 4., djelo zbog kojega je izdan europski uhidbeni nalog ne predstavlja kazneno djelo u skladu s pravom države članice izvršenja; unatoč tome, u odnosu na davanja, poreze, carine i razmjenu valuta, , , izvršenje europskog uhidbenog naloga ne može se odbiti na temelju činjenice da pravo države članice izvršenja ne propisuje istu vrstu davanja ili poreza ili da ne sadrži istu vrstu pravila s obzirom na davanja, poreze i carine te propise o razmjeni valuta kao pravo države članice u kojoj je izdan uhidbeni nalog;
2. ako je protiv osobe koja je predmet europskog uhidbenog naloga u tijeku kazneni progon u državi članici izvršenja zbog istog djela zbog kojega je izdan europski uhidbeni nalog;
3. ako su pravosudna tijela države članice izvršenja odustala od kaznenog progona zbog kaznenog djela zbog kojega je izdan europski uhidbeni nalog ili su odlučila obustaviti postupak, ili ako je traženoj osobi u nekoj državi članici zbog istih kaznenih djela izrečena pravomoćna presuda koja sprečava daljnji kazneni postupak;
4. ako je nastupila zastara kaznenog progona ili izvršenja kazne tražene osobe, u skladu s pravom države članice izvršenja, a ta kaznena djela ulaze u nadležnost te države u skladu s njezinim kaznenim pravom;
5. ako je pravosudno tijelo izvršenja obaviješteno da je tražena osoba pravomoćno osuđena u trećoj državi zbog istih kaznenih djela, pod uvjetom da je, u slučaju izricanja presude, kazna izdržana ili je u tijeku izdržavanje kazne, ili ako presuda više ne može biti izvršena u skladu s pravom države u kojoj je presuda izrečena;
6. ako je europski uhidbeni nalog izdan u svrhe izvršenja kazne zatvora ili oduzimanja slobode, a tražena osoba se nalazi, boravi, u državi članici izvršenja ili je njezin državljanin, a ta država članica obvezuje se izvršiti tu kaznu ili mjeru oduzimanja slobode u skladu s odredbama svojega domaćeg prava;
7. ako se europski uhidbeni nalog odnosi na kaznena djela koja su: a) u skladu s pravom države članice izvršenja, u cijelosti ili djelomice počinjena na državnom području države članice izvršenja ili na mjestu koje se smatra takvim; ili (b) počinjena izvan državnog područja države članice izdateljice uhidbenog naloga, a pravo države članice izvršenja ne omogućuje progon zbog istih kaznenih djela ako su počinjena izvan njezina državnog područja.

Kako je već navedeno, u odnosu na Okvirnu odluku, u ZPSKS-EU je razlika između apsolutnih i relativnih smetnji bitno drugačije određena. Čl. 20. st. 2. ZPSKS-EU-a propisani su slučajevi kada će sud odbiti priznanje europskog uhidbenog naloga⁶⁵:

1. ako je europski uhidbeni nalog izdan za djelo koje je u Republici Hrvatskoj obuhvaćeno amnestijom, a na temelju zakona postoji nadležnost domaćeg suda,

⁶⁵ Tumačenja da se odnosi na odbijanje izvršenja.

2. ako je sud obaviješten da je tražena osoba već pravomoćno osuđena u nekoj od država članica za isto djelo pod uvjetom da je kaznena sankcija izvršena ili se trenutno izvršava ili se više ne može izvršiti prema pravu države u kojoj je donesena presuda,
3. ako tražena osoba u trenutku počinjenja kaznenog djela nije navršila 14 godina života,
4. ako djelo iz članka 17. stavka 2. ovog Zakona na koje se odnosi europski uhidbeni nalog ne predstavlja kazneno djelo prema domaćem zakonu. Za fiskalna djela izvršenje europskog uhidbenog naloga ne može se odbiti samo iz razloga što domaće pravo ne propisuje istu vrstu poreza ili pristojbi ili što ne sadrži iste odredbe o porezima, pristojbama, carinama ili mijenjanju valute kao i pravo države izdavanja,
5. ako se u Republici Hrvatskoj protiv osobe za kojom je izdan europski uhidbeni nalog vodi kazneni postupak zbog istog djela zbog kojeg je nalog izdan, osim ako su se državni odvjetnik i nadležno tijelo države izdavanja sporazumjeli da postupak vodi pravosudno tijelo države izdavanja,
6. ako je domaće pravosudno tijelo odlučilo da neće pokrenuti kazneni postupak za djelo za koje je izdan europski uhidbeni nalog jer je osumnjičenik ispunio obveze koje su mu naložene kao uvjet za nepokretanje postupka,
7. ako je prema domaćem pravu nastupila zastara kaznenog progona ili izvršenja kaznenopravne sankcije, a postoji nadležnost Republike Hrvatske na temelju domaćeg prava,
8. ako je sud zaprimio obavijest da je tražena osoba već pravomoćno osuđena u trećoj državi zbog istog djela, a sankcija je izvršena ili se trenutno izvršava ili se više ne može izvršiti prema pravu države u kojoj je donesena presuda.

Relativne smetnje propisane su čl. 21. ZPSKS-EU-a, kojim se određuje kako sud može, rukovodeći se načelima učinkovite suradnje, svrhovitosti i prava na pošteno suđenje odbiti izvršenje europskog uhidbenog naloga:

1. ako je domaće pravosudno tijelo odlučilo da neće pokrenuti kazneni postupak za djelo za koje je izdan europski uhidbeni nalog ili je kazneni postupak obustavljen ili je donesena pravomoćna presuda protiv tražene osobe u nekoj od država članica za isto djelo;
2. kada se europski uhidbeni nalog odnosi na djela koja:
 - a) su u cijelosti ili djelomično počinjena na području Republike Hrvatske,
 - b) su počinjena izvan teritorija države izdavanja, a domaće pravo ne dopušta kazneni progon za ta djela kada su počinjena izvan teritorija Republike Hrvatske.

(2) Sud može odbiti izvršenje europskog uhidbenog naloga izdanog u svrhu izvršavanja zatvorske kazne ili mjere koja uključuje oduzimanje slobode izrečene presudom donesenom u odsutnosti, osim ako iz podataka navedenih u obrascu u smislu članka 18. ovog Zakona proizlazi, da, u skladu s pravom države izdavanja:

1. je traženoj osobi bio pravodobno i osobno uručen poziv s naznakom mjesta i vremena održavanja rasprave na kojoj je donesena presuda u odsutnosti, ili da je zaprimila službenu obavijest o mjestu i vremenu održavanja rasprave na način iz kojeg se nedvojbeno može zaključiti da je znala za održavanje rasprave, te da je upozorena da presuda može biti donesena u odsutnosti u slučaju nedolaska na raspravu,
2. je traženu osobu na raspravi zastupao opunomoćeni branitelj ili branitelj kojeg je postavio sud po službenoj dužnosti,
3. je tražena osoba izričito izjavila da ne osporava presudu donesenu u njezinoj odsutnosti ili nije pravovremeno podnijela zahtjev za obnovu postupka ili žalbu, iako je nakon osobnog uručjenja presude donesene u njezinoj odsutnosti poučena o pravu na podnošenje

zahtjeva za obnovu postupka ili žalbe slijedom kojih bi se postupak mogao ponovno provesti u njezinoj prisutnosti, te preispitati utvrđeno činjenično stanje i izvesti novi dokazi, a što bi moglo dovesti do preinačenja prvotne presude,

4. će traženoj osobi, kojoj presuda donesena u odsutnosti nije bila osobno uručena, ista biti osobno uručena odmah nakon predaje osobe državi izdavanja, uz pouku da u zakonom propisanom roku ima pravo podnijeti zahtjev za obnovu postupka ili žalbu slijedom kojih se može provesti postupak opisan u točki 3. ovog stavka.

Kako sam već istaknuo, Okvirna odluka kao instrument harmonizacije kaznenog pravosudnog sustava Europske unije je sukladno *aquis communitare* obvezna glede cilja koja se želi ostvariti, što dozvoljava nacionalnim zakonodavcima različite mogućnosti za ostvarenje istog, međutim naglašavam kako se Okvirna odluka temelji na pravnoj stečevini Europske unije i nju treba tumačiti i primjenjivati u skladu s istom. Hrvatski zakonodavac nije doslovno preuzeo odredbe Okvirne odluke, nego je u želji za zaštitom vlastitih državljana od predaje pooštrio razloge⁶⁶ za odbijanje izvršenja europskog uhidbenog naloga. Prema čl. 5. Zakona o sudovima⁶⁷ sudovi sude na temelju Ustava, međunarodnih ugovora, zakona i drugih važećih izvora prava. Dakle, sudovi u odlučivanju o izvršenju odnosno odbijanju izvršenja europskog uhidbenog naloga, primjenjuju odredbe ZPSKS-EU-a i ostale pozitivne propise, dok se odredbe Okvirne odluke izravno ne primjenjuju.⁶⁸

2.2. Europski uhidbeni nalog i institut zastare

2.2.1. Teorijski pristup

2.2.1.2. Načelo obostrane kažnjivosti

Načelo obostrane kažnjivosti izraz je suverenosti svake države te je usko povezano sa načelom uzajamnosti. Načelo obostrane kažnjivosti uvjetuje da određeno ponašanje mora predstavljati kazneno djelo i u zamoljenoj državi, a ne samo u državi moliteljici. Dok načelo uzajamnosti uvjetuje da se izručenje određene osobe dopusti samo ako bi država moliteljica u usporednoj situaciji, odnosno slučaju, dopustila izručenje. *Conclusio* je da ako određena država primjenjuje načelo obostrane kažnjivosti kao izraz suvereniteta, tada bez ispunjenja uvjeta obostrane kažnjivosti nema mogućnosti za ostvarenje načela uzajamnosti, a niti izručenja. Glavnu teorijsku problematiku predstavlja tumačenje odredbe čl. 10. ZPSKS-EU-a (vidi *supra* 2.1.3.), preciznije, što sve točno obuhvaća načelo obostrane kažnjivosti ili, drugačije, da li isključenje provjere dvostruke kažnjivosti obuhvaća samo obilježja kaznenog djela ili ne. Kao rezultat toga prijepora razvile su se teorije *in concreto* i *in abstracto*, koje, svaka na svoj način, pristupaju rješavanju spektra uvjeta načela obostrane kažnjivosti. Temelj teorije obostrane kažnjivosti *in concreto* može se objasniti na dva načina; da određeno ponašanje mora ispuniti sve uvjete kažnjivosti prema pravu zamoljene države i države moliteljice ili da određeno ponašanje mora zadovoljiti određene pretpostavke. U drugom slučaju, u obje države zahtjeva se ispunjenje slijedećih uvjeta: 1. Definicija kaznenog djela (engl. *Definition of a crime*). 2. Opravdanje (engl. *Justification*) (e.g. Samoobrana). 3. Isprika (engl. *Excuse*) (e.g. neuračunljivost) 4. Drugi razlozi koji isključuju kažnjivost (engl. *Other reasons excluding punishability*).⁶⁹

⁶⁶ Kao i mnoge države članice (vidi *infra* 2.2.2.2.).

⁶⁷ Zakon o sudovima NN 28/13

⁶⁸ Više o europskom uhidbenom nalogu: Z. BURIC, Op. cit., 2007.; I. TURUDIĆ; T. PAVELIN BORZIĆ ; I. BUJAS, Op. cit. 2014.

⁶⁹ O. Lagodny, „Possible Ways to Reduce the Double Criminality Requirement: From double criminality to double prohibition“, 15. listopad 2014, dostupno na internetskoj adresi: <http://www.coe.int/tcj/>.

Zastara (*lat. praescriptio extinctiva*) je nemogućnost zaštite nekog subjektivnog prava, odnosno progona ili primjene sankcije za delikt zbog proteka određenog vremena, u kojemu ovlaštenje za zaštitu prava, odnosno poduzimanje progona ili izvršenje sankcije nije vršeno.⁷⁰ Prema odredbama KZ-a postoje tri tipa zastare.⁷¹ Tako KZ razlikuje zastaru kaznenog progona, zastaru izvršenja kazne i zastaru izvršenja sigurnosnih mjera, oduzimanja imovinske koristi i predmeta. Važno je napomenuti kako se odredba ZPSKS-EU-a u čl. 20. st. 2. t. 7. (vidi *supra* 2.1.3.) odnosi na sva tri oblika zastare propisana KZ-om.⁷² Prema Zakonu o kaznenom postupku (dalje u tekstu: ZKP)⁷³ sud *ex officio* u svakom trenutku pazi na zastaru te ako utvrdi da je ona nastupila mora odmah obustaviti kazneni postupak, odbaciti optužni prijedlog ili presudom odbiti tužbu. Navedeno ukazuje na narav procesnog karaktera instituta zastare (zastara kao procesna smetnja) zbog čega se ne bi mogla ostvariti pripadnost instituta zastare u domenu uvjeta *in concreto* teorije. Međutim, postoji prijedlog o pravnoj naravi instituta zastare, gdje s jedne strane imamo zagovornike procesnopravnog⁷⁴, a s druge njezinog materijalnopravnog⁷⁵ karaktera. Kompromisno rješenje je mješoviti karakter koji rješenje nalazi u djelomičnoj utemeljenosti u materijalnom, a djelomično u procesnom pravu. Ističem, da ukoliko bi se zastara tumačila isključivo kao institut materijalnopravnog karaktera, tada bi ovisno o pravnom sustavu mogla biti dio pretpostavaka teorije *in concreto*. S obzirom na postavljene limite rada neću dublje ulaziti u karakter instituta zastare.

Suprotno stajalištu teorije *in concreto*, teorija *in abstracto* drži definiciju kaznenog djela jedinim uvjetom koji se mora ispuniti u obje države, što posljedično⁷⁶ isključuje provjeravanje ostalih uvjeta, pa i neovisno o teorijskom pristupu karakteru zastare, i postojanje zastare.

U europskoj pravnoj teoriji postoji podijeljenost pristaša teorijama o obostranoj kažnjivosti. Neke pristaše teorije *in concreto* su Austrija, Njemačka i Rusija, dok su, nasuprot njima, Belgija, Danska, Italija i Švedska prihvatile teoriju *in abstracto*. Zahtjev za ispunjenje uvjeta *in concreto* teorije u potencijalnih 28 pravnih sustava država članica definitivno ne smatram velikim korakom unaprijed u odnosu na „klasični“ sustav izručenja. Očito nepostojanje potpuno jednakih instituta, i.e. uvjeta za kažnjivost u svim članicama povlači i nejednakosti pretpostavki što definitivno ne dovodi do ekonomičnosti, efikasnosti i, još važnije, do ukidanja formalnosti postupka.⁷⁷ Teoriju *in abstracto*, zbog ograničavanja provjere na samu definiciju kaznenog djela smatram varijantom koja može bolje odgovarati postavljenim ciljevima i svrsi (vidi *supra* 2.1.2.) predaje, odnosno generalno institutu europskog uhidbenog naloga.

U našoj literaturi Krapac⁷⁸ zastupa teoriju kako načelo obostrane kažnjivosti (identiteta norme) i karaktera kaznenog djela, služi zaštiti građana, jer sprječava da se nekoj osobi u zamoljenoj državi ograničavaju slobode i temeljna prava zbog zahtjeva za izručenjem u vezi s djelima koja u toj zemlji ne predstavljaju kazneno djelo. Ovim zaključkom smatram

⁷⁰ M. Vidaković Mukić, Op. cit. 2006., str. 1331.

⁷¹ Odredbe o zastari nalaze se u glavi VII. KZ-a.

⁷² Zastara izvršenja kaznenopravne sankcije se odnosi na sve vrste sankcija propisane glavom VII. KZ-a.

⁷³ Zakon o kaznenom postupku NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13

⁷⁴ Prema austrijskoj i njemačkoj pravnoj teoriji zastara je procesnog karaktera te ne pada pod uvjete propisane teorijom *in concreto*. Procesnopravni karakter zastare određuje pripadnost zastare procesnom pravu, i.e. da je zastara procesna smetnja za ispitivanje merituma.

⁷⁵ Materijalnopravni karakter zastare određuje pripadnost zastare materijalnom pravu, u prilog se ističu argumenti pripadnosti zastare KZ-u, vezanost zastarnog roka za visinu propisane kazne itd..

⁷⁶ *Arg. a contrario*.

⁷⁷ Kao jednog od ciljeva izraženih točkom 35. Zaključka sastanka u Tampereu dostupan http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm

⁷⁸ D. KRAPAC, Op. cit., 2006., str. 65.

da se jasno određuje cilj uvjeta obostrane kažnjivosti, koji je prvenstveno zaštita temeljnih prava vlastitih državljana, i.e. zaštita od mogućeg objektivnog prekoračenja kaznenopravne nomenklature određene države u smislu propisivanja kaznenopravnih djela za ono što to definitivno nije u skladu s općim načelima prava priznatih civiliziranih naroda.⁷⁹ Vratimo se na ono što Krapac smatra da predstavlja načelo obostrane kažnjivosti, prema njemu, uvjet obostrane kažnjivosti ne zahtijeva potpuni gramatički sadržaj identiteta norme, jer bi to očito bio uvjet koji je stvarno neostvariv, nego sud mora ispitati odgovara li smisao i sadržaj kaznenog djela za koje se stranac teret u državi moliteljici suštinski smisao i sadržaj bilo kojeg kaznenog djela iz domaćeg zakonodavstva. Nadalje, navodi kako se tek u drugom koraku ispituju razlozi za isključenjem protupravnosti, osobni razlozi za isključenje kazne, kaznena sudbenost, nadležnost sudova države moliteljice itd. Sukladno izloženim, Krapac bih svrstao u pristaše *in concreto* teorije.

2.2.1.2. Uloga zastare u postupku predaje

Uvjetuje li načelo obostrane kažnjivosti da se u zamoljenoj državi, čije sudstvo to pita-
nje prosuđuje prema teoriji *in concreto*⁸⁰, ispituje je li nastupila zastara ili ne? Prema Novoselcu⁸¹, tumačenje obostrane kažnjivosti kao pretpostavke predaje ili primjene domaćeg kaznenog zakonodavstva na kaznena djela počinjena u inozemstvu ne obuhvaća ocjenu o zastari. Prema Krapcu⁸² ispitivanje obostrane kažnjivosti se svodi na smisao i sadržaj kaznenog djela po domaćem i stranom pravu, što ne uključuje procesne smetnje. Također u njemačkoj i francuskoj teoriji postoji suglasnost kako zastara ne utječe na dvostruku kažnjivost, odnosno kako nije predmet ispitivanja kada se ispituje dvostruka kažnjivost.⁸³ Smatram da u prilog tom tumačenju idu i odredbe Okvirne odluke čl. 2. st. 4. u kojima se izričito navodi da se za djela koja nisu navedena u čl. 2. st. 2., i.e. u Katalogu, tražena osoba može biti predana pod uvjetom da djela zbog kojih je izdan europski uhidbeni nalog predstavljaju kazneno djelo u skladu s pravom države članice izvršenja, bez obzira na elemente ili opis kaznenog djela. Tom odredbom naglašava se činjenica da dvostruka kažnjivost obuhvaća samo obilježje kaznenog djela, što znači da ne obuhvaća procesne smetnje, odnosno zastaru.⁸⁴ Smatram kako je europski zakonodavac time izrazio svoje stajalište o tome smatra li zastaru dio onoga što sud ispituje u okviru ispitivanja načela obostrane kažnjivosti. Osim toga, odredbe čl. 2. st. 2. naglašavaju i samu svrhu Kataloga kaznenih djela i pristup problemu postojanja obostrane kažnjivosti.⁸⁵ Naime, odredbe u prvom redu imaju za cilj zaštitu temeljnih prava i pravnih dobara Europske unije, jer ne dopuštaju da se nepropisivanjem određenih ponašanja kaznenim djelom izigrava sustav uspostavljen Okvirnom odlukom te se time zapravo ne ukida načelo obostranog kažnjavanja nego se ukida potreba provjeravanja, odnosno njegovog provođenja za određena kaznena djela. Nadalje, smatram bitnim činjenicu da se čl. 4. st. 1. t. 4. Okvirne odluke u okviru razloga za neizvršenje naloga izričito navodi zastara kao razlog za moguće neizvršenje te time što je odredio zastaru kao posebnu točku razloga za neizvršenje (vidi *supra*. 2.1.3.), a ne u okviru točke u kojoj kao razlog neizvršenja navodi da djelo nije kazneno djelo po pravu države izvršenja (vidi *infra*

⁷⁹ Kao međunarodnom standardu.

⁸⁰ Ako se zastara nije dio uvjeta prema teoriji *in concreto*, a ona definitivno zahtijeva širi spektar uvjeta, sukladno manje je sadržano u većem, isto se odnosi i na teoriju *in abstracto*.

⁸¹ P. NOVOSELAC, „Sudska praksa“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, 20-2/2013., str. 865.

⁸² D. KRAPAC, Op. cit. 2006., str. 43.

⁸³ P. NOVOSELAC, Op. cit. 2013., str. 865.

⁸⁴ *Arg. a contrario*. Pod uvjetom prihvatanja procesnopravnog karaktera zastare.

⁸⁵ Kako sam ranije napisao, provođenje toga načela ne smatram dijelom tradicionalnog izručenja te smatram da potpuno provođenje načelom uzajamnog priznanja mora dovesti do potpunog ukidanja načela obostrane kažnjivosti.

2.1.3.), europski zakonodavac jasno zastupa stajalište da zastaru smatra potpuno odvojenim od pitanja načela obostrane kažnjivosti i teorije *in concreto*.

Kako sam već istaknuo, navođenjem zastare kao relativne smetnje, europski zakonodavac je prepustio državama članicama da ovisno o teorijskom pristupu karakteru zastare donesu odluku o implementaciji tih točaka. Hrvatski zakonodavac je u ZPSKS-EU-u napravio određene promjene prebacivši određene relativne smetnje propisane Okvirnom odlukom u apsolutne smetnje za neizvršenje naloga. Između ostalih, po čl. 20. st. 2. ZPSKS-EU-a apsolutna smetnja za izručenje postoji kada kazneno djelo iz područja primjene europskog uhidbenog naloga ne predstavlja kazneno djelo prema domaćem zakonu, te slučaj kada je prema domaćem pravu nastupila zastara kaznenog progona ili izvršenja kaznenopravne sankcije, a postoji nadležnost Republike Hrvatske na temelju domaćeg prava. Time je, slično kao i europski zakonodavac, nedvosmisleno poručio dvije stvari. Prvo, smatram kako zastara ne potpada pod ispitivanje načela obostrane kažnjivosti, i.e. sud kada odlučuje o postojanju obostrane kažnjivosti neće provjeravati pitanje zastare, jer da potpada, zastara kao poseban razlog ne bi postojala. Drugo, zakonodavac je poručio kako je zastara apsolutna smetnja i da nastup zastare ima za posljedicu neizvršenje naloga bez mogućnosti iznimke ili bez mogućnosti da sud o tome odlučuje. Hrvatski zakonodavac je time dodatno istaknuo da ne želi, kao što je u slučaju Okvirne odluke, prepustiti sudu da ovisno o konkretnom slučaju diskrecijski ocjeni smatra li zastaru smetnjom za izvršenje naloga ili ne, nego je sam u skladu s pozitivnim propisima i *acquis communautaire* odlučio kako je zastara apsolutna smetnja. Odredbe koje govore o apsolutnim razlozima za neizvršenje definitivno su *lex loquens* te jasno i precizno govore kako je nastup zastare po domaćem pravu apsolutna smetnja za izvršenje naloga.⁸⁶

Suprotno stajalište, odnosno ono koje nastup zastare ne smatra smetnjom za izvršenje naloga, temelj nalazi u materijalnom karakteru zastare. Naime, ukoliko se polazi od navedene pretpostavke, tada bi u okviru provjere uvjeta propisanih teorijom *in concreto*; kao što su razlozi za isklju

enje protupravnosti, kažnjivost itd., trebalo provjeriti i da li je nastupila zastara. Sukladno tome, u primjeni čl. 10. ZPSKS-EU-a kada bi se za propisana kaznena djela isključila obostrana kažnjivost to bi posljedično značilo i isključenje provjere zastare po pravu države izvršenja naloga. Dakle, ukoliko se zastara promatra kao institut materijalnog prava, tada je zastara sastavni dio pojma dvostruke kažnjivosti. Takvo stajalište zastupa Vrhovni sud RH u odluci KŽ-850/2012, gdje navodi kako je identitet norme temeljna pretpostavka za ocjenu suda je li za određeno kazneno djelo po domaćem ili pravu strane države nastupila zastara. Vrhovni sud RH je svoje stajalište potvrdio i u odlukama broj KŽ-eun-2/13 od 26. srpnja 2013., KŽ-eun 11/13 od 20. rujna 2013., KŽ-eun 2/14-5 od 17. siječnja 2014. te KŽ-eun 5/14 od 10. ožujka 2014. Čime je uspostavio određenu pravnu praksu u tumačenju dosega načela obostrane kažnjivosti, karaktera zastare i odredaba ZPSKS-EU-a. S mišljenjem Vrhovnog suda RH slažu se i autori knjige *Europski uhidbeni nalog s primjerima iz sudske prakse*⁸⁷, koji navode kako se zastara kao materijalnopравни institut utvrđuje u okvirima ispitivanja načela obostrane kažnjivosti i to u drugom koraku sukladno teoriji *in concreto* te kao potvrdu svoga stajališta ističu odluku Vrhovnog suda RH u predmetu broj KŽ-eun 11/13 od 20. rujna 2013. koji navodi pogrešnim odredbu prvostupanjskog suda kada je zastaru prema domaćem pravu uzeo u obzir na neizvršenje europskog uhidbenog naloga, a ona je, prema mišljenju Vrhovnog suda RH, sukladno odredbama čl. 10 ZPSKS-EU-a isključena.

⁸⁶ Jednako i P. NOVOSELAC, Op. cit. 2013. str. 865.

⁸⁷ I. TURUDIĆ; T. PAVELIN BORZIĆ; I. BUJAS, Op. cit. 2014. str. 85.

2.2.1.3.1. Analiza stajališta Vrhovnog suda RH

Pregledom presuda Vrhovnog suda RH kojim je isti izrazio pravni stav u tumačenju odredba ZPSKS-EU-a u predmetnom pitanju, došao sam do zaključka kako je u predmetu J.P., točnije predmetu broj Kž-eun 2/14-5 od 17. siječnja 2014. Vrhovni sud RH najšire objasnio svoje, već i ranije izraženo stajalište o zastari kao prepreci izvršenja europskog uhidbenog naloga. Iz razloga svrsishodnosti analizirat ću isključivo dio objašnjenja Vrhovnog suda RH koje se odnosi na pitanje instituta zastare kao razloga za neizvršenje naloga, a redom kojim je Vrhovni sud RH objasnio razloge neosnovanosti žalbe državnog odvjetnika i tražene osobe J.P.

Vrhovni sud RH u svojoj odluci potvrdio je stajalište prvostupanjskog, odnosno Županijskog suda u Zagrebu, u predmetu broj Kv-eun 2/14. Vrhovni sud RH je istaknuo kako je prvostupanjski sud pravilno primijenio odredbu čl. 10. ZPSKS-EU-a, jer je nalog podnesen u svrhu predaje zbog jednog od kaznenih djela iz Kataloga propisanog tim člankom, te se u tom slučaju ne ispituje dvostruka kažnjivost. U tom dijelu objašnjenja Vrhovni sud RH navodi i čl. 20. stavak 1. ZPSKS-eu-a te zaključuje kako se ta odredba, s izuzetkom čl. 10. istog zakona, bez sumnje odnosi na sve ostale kažnjive radnje kod kojih se mora poštovati načelo obostrane kažnjivosti. Dakle, u tom dijelu objašnjenja Vrhovni sud RH citira i naglašava nespornost zakonskih odredaba, pritom ne dovodeći institut zastare u vezu s dijelom odredbe koji uvjetuje uzajamnost bitnih obilježja kaznenog djela (iz odredbe čl. 20. st. 1.).

Nadalje, u objašnjenju odluke Vrhovni sud RH navodi odredbe Okvirne odluke kojima su propisani obvezni razlozi za neizvršavanje naloga, navodi kako je hrvatski zakonodavac implementirajući odredbe Okvirne odluke u ZPSKS-EU promijenio podjelu apsolutnih i relativnih smetnji iz Okvirne odluke te zaključuje kako to nije u suprotnosti s Okvirnom odlukom kad se radi o kaznenim djelima kod kojih postoji dvostruka kažnjivost. Ovim zaključkom Vrhovni sud RH je jasno izrazio stajalište o pripadanju zastare u okvir načela obostrane kažnjivosti te je istaknuo kako je nacionalni zakonodavac ZPSKS-EU-om u slučaju kaznenih djela kod kojih se ne provjerava obostrana kažnjivost propisao odredbe suprotne Okvirnoj odluci.⁸⁸

U sljedećem odlomku objašnjenja, Vrhovni sud RH se osvrće na svoje stajalište o zastari kao materijalnopravnom institutu te posljedično i predmetu ispitivanja obostrane kažnjivosti. Sada bih ukazao na nedosljednost Vrhovnog suda RH navodim predmet broj: I Kž-256/83 od 9. studenog 83. i stajalište izraženo na sjednici Kaznenog odjela od VSRH od 11. studenog 2006. kojim Vrhovni sud RH iznosi stajalište kako se u slučaju promjene Kaznenog zakona primjenjuje zastara iz novog zakona, bez obzira da li je on produžio ili skratio zastarne rokove. Međutim, ako Vrhovni sud RH zastaru smatra institutom materijalnog prava, onda se na nju primjenjuje zabrana retroaktivne primjene zakona i načelo primjene blažeg zakona, dok upravo suprotno, Vrhovni sud RH svojom odlukom i stajalištem institutu zastare oduzima značenje materijalnopravnog instituta.⁸⁹

Tumačenje Vrhovnog suda RH kako se unošenjem zastare kao obvezatnog razloga za odbijanje izvršenja europskog uhidbenog naloga u ZPSKS-EU-a, nije izmijenjen karakter instituta zastare i njegova vezanost za postojanje kaznenog djela i kazne, već je samo kod kaznenih djela kod kojih se primjenjuje načelo obostrane kažnjivosti, postao osnova za obvezno, a ne fakultativno odbijanje izvršenja uhidbenog naloga, smatram nedovoljno dobrim obrazloženjem izručite neprimjene odredbi pozitivnih propisa. Naime, ovo stajalište Vrhovnog suda RH smatram pogrešnim, jer sukladno čl. 5. Zakona o sudovima sudovi sude na temelju Ustava, međunarodnih ugovora, zakona i drugih važećih izvora prava, da-

⁸⁸ *Arg. a contrario.*

⁸⁹ *Arg. a contrario - De facto* zauzima stajalište o zastari kao institutu procesnopravnog ili mješovitog karaktera.

kle Vrhovni sud RH kao najviši sud u Republici Hrvatskoj⁹⁰ ima jasne obveze. U nadležnosti i djelokrugu Vrhovnog suda RH sukladno čl. 20. Zakona o sudovima je i dužnost osigurati jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni⁹¹, međutim on je prije svega dužan suditi na temelju pozitivnih propisa.

Nadalje, Vrhovni sud RH se poziva na odredbe Okvirne odluke te tumači kako su obvezni razlozi za odbijanje izvršenja uhidbenog naloga navedeni u čl. 3. Okvirne odluke te da se iste odredbe odnose na sva kaznena djela, pa čak i ona navedena u Katalogu. Osim toga, Vrhovni sud RH navodi nastup zastare kao propust ili pogrešku da se počinitelja pravovremeno podvrgne kaznenom progonu ili izvršenju kazne na koju je osuđen, kad su Kaznenim zakonom domicilne države od koje se traži izvršenje uhidbenog naloga, predviđena obilježja kaznenog djela za koje je osumnjičen, optužen ili osuđen, dakle kada postoji dvostruka kažnjivost. Nadalje, navodi kako upravo zato čl. 4. Okvirne odluke predviđa postojanje zastare kao fakultativne mogućnosti za neizvršenje europskog uhidbenog naloga, ali isto tako u pojedinim slučajevima i za njegovo izvršenje, ako to zahtijevaju probici kaznenog progona istaknutih u preambuli Okvirne odluke Vijeća. Unatoč obvezi nacionalnih sudova da pri interpretaciji nacionalnog prava pokušaju postići rezultat koji određena okvirna odluka propisuje, čak i ako je država članica suda nije provela u nacionalno pravo⁹², u ovom slučaju zbog jasne razlike odredaba između europskog i nacionalnog propisa smatram pogrešnim pozivanje na odredbe Okvirne odluke od strane Vrhovnog suda RH. Pretpostavljanjem ciljeva zakonodavca Europske unije te tumačeći odredbe Okvirne odluke i zaključujući kako su određene odredbe suprotne nacionalnom implementacijskom zakonu Vrhovni sud RH izašao je iz svoje nadležnosti. Nadalje, mišljenja sam kako je ovim dijelom odluke i sam Vrhovni sud RH neizravno priznao kako Okvirna odluka ne ulazi u doktrinu *acte clair*⁹³, a pošto se radi o odluci Vrhovnog nacionalnog suda protiv koje nema pravnog lijeka⁹⁴ i formalno je nastala obveza podnošenja na prethodna pitanja (engl. *preliminary ruling*) Sudu EU. Međutim, naglašavam da unatoč obvezi sukladno *acquis communautaire*, ista u Hrvatskoj zbog tranzicijskog roka ugovorenog u okviru pregovora za pristupanje Europskoj uniji još nije aktualna, što znači da Vrhovni sud RH u vrijeme donošenja odluke nije bio u mogućnosti upućivati predmete Sudu EU.⁹⁵ Naravno, tranzicijski rok ne znači dopuštenje za prekraćenje nadležnosti od strane Vrhovnog suda RH. Dakle, naglašavam kako je prema čl. 19. st. 3. UEU za tumačenje propisa Europske unije nadležan Sud EU, a ne Vrhovni sud RH te bih prihvatljivim rješenjem Vrhovnog suda RH smatrao ili pozivanje na odgovarajuću odluku Suda EU ili upućivanje Sudu EU na odlučivanje u postupcima prethodnih pitanja.⁹⁶

Dio obrazloženja koji se odnosi na pitanje zastare Vrhovni sud RH zaključuje argumentacijom kako Okvirna odluka sadrži primjenu načela uzajamnog priznavanja, koje se temelji na visokoj razini povjerenja između država članica, što je rezultiralo, između osta-

⁹⁰ Prema čl. 14. Zakona o sudovima.

⁹¹ Odredbu naglašavam zbog stava Vrhovnog suda RH o identitetu norme i zastari izraženog u odluci I Kz-850/2012-4., istu dosljednost Vrhovni sud RH zadržao je i u tumačenju odredaba ZPSKS-EU-a.

⁹² T. ČAPETA; S. RODIN, Op. cit., 2010., str.82.

⁹³ Doktrina formulirana od strane Suda EU u predmetu: C-283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

⁹⁴ Obveza propisana Čl. 267. UFEU.

⁹⁵ Sukladno članku 10. stavcima 1. do 3. Protokola (br. 36) o prijelaznim odredbama Ugovora iz Lisabona (SL C 83 od 30. ožujka 2010., str. 1.), nadležnosti Suda EU-a koje se tiču akata Unije koji su usvojeni u području policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona i koji otada nisu mijenjani ostaju nepromijenjene najduže u razdoblju od pet godina računajući od dana stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona (1. prosinca 2009.). Prema: Preporuke namijenjene nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka, dostupno na internetskoj adresi: <http://www.vsrh.hr>, 15. prosinac 2014.

⁹⁶ Pod uvjetom nepostojanja tranzicijskog roka.

loga, odredbom čl. 2. Okvirne odluke o neprimjenjivanju dvostruke kažnjivosti, a koja je promijenjena u ZPSKS-EU. Samom činjenicom ponovnog pozivanje na odredbu Okvirne odluke o primjeni načela uzajamnog priznanja, a ne odgovarajuće iz ZPSKS-EU-a, smatram potvrdom pristupa Vrhovnog suda RH koji je pozitivan Zakon Republike Hrvatske jednostavno odlučio ignorirati. Iz aspekta čl. 3. st. 2. UEU-a kojim se propisuje kako Unija svojim građanima nudi područje slobode, sigurnosti i pravde bez unutarnjih granica, u kojem je osigurano slobodno kretanje osoba uz odgovarajuće mjere u pogledu nadzora vanjskih granica, azila, imigracije te suzbijanja i borbe protiv kriminala, osobno smatram kako nas predmetno tumačenje Vrhovnog suda RH i pozivanje na načelo uzajamnog priznanja više približava cilju iz čl. 3 st. 2. UEU-a, međutim za ovaj rad to ne smatram relevantnim.

Važno je istaknuti kako je optuženi u analiziranom predmetu iscrpio drugi pravni put⁹⁷ te time formalno ostvario pravo na tužbu Ustavnom sudu Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustavni sud RH), što je i iskoristio. Optuženi se u ustavnoj tužbi se na temelju više pravnih osnova žalio zbog kršenja Ustavnih prava. Međutim, Ustavni sud RH je u svojoj odluci U-III-351/2014 od 24. siječnja 2014. godine odbio ustavnu tužbu te odredio kako predmetno pitanje ne krši ljudska prava i temeljne slobode zajamčene Ustavom Republike Hrvatske.⁹⁸ Vezano uz pitanje instituta zastare, Ustavni sud RH se nije upustio u analizu te je izričito naglasio kako se suprotno traženju stranke ne može upustiti u zakonsko tumačenje odredba mjerodavno domaćeg prava o zastari kaznenog progona. U istoj točki odluke Ustavni sud RH navodi: „...Ustavni sud zaključuje da osporena sudska rješenja o odobrenju predaje podnositelja Saveznoj Republici Njemačkoj nisu “flagrantno i očito arbitrarna” i da su ostala u granicama članka 9. stavka 2. Ustava.“⁹⁹ Istaknutom odlukom Ustavnog suda RH predmetno pitanje je u domeni hrvatskog sudstva, konačno riješeno. Smatram kako je Ustavni sud RH svojom odlukom, u dijelu koji se odnosi na predaju i institut zastare, postupio u skladu s nadležnošću propisanu čl. 129. Ustava RH¹⁰⁰ te se pravilno pozvao na presudu Europskog suda za ljudska prava i utvrdio kako ne postoje kršenja ljudskih prava i temeljnih sloboda. Razlog istaknutog mišljenja leži u čl. 9. st. 2. Ustava RH kojim je propisano kada može doći do izručenja državljanima Republike Hrvatske, a predajom putem instituta europskog uhidbenog naloga ne dolazi do kršenja navedenog članka Ustava RH.

2.2.2. Sudska praksa

2.2.2.1. Kriterij usporedne ili komparativne metode

Metodologija istraživanja nalaže da prije korištenja usporedne, komparativne ili poredbene metode odgovorimo na određena pitanja koja će pravilno usmjeriti korištenje navedene metode te definirati samu svrhu istraživanja. Dakle, cilj ili svrha sljedećeg istraživanja je, na temelju točno određenih kriterija, usporediti na koji su način države članice Europske unije, i.e. njihovi visoki sudovi riješili pitanje zastare kao prepreke, odnosno ne prepreke izvršenja naloga, a u cilju potvrde osnovanosti ili neosnovanosti hipoteze. Znači, kriteriji istraživanja bit će postavljeni na način da dovedu do odgovora na sljedeće pitanje: Jesu li (viši) sudovi država članica, pod uvjetom da je implementacijskim (provedbenim) zakonom

⁹⁷ Sukladno čl. 62. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN 99/99, 29/02 i 49/02 – dalje u tekstu: UZUSRH).

⁹⁸ Kao primjer kršenja ustavnih prava navodi: mučenje, nečovječno ponižavanje i postupanje itd.

⁹⁹ Ustavni sud se u odluci pozvao na kriterij postavljen od strane Europskog suda za ljudska prava (engl. *European Court of Human Rights*) u presudi *Kononov v. Latvia*, broj: 36376/04, ECHR, 17. svibanj 2010.

¹⁰⁰ Kao jedna od nadležnosti Ustavnog suda RH: „...odlučuje povodom ustavnih tužbi protiv pojedinačnih odluka državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravnih osoba s javnim ovlastima kad su tim odlukama povrijeđena ljudska prava i temeljne slobode, kao i pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu zajamčeni Ustavom Republike Hrvatske...“

zastara određena kao apsolutna smetnja, postupili kao Vrhovni sud RH ili nisu? Pošto su nacionalni provedbeni zakoni država članica doneseni na temelju Okvirne odluke, kao Europskog nadnacionalnog izvora prava, smatram kako rezultat usporedne metode može, kao jedan u nizu argumenata, pokazati kako je Vrhovni sud RH pogrešno protumačio odredbe ZPSKS-EU-a. Definitivno postoji određen broj država članica koje su kao apsolutni razlog za neizvršenje naloga odredili upravo nastup zastare, čime bih dobio jednaku, i.e. usporednu situaciju za provjeru stava Vrhovnog suda RH. Dakle, pozitivnim rezultatom istraživanja moglo bi se dovesti u pitanje pravilnost odluke Vrhovnog suda RH.

2.2.2.2. Istraživanje

2.2.2.2.1. Hrvatska

U Hrvatskoj Okvirna odluka implementirana je u hrvatsko zakonodavstvo ZPSKS-EU-a. Kako sam već istaknuo, prema čl. 20. st. 2. ZPSKS-EU-a, nastup zastare kaznenog progona ili izvršenja kaznenopravne sankcije uz postojanje nadležnosti Republike Hrvatske na temelju domaćeg prava, predstavlja apsolutnu smetnju za izvršenje europskog uhiđenog naloga. Međutim, unatoč tome Vrhovni sud RH je stajališta, koje je potvrdio u predmetima: KŽ-eun-2/13 od 26. srpnja 2013., KŽ-eun 11/13 od 20. rujna 2013., KŽ-eun 2/14-5 od 17. siječnja 2014. te KŽ-eun 5/14 od 10. ožujka 2014., da se u slučaju primjene čl. 10. ZPSKS-EU-a, odnosno ponašanja koje predstavlja kazneno djelo iz Kataloga (čl. 10. ZPSKS-EU), u okviru isključenja uvjeta obostrane kažnjivosti isključuje i provjera nastupa zastare po pravu države izvršenja naloga. Dakle, najviši sud u Hrvatskoj je pravnog stava da se unatoč nastupu zastare po pravu države izvršenja naloga za ponašanje koje predstavlja kazneno djelo iz Kataloga, predaja sukladno ZPSKS-EU-a mora izvršiti.

2.2.2.2.2. Austrija

U Austriji se obveza implementacije Okvirne odluke izvršila u formi posebnog saveznog zakona: Savezni zakon o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije (dalje u tekstu: EU-JZG)¹⁰¹. S obzirom na federativno uređenje Austrije, forma posebnog saveznog zakona implicira obvezatnost primjene zakona od strane svih austrijskih sudova i institucija. Posebnost austrijskog propisa je povezivanju razloga pomilovanja i zastare u jedan obvezatan razlog (apsolutnu smetnju) za neizvršenje naloga, odnosno tumačenje zastare kao instituta zakonskog pomilovanja zbog proteka vremena. Rješenje austrijskog zakonodavca da (u istom članku EU-JZG-a) izjednači institut zastare sa institutom pomilovanja kao razlogom za obvezatno neizvršenje naloga prema čl. 3. Okvirne odluke, definitivno implicira o stavu i pristupu rješavanja problematike od strane austrijskog zakonodavca. Dakle, čl. 10. EU-JZG propisuje nastup zastare po pravu države izvršenja naloga apsolutnom smetnjom za izvršenje, čime zadovoljava komparativni uvjet za provjeru sudske prakse viših sudova država članica. Međutim, prema riječima prof. dr. Hubert Hinterhofera sa sveučilišta u Salzburgu, od stupanja na snagu EU-JZG-a u Austriji nisu zabilježeni konkretni slučajevi odbijanja priznanja naloga zbog nastupa zastare ili pomilovanja iz čl. 10 EU-JZG-a. Zaključno, zbog nepostojanja austrijske pravne prakse nije moguće povući paralelu te usporediti konkretno postupanje austrijskog suda u usporednoj situaciji.

¹⁰¹ Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (BGBl I 36/2004, 164/2004, 38/2007., 112/2007., 134/2011., 50/2012., 175/2013). Dostupno na internet-skoj adresi: <https://www.ris.bka.gv.at>

2.2.2.2.3. Belgija

Belgijski zakonodavac je u nacionalnom implementacijskom zakonu od 19. prosinca 2003. godine¹⁰² propisao obvezatnost odbijanja izvršenja naloga u slučaju nastupa zastare kaznenog progona ili izvršenja kazne tražene osobe u skladu sa svojim pravom, pod uvjetom da postoji nadležnost belgijskih sudova. Znači, belgijski zakonodavac postupio je jednako kao austrijski i hrvatski određujući nastup zastare kao obavezni razlog za odbijanje izvršenja naloga. U presudama Vrhovnog Belgijskog suda (Cour de cassation de Belgique) P.04.0660.N i P.08.0783.N¹⁰³, Vrhovni Belgijski sud je ne upuštajući se u daljnju raspravu istaknuo sljedeće: "...prema čl. 4. st. 4. zakona od 19. prosinca 2003. godine koji se odnosi na europski uhidbeni nalog, izvršenje europskog uhidbenog naloga je odbijeno zbog nastupa zastare kaznenog progona ili izvršenja kazne prema belgijskom zakonu". Vrhovni belgijski sud se niti u jednoj od pregledanih presuda nije upuštao u ocjenjivanje pripada li kazneno djelo Katalogu ili ne pripada. Jedan od razloga citirane sudske odluke svakako je i jasnija je formulacija belgijskog zakona o europskom uhidbenom nalogu, točnije, čl. 5. st. 1. kojim je propisano kako će izvršenje biti odbijeno u slučaju kada je djelo koje predstavlja bazu naloga ne predstavlja kazneno djelo po belgijskom pravu te čl. 5. st. 2. zakona koji određuje kako se čl. 5. st. 1. ne primjenjuje u slučaju Kataloga kaznenih djela. Što znači, da se u slučaju kad određeno ponašanje predstavlja kazneno djelo iz Kataloga, europski uhidbeni nalog se ne može odbiti zbog toga što isto ponašanje nije kazneno djelo po belgijskom zakonu, čime je belgijski zakonodavac istaknuo samu svrhu Kataloga, posredno određenog u Okvirnoj odluci. Preciznijim odredbama implementacijskog zakona, belgijski zakonodavac riješio je moguću problematiku tumačenja načela obostrane kažnjivosti, Kataloga te pristupa karakteru zastare. Dakle, iz svega navedenog se može zaključiti kako je Vrhovni belgijski sud, iako se belgijski implementacijski propis djelomično razlikuje od ZPSKS-EU-a, u usporednoj situaciji presudio suprotno Vrhovnom sudu RH, odnosno čak se niti nije upustio u ocjenu pripada li određeno ponašanje Katalogu ili ne, nego je zaključio kako je po belgijskom pravu jednostavno nastupila zastara.

2.2.2.2.4. Češka

Češki zakonodavac obvezu implementacije Okvirne odluke izvršilo je amandmanom Zakona o kaznenom postupku iz 1. studenog 2004. godine, međutim od 1. siječnja 2014. godine na snazi je Zakon o međunarodnoj sudskoj suradnji u kaznenim stvarima¹⁰⁴ koji kao *lex specialis* odredbama glave II. propisuje institut europskog uhidbenog naloga. Zanimljivo je istaknuti kako je češki zakonodavac i u Zakonu o kaznenom postupku (čl. 411) i u trenutno važećem Zakonu o međunarodnoj sudskoj suradnji u kaznenim stvarima (čl. 267), propisao nastup zastare, uz nadležnost nadležnog češkog tijela, kao obvezni razlog za nepriznanje naloga. Izraženom nomenklaturom Češka je postupila kao i Hrvatska i mnoge države članice, čime je definitivno izrazila želju o pojačanoj zaštiti svojih državljana od predaje. Češki Ustavni sud u presudi PL. US 66/04: Europski uhidbeni nalog od 3. svibnja 2006. godine¹⁰⁵, odlučivao je o zahtjevu iz peticije kojom se tražilo ukidanje određenih odredba Zakona o kaznenom postupku koje se odnose na europski uhidbeni nalog. U objašnjenju predmetne presude češki Ustavni sud osvrnuo se i na određene odredbe propitanog Zakona o kaznenom postupku koje se odnose na institut zastare. Konkretnije, češki Ustavni

¹⁰² Loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen, M.B., 22 décembre 2003. Dostupno na internetskoj adresi: http://www.etaamb.be/fr/loi-du-19-decembre-2003_n2003009950.html

¹⁰³ Presude dostupne na internetskoj adresi: <http://jure.juridat.just.fgov.be/JuridatSearchCombined/?lang=fr&jur=>

¹⁰⁴ Zákon o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních, Sbírka zákonů ČR 104/2013 Sb. Dostupno na internetskoj adresi: www.zakonyprolidi.cz

¹⁰⁵ Ústavní soud České republiky, Pl. ÚS 66/04, 3. svibanj 2006. Dostupno na internetskoj adresi: www.usoud.cz

sud je u točki 92. odluke odredio kako: „...postoje temelji odbijanja zahtjeva za predaju... da je kriminalno ponašanje za koje je europski uhidbeni nalog izdan je pokriveno pomilovanjem izrečenim od strane Češke Republike ili da je kazneni progon ili sankcija zastarjela u Češkoj Republici...“. Istaknutim odredbama odluke češkog Ustavnog suda može se zaključiti sljedeće: prvo, kako češki Ustavni sud u svojoj odluci nije niti spomenuto Katalog kaznenih djela te isključenje obostrane kažnjivosti kao mogući razlog za priznanje naloga, već se konačno izrazio o nastupu zastare kao razlogu za odbijanje izvršenja naloga, te, drugo, kako je u Češkoj jednako kao i u Austriji došlo do povezivanja instituta zastare sa institutom pomilovanja, čime je jasno izražava stav o obveznom razlogu za neizvršenje, odnosno ne priznanjem naloga u slučaju nastupa zastare po češkim pozitivnim propisima. Smatram kako se povezivanjem instituta zastare s institutom pomilovanja koji je po čl. 3. Okvirne odluke propisan kao obvezatni razlog za neizvršenje naloga posredno pojačava značenje instituta zastare kao razloga za obvezno neizvršenje naloga. Smatram kako je tim odredbama češki Ustavni sud jasno zaključio kako u slučaju nastupa zastare (po češkom pravu) mora doći do odbijanja izvršenja naloga u slučaju ponašanja koje predstavlja djelo iz Kataloga za koje je isključena provjera obostrane kažnjivosti.

2.2.2.2.5. Francuska

U Francuskoj implementacija Okvirne odluke nije tekla glatko, francuski Ustav propisivao je zabranu izručenja ukoliko postoje politički razlozi za izručenje, što se suprotstavljalo s odredbama Okvirne odluke koja je uklanjala mogućnost predaje zbog toga što određeno kazneno djelo ima politički aspekt. Zbog toga je postojala i potreba promjene Ustavnih odredbi, čime je Francuska otklonila prepreku implementacije odredaba Okvirne odluke. Francuska je svoju obvezu kao država članica izvršila parlamentarnim zakonom (Loi Perben II)¹⁰⁶, što je rezultiralo amandmanom francuskog Zakona o kaznenom postupku (Code de procédure pénale)¹⁰⁷, čime su se odredbe o europskom uhidbenom nalogu uvele kao posebno poglavlje u člancima od 695-11. do 695-51., te člancima 568-1. i 574-1. Zakona o kaznenom postupku. U odredbi Zakona o kaznenom postupku čl. 695-22. propisuje se nastup zastare kaznenog progona ili izvršenja kazne u slučaju nadležnosti francuski sudova kao obvezatni razlog za odbijanje izvršenja naloga, čime se i Francuska pridružila državama članicama koje nastup zastare nisu propisale kao relativnu smetnju. Nadalje, u čl. 695-23. na jednak način kao i u Okvirnoj odluci, propisano je da u slučaju ponašanja koje predstavlja kazneno djelo iz Kataloga ne dolazi do provjere obostrane kažnjivosti. Francuski Vrhovni sud (Cour de cassation) u predmetu broj 06-88142 od 29. studenog 2006. godine¹⁰⁸ u kojem kao razloge odbijanja predaje ističe sljedeće: „...prema austrijskom nadležnom tijelu za kazneno djelo počinjeno 1996., presuda kaže, da prema francuskom zakonu djelo „teške prevare počinjene kao profesija“ je protupravno i pod utjecajem trogodišnje zastare, a s obzirom da je prema odredbama čl. 695-22. Zakona o kaznenom postupku nastup zastare prema francuskom pravu predstavlja razlog za odbijanja izvršenja naloga...“. Francuski Vrhovni sud je pozivajući se na predmet broj 06-88142 od 29. studenog 2006. godine, potvrdio jednako stajalište i u presudi broj 12-84760 od 8. kolovoza 2012.¹⁰⁹ Dakle, sukladno izloženim zaključujem kako je francuski Vrhovni sud u usporednoj situaciji s Vrhovnim sudom RH, odnosno u slučaju nastupa zastare, iako se radi o kaznenom djelu iz Kataloga, odbio izvršiti i.e. priznati europski uhidbeni nalog.

¹⁰⁶ LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004. Dostupno na internetskoj adresi: www.legifrance.gouv.fr

¹⁰⁷ Dostupno na internetskoj adresi: www.legifrance.gouv.fr

¹⁰⁸ Dostupno na internetskoj adresi: www.juricaf.org

¹⁰⁹ Dostupno na internetskoj adresi: www.juricaf.org

2.2.2.2.6. Irska i Velika Britanija

Okvirna odluka implementirana je u irsko zakonodavstvo Zakonom o europskom uhidbenom nalogu iz 2003. godine (dalje u tekstu Zakon o europskom uhidbenom nalogu)¹¹⁰. Apsolutne smetnje za izvršenje naloga, odnosno obavezni razlozi za odbijanje izvršenja propisani su III. dijelom Zakona o europskom uhidbenom nalogu.¹¹¹ Irski zakonodavac je i apsolutne i relativne razloge iz Okvirne odluke pripisala kao obvezne razloge za odbijanje izvršenja. Prema čl. 40. Zakona o europskom uhidbenom nalogu predaja pod okvirom europskog uhidbenog naloga se ne može izvršiti zbog toga što kumulativno određeno djelo ili propust predstavlja kazneno djelo po irskom pravu te je za isto nastupila zastara. U slučajevima kada po irskom zakonu (Statue of limitation)¹¹² za određeno kazneno djelo nije propisana zastara, tada postoji mogućnost pozivanja na čl. 37. istog zakona i tvrdnje da zbog duljeg protoka vremena od počinjenja kaznenog djela određena osoba neće imati pošteno suđenje.¹¹³

Obvezu implementacije Velika Britanija izvršila je I. dijelom Zakona o izručenju iz 2003. godine (dalje u tekstu: Zakon o izručenju)¹¹⁴. Kao jedan od obveznih razloga za neizvršenje naloga propisano je i nastupanje zastare. Velika Britanija je svojim zakonom propisala sljedeće: „Ako je izručenje osobe u teritorij¹¹⁵ zabranjena zbog protoka vremena i samo ako se čini da bi bilo nepošteno i opresivno izručiti ga zbog protoka vremena od navodnog počinjenja kaznenog djela...“, čime su to pitanje uredili gotovo jednakom definicijom iz Zakona o bjeguncima iz 1881. i 1967. godine (*Fugitive Offenders Act 1881.*, *Fugitive Offenders' Act 1967.*) te Zakona o izručenju iz 1989. godine (*Extradition Act 1989.*).¹¹⁶ Pozivanje na presudu u predmetima *Goodyer and Gomes v Trinidad i Tobago*¹¹⁷, *La Torre s Italy*¹¹⁸ itd., kojim je prihvaćen pristup, odnosno test Lorda Diplocka iz predmeta *Kakis v Cyprus*¹¹⁹ kako protok vremena može dovesti do nepravde ili opresivnosti, temelj je pristupa Ujedinjenog kraljevstva po pitanju zastare i europskog uhidbenog naloga.

Generalno, zbog drugačijeg pravnog sustava, odnosno drugačijeg pristupa pojmu i shvaćanju zastare, koja u pravilu ne postoji za kaznena djela i uglavnom se ograničava na civilne delikte, smatram da slučaj Irske i Velike Britanije nije u potpunosti komparabilan za rezultat istraživanja. Međutim, unatoč tome u Irskoj i Velikoj Britaniji postoji jasna praksa sudova u smislu zaštite svojih državljana od predaje.

2.2.2.2.7. Nizozemska

Okvirna odluka implementirana je u nizozemski pravni sustav odredbama Zakona od 24. travnja 2004. koji implementira Okvirnu odluku Vijeća Europske unije koja se odnosi na europski uhidbeni nalog i postupak predaje između država članica Europske unije (Zakon o

¹¹⁰ The European Arrest Warrant Act 2003 (Act No. 45/2003), European arrest warrant (application to third countries and amendment) and extradition (amendment) (Act No. 30/2012)

Dostupno na internetskoj adresi: www.irishstatutebook.ie

¹¹¹ Od čl. 37. do čl. 46.

¹¹² Dostupno na internetskoj adresi: www.irishstatutebook.ie

¹¹³ *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Stapleton* [2006] IEHC 43. Dostupno na internetskoj adresi: www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2006/H43.htm

¹¹⁴ Extradition Act 2003 (c. 41). Dostupno na internetskoj adresi: www.legislation.gov.uk

¹¹⁵ Države članice EU.

¹¹⁶ Osobnog sam mišljenja da je navedenom definicijom apsolutne smetnje Velika Britanija izašla iz okvira Okvirne odluke, odnosno onoga što se zastarom kao razlogom za neizvršenje naloga željelo postići.

¹¹⁷ *Goodyer and Gomes v Trinidad i Tobago* [2009] UKHL 21

¹¹⁸ *La Torre s Italy* [2007] EWHC 1370

¹¹⁹ *Kakis v Cyprus* [1978] 1 WLR 779, HL(E)

predaji).¹²⁰ Prema č. 9. st. 1. t. f. Zakona o predaji, nastup zastare po nizozemskom pravu, uz postojanje nadležnosti nizozemskog nadležnog organa, propisan je kao obligatoran razlog za odbijanje izvršenja naloga. Dakle, Nizozemska je kao i većina analiziranih država članica odlučila relativan razlog iz Okvirne odluke (čl. 4. st. 1. t. 4.) propisati kao obavezan (apsolutan) razlog za neizvršenje naloga. Okružni sud u Amsterdamu u predmetima broj: 13.497.455.06 od 24. listopada 2006., 113.497.488-2006 od 3. studenog 2006., 3.706080-10 od 29. travnja 2010. te 13/706788-12 od 28. prosinca 2013. je redom, pozivajući se na čl. 9. st. 1. t. f. Zakona o predaji, odbijao izvršiti predaju.¹²¹ Preciznije, u predmetu broj: 13.497.488-2006 Okružni sud u Amsterdamu je odlučio kako se određeno kazneno djelo, za koje njemačko nadležno tijelo traži predaju, može supsumirati pod: nezakonita trgovina opojnim drogama i psihotropnim tvarima, kao kaznenim djelom za koje se isključuje provjera obostrane kažnjivosti. Međutim, bez obzira na navedenu činjenicu, Okružni sud je u točki 5. svoje odluke istaknuo kako je po nizozemskom pravu nastup zastare obligatoran razlog za odbijanje predaju, pa je zbog istog razloga donio odluku kako se predaja ne može izvršiti radi nastupa zastare. U svim navedenim predmetima konačno je riješeno postavljeno pitanje te iste odluke nisu bile predmet revizijskog postupka, što znači, da se na temelju istih, može zaključiti o pravnoj praksi nizozemskog sudstva. Iz svega navedenog se može zaključiti kako je nizozemski Okružni sud rješavajući o europskom uhitbenom nalogu u primjeru ponašanja koje predstavlja kazneno djelo iz Kataloga zbog nastupa zastare po nizozemskom pravu odlučio odbiti nalog, čime je postupio suprotno Vrhovnom sudu RH.

2.2.2.2.8. Njemačka

Osmim dijelom njemačkog Međunarodnog zakona o pravnoj pomoći (dalje u tekstu: IRG)¹²² uvedene su odredbe Okvirne odluke u njemački pravni sustav. Zanimljivo je da je njemački zakonodavac zadržao prijašnju odredbu o nastupu zastare kao obveznom razlogu za odbijanje izručenja¹²³, što je u skladu s Okvirnom odlukom. Dakle, pod uvjetom da postoji nadležnost njemačkog sudstva, po odredbama IRG-a ne dolazi do izručenja, odnosno predaje u slučaju nastupanja zastare po njemačkom pravu za određeno kazneno djelo ili izvršenje sankcije. Kako bi se riješile eventualne dileme, o pitanju zastare kao smetnje predaje odlučivao je i njemački Savezni ustavni sud (BVerfG, 2 BvR 2115/09)¹²⁴ koji je, između ostaloga, u svojoj odluci odlučio postaviti uvjet koji optužba mora zadovoljiti kako bi se po njoj uopće moglo postupati. Tako je Savezni ustavni sud odredio da optužba mora biti dovoljno precizno određena da bi se mogla po njemačkom pravu podvući pod određeno kazneno djelo, a sve u cilju lakšeg sudskog ispitivanja pretpostavki za izručenje pa tako i instituta zastare. Nadalje, Savezni ustavni sud je presudio kako se po uvjetom ispunjenja kriterija, odnosno uvjeta može pristupiti ocjenjivanju činjenične osnove, pa posljedično mogućnosti provjere nastupa zastare: „...činjenično stanje za koje se tereti optuženik prema njemačkom pravu...je zastarjelo“. Osvrnuvši se na pitanje zastare Savezni ustavni sud pitanje obostrane kažnjivosti nije niti spomenuo, čime je određeno jasno stajalište njemačkog sudstva o predmetnom pitanju. Naravno, stajalište njemačkog Saveznog ustavnog

¹²⁰ Wet van 29 april 2004 tot implementatie van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (Overleveringswet) – dalje u tekstu: Zakon o predaji). Dostupno na internetskoj adresi: www.overheid.nl

¹²¹ Presude dostupne na internetskoj adresi: <http://www.rechtspraak.nl>

¹²² Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juni 1994 (BGBl. I S. 1537), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Juli 2014 (BGBl. I S. 890) geändert worden ist. Dostupno na internetskoj adresi: www.jusline.de

¹²³ Propisanu § 9 n° 2 alt. 1 IRG. Njemačka je zadržala naziv izručenje i kada se radi o predaji između država članica na temelju Okvirne odluke.

¹²⁴ Dostupno na internetskoj adresi: <https://www.bundesverfassungsgericht.de>

suda obvezno je za sve sudove čime je postavljen temelj pravne prakse njemačkog sudstva u predmetnom pitanju. Konkretno, praksa se potvrdila i u predmetu pred Općinskim kaznenim sudom u Zagrebu Ko-490/09, kada je generalno državno odvjetništvo Zweibrücke odbilo nalog za izručenje Ivana Radoševića zbog nastupa zastare po njemačkom pravu. Dakle, njemačka pravna praksa, konkretnije, Savezni ustavni sud, je u usporednoj situaciji donio odluku suprotnu Vrhovnom sudu RH te je time otklonio dilemu ili moguće nejasnoće u primjeni odredaba IRG-a od strane njemačkih nadležnih tijela. Rješavanje predmetnog pitanja od strane Ustavnog suda pristup je koji se pojavio i kod Češke, a koji nam posredno govori i o razini važnosti zaštite vlastitih državljana od izručenja.

2.2.2.2.9. Države članice koje ne mogu poslužiti kao reprezentativni uzorak

Očekivano, postoje određene države članice koje ne mogu poslužiti kao reprezentativni uzorak. One su čl. 4. st. 1. t. 4. Okvirne odluke, odnosno nastup zastare po pravu države izvršenja naloga uz postojanje nadležnosti te države u skladu s njezinim pravom, jednako kao i u Okvirnoj odluci, propisale kao relativan razlog za odbijanje, odnosno nepriznanje naloga. Zbog tog razloga, pregled sudske prakse tih država članica ne bi bio svrsishodan, pošto ne bi doveo do potvrde osnovanosti ili neosnovanosti stajališta i.e. teze. Neke države članice koje su čl. 4. st. 1. t. 4. Okvirne odluke propisale kao relativan razlog za odbijanje naloga: Bugarska, Danska, Finska, Latvija, Luksemburg, Portugal, Španjolska, itd.

3. Zaključak

Jedan od uzroka nastanka predmetnog pitanja svakako se nalazi i na samom početku, odnosno u domeni europskog zakonodavca. Unatoč želji za približavanjem zakonodavstva¹²⁵ i usvajanju načela uzajamnog priznanja kao alata radi ostvarenja cilja stvaranja područja slobode, sigurnosti i pravde, pokazale su se; kako manjkavosti određenih predmetnih odredaba Okvirne odluke pa tako i samog instituta pravne regulacije za unifikaciju prava i.e. okvirne odluke. Prostor za moguće poboljšanje vidim u odredbama koje se odnose na neizvršenje naloga, preciznije, stava sam, kako je europski zakonodavac propisivanjem samo obligatornih razloga za odbijanje izvršenja naloga mogao na kvalitetniji način harmonizirati pravo Europske unije i spriječiti pojavu različitih odredaba implementaciji zakona te njihovo nejednako tumačenje. Nadalje, razumijem kako u vrijeme donošenja Okvirne odluke nije postojao odgovarajući institut koji bi nametno jedinstveno nadnacionalno rješavanje kaznenopravnog pitanja u okviru trećeg stupa. Zbog toga, smatram, kako bi danas, u vremenu nakon Lisabonskog ugovora, radi potpunog i ujednačenog ostvarenja ciljeva prikladniji instrument bila uredba, međutim zbog objektivnih razloga, odnosno generalne nemogućnosti „zamjene“ odredaba instituta okvirne odluke uredbom, kao mogućnost nam ostaje prethodni postupak Suda EU.¹²⁶

Analizom dijela odluke Vrhovnog suda RH koji se odnosi na zastaru kao smetnju za izručenje uočio sam nekoliko nedostataka. Jasno je kako je zahtjevno izložiti iskristaliziran stav o zastari i njezinoj pravnoj naravi. Unutar samog kontinentalnog pravnog jedinstva o pitanju njezina karaktera postoje nedoumice i nesuglasnosti. Međutim, smatram kako sam uspješno prikazao nedosljednost Vrhovnog suda RH koji je o pravnoj naravi zastare u određenim predmetima i izraženim pravnim mišljenjima zauzimao i drugačija stajališta, zbog čega njegovo objašnjenje o materijalnoj pravnoj naravi zastare i upravo tom razlo-

¹²⁵ Prema konačnoj komunikaciji između Parlamenta i Vijeća. Dostupno na internetskoj adresi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52000DC0495>

¹²⁶ Sukladno *acquis communautaire* postoji mogućnost zamjene okvirne odluke u direktivu kao instrumenta uvedenoga Lisabonskim ugovorom.

gu za njezinu neprovjeru u slučaju isključenja obostrane kažnjivosti, u uzimajući u obzir i ostale argumente, smatram nedovoljno dobrim. Također, smatram da sam prikazao kako metode tumačenja¹²⁷ pokazuju da nastup zastare nije dio domene ispitivanja načela obostrane kažnjivosti, odnosno teorija *in concreto* i *in abstracto*, što se posebno izražava u čl. 4 st. 1. t. 4. Okvirne odluke i čl. 20. st. 2. t. 7. ZPSKS-EU-a, gdje se zastara navodi kao poseban razlog za neizvršenje naloga, a ne u okviru čl. 4. st. 1. t. 1. Okvirne odluke i čl. 20. st. 2. t. 4 ZPSKS-EU-a. Generalno smatram, kako karakter, odnosno pristup pravnoj naravi zastare ne bi niti smio biti od utjecaja na konačnu odluku. Razlog tomu izričita je i jasna odredba ZPSKS-EU-a, točnije čl. 20. st. 2. t. 7. koja propisuje da u slučaju nastupa zastare kaznenog progona ili izvršenja kaznenopravne sankcije po domaćem pravu te u slučaju postojanja nadležnost Republike Hrvatske na temelju domaćeg prava, treba odbiti priznanje europskog uhiđenog naloga. Međutim, Vrhovni sud RH je tu odredbu, doslovno kao i cijeli ZPSKS-EU, odlučio ignorirati utvrdivši kako u slučaju isključenja postojanja obostrane kažnjivosti ne dolazi do provjere zastare. Ignoriranje pronalazim u objašnjenju analizirane odluke Vrhovnog suda RH koji se, iako ona nema izravni učinak, pozivao na odredbe Okvirne odluke, a ne odgovarajuće ZPSKS-EU-a. Osim toga, Vrhovni sud RH je tumačio odredbe Okvirne odluke te pretpostavljao ciljeve za koje smatra da je europski zakonodavac želio ostvariti, što definitivno nije u njegovoj nadležnosti. Objektivni su razlozi zbog kojih Vrhovni sud RH nije mogao uputiti predmet koji definitivno nije *acte clair* Sudu EU, koji bi, pod uvjetom da prihvati nadležnost, riješio problematiku predmetnog pitanja obvezujućim učinkom za područje cijele Europe unije, no bez obzira na nemogućnost upućivanja smatram kako sam uspješno prikazao kako je Vrhovni sud RH prekoračio granice vlastite nadležnosti.

Koristeći usporednu metodu postavio sam određene kriterije istraživanja, ispunjenjem kojih bi došao do rezultata koji bi mogli potvrditi ili pobiti stajalište Vrhovnog suda RH. Istraživanje pravne prakse država članica prvenstveno je ukazalo na problem različitosti u implementacijom propisima i načinima rješavanja predmetnog pitanja. Određene države članice, kao što su Bugarska, Luksemburg, Portugal, Španjolska itd., zadržale su podjelu apsolutnih i relativnih smetnji za izvršenje naloga iz Okvirne odluke. Irska i Velika Britanija zbog, u biti, nepostojanja instituta zastare u kaznenom pravu se nisu mogle uzeti kao reprezentativni uzorak. Određeni broj država članica i.e. Austrija, Belgija, Češka, Francuska, Nizozemska, Njemačka te Irska i Velika Britanija zakonom o provedbi je odredilo i apsolutne i relativne razloge iz Okvirne odluke kao apsolutne razloge, čime su postupili jednako kao i hrvatski zakonodavac. Provedeno istraživanje pokazalo je kako sudska praksa reprezentativnih država (Belgija, Češka, Francuska, Nizozemska, Njemačka) zauzela drugačije tumačenje od Vrhovnog suda RH, odnosno u slučaju nastupa zastare bez obzira radilo se o ponašanju koje predstavlja djelo iz Kataloga ili ne, sudovi su redom odbijali priznanje, odnosno izvršenje naloga. Važno je naglasiti kako niti jedan od reprezentativnih sudova analiziranih država članice nije primijenio tumačenje Vrhovnog suda RH, odnosno nije niti doveo u vezu nastup zastare (kao obaveznog razloga za neizvršenje naloga) s Katalogom. Poseban pristup rješavanju predmetnog pitanja zabilježen je u Češkoj i Njemačkoj, gdje se, suprotno rješenju Ustavnog suda RH, u problematiku predmetnog pitanja uključio i Ustavni sud, koji je svojom odlukom odredio obavezno stajalište nacionalnog sudstva o predmetom pitanju. Odlukom Vrhovnog suda RH i odbijanjem miješanja Ustavnog suda RH, definitivno smo gurnuti u sferu nejednakosti s obzirom na državljane drugih članica Europskoj uniji. Maglovitost razloga zbog kojih su naši sudovi dopustili izloženost svojih državljana je svakako upitna i nelagodna. Sukladno svime izloženim teško je ne složiti se o postojanju definitivno sporne i na pozitivnim propisima neutemeljene odluke Vrhovnog suda RH.

¹²⁷ U prvom redu gramatička, logička i teleološka.

**The European Arrest Warrant and the role of the statute of limitations:
a critical review of the case law from the theoretical and practical view**

In the following article, from a theoretical and practical angle, the author supports the thesis that the statute of limitations under Article 20 paragraph 2 point 7 ZPSKS-EU represent a reason for refusal of recognition of the European Arrest Warrant in the case of the exclusion of double criminality. At the beginning, the author starts with a historical overview of the chronological development of the European Arrest Warrant. The author concludes the introduction with a definition of the European arrest warrant with a review of the absolute and relative grounds for refusal of recognition. In order to fully understand the concepts, special attention is devoted to the elaboration of the meaning and scope of the principle of double criminality, i.e. what is subsumed under Article 10 paragraph 1 ZPSKS-EU, or Article 2 paragraph 2 of the Framework Decision. With complete understanding of all required concepts, the author approaches the basis of work: analysis of the decision or the point of view of the Supreme Court and, using the comparative method, the research of legal practice of high court's of certain Member States. The author concludes with the existence of dispute as well as applicable laws unfounded decisions of the *Supreme Court* of the Republic of *Croatia*.

Povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid

UDK: 341.461

341.485:341.461

Sažetak

Povreda međunarodne obveze, koja mora postojati da bi došlo do odgovornosti države za genocid, jedna je od važnijih elemenata za shvaćanje odgovornosti države za takav zločin. Za njeno obrazlaganje potrebno je tumačiti odredbe dvaju međunarodnih dokumenata: Konvencije o kažnjavanju i sprječavanju zločina genocida te Nacrta članaka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine. Preciznije određivanje pravila povrede međunarodne obveze u sklopu odgovornosti države za genocid dao je Međunarodni sud u dvije dosadašnje presude, BiH v. Srbija te Hrvatska v. Srbija. Obje presude odnose se na događaje s prostora bivše Jugoslavije te za sada čine cjelokupnu praksu ICJ-a u odgovornosti države za genocid, a zbog čega su navedene presude od posebne vrijednosti. Ovim člankom obrazlaže se povreda međunarodne obveze u sklopu odgovornosti države za genocid na temelju dva navedena dokumenta te dvije presude ICJ-a, posebice tumačeći njihov značaj i vrijednost u međunarodnoj zajednici. Ističe se razlikovanje povrede obveze nepočinjenja genocida, obveze kažnjavanja te obveze sprečavanja genocida, što je ustanovljeno u presudi BiH v. Srbija. Također, ističe se i značaj presude Hrvatska v. Srbija kojom je ICJ posredno precizirao određena pravila. Konačno, zaključkom se navodi kako su dvjema presudama postavljeni temelji tumačenja odredbi Konvencije o genocidu i Nacrta članaka te kako ostaje još mnogo nedovoljno preciziranih pravila povrede međunarodne obveze u sklopu odgovornosti države za genocid.

Ključne riječi: genocid, odgovornost države za genocid, povreda međunarodne obveze, sekundarna pravila, Međunarodni sud

1. Uvod

Utvrđivanje odgovornosti države za genocid jedno je od kompleksnijih pitanja međunarodnog prava. U njezinoj konstrukciji, pored objektivnog elementa *actus rei* i subjektivnog *mentis rea* koji su osnovne pretpostavke počinjenja zločina genocida, zahtijeva se i pripisivost međunarodno protupravnog čina genocida državi te da pritom postoji povreda međunarodne obveze. S obzirom na nedostatnu regulaciju pitanja odgovornosti države u Konvenciji o kažnjavanju i sprječavanju zločina genocida¹ (u daljnjem tekstu: Konvencija o

¹ Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Službeni vjesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ, broj 2/1950.; NN MU br. 12/1993.

genocidu), pripisivost i povreda međunarodne obveze tumače se u skladu s Nacrtom članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine² (u daljnjem tekstu: Nacrt članka). Iako neobvezujuć, Nacrt članka dokument je koji je izradila UN-ova Komisija za međunarodno pravo te koji kroz svoju kodifikaciju dotada postojećih običajnih pravila pripisivosti i progresivno djelovanje predstavlja temelj odgovornosti države za međunarodno protupravne čine. On sadržava tzv. "sekundarna" pravila koja se bave posljedicama neispunjenja obveza utemeljenih "primarnim" pravilima,³ odnosno u konkretnom slučaju Konvencijom o genocidu.⁴ Tako su odredbe mjerodavne za povredu međunarodne obveze regulirane općenito u čl. 2. Nacrta članka koji se detaljno razrađuje u Trećem poglavlju Nacrta, u člancima 12. do 14. Njihova primjena nužna je za utvrđivanje povreda međunarodnih obveza država koje proizlaze iz Konvencije o genocidu.

Uz tumačenje Nacrta članka koje je Komisija za međunarodno pravo iznijela u svojim komentarima priloženim uz tekst Nacrta članka, važno je uzeti u obzir i tumačenje koje iznosi Međunarodni sud (u daljnjem tekstu: ICJ) u svojoj praksi utvrđivanja odgovornosti države za genocide. Iako u samim počecima, praksa ICJ-a dala je odgovore na razna pitanja vezana uz samu povredu međunarodne obveze u sklopu utvrđivanja odgovornosti države za genocide. Najvažnije je razlikovanje povrede obveze nepočinjenja genocida od obveze sprečavanja te obveze kažnjavanja genocida. Dok se u predmetu *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (u daljnjem tekstu: *BiH v. Srbija*) ICJ izravno upustio u pitanja povrede međunarodne obveze, u predmetu *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (u daljnjem tekstu: *Hrvatska v. Srbija*) je posredno kroz utvrđivanje nadležnosti iznio, za međunarodnopravnu doktrinu, vrijedne zaključke. Upravo zbog toga što dva navedena predmeta čine sami početak prakse ICJ-a u pitanju odgovornosti države za genocide te su polazne točke za daljnji razvitak te materije, važno je razumjeti stajališta koja je ICJ zauzeo u njima povodom povreda međunarodne obveze pri utvrđivanju odgovornosti države za genocide.

2. Pojam i sadržaj povrede međunarodne obveze

2.1. Terminologija povrede međunarodne obveze u praksi međunarodnih sudova i međunarodne arbitraže

Pojam „povreda međunarodne obveze države” („*breach of international obligation of the State*”) dugo je ustaljen termin u praksi i teoriji međunarodnog prava koji obuhvaća i ugovorne i neugovorne međunarodne obveze. Ipak, u dosadašnjoj praksi međunarodnih sudova korišteni su različiti termini kojima se označavala povreda međunarodne obveze. U odluci o nadležnosti u predmetu *Factory at Chorzów* iz 1927. godine⁵ Stalni sud međuna-

² Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Resolution adopted by General Assembly, A/56/83 "Responsibility of States for internationally wrongful acts", od 12. prosinca 2001., dostupno na: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf>; tekst prethodno korigiran dokumentom UN General Assembly A/56/49(vol. 1.)/corr. 4, od 28. rujna 2001., dostupno na: <http://www.un.org/ga/56/document.htm>

³ "Primarna" pravila su ona koja u pojedinom području međudržavnih ili drugih odnosa nameću partikularne obveze državama.; O "primarnim" i "sekundarnim" pravilima v. više: A. GOURGOURINIS, General/Particular International Law and Primary/Secondary Unitary Terminology of a Fragmented System, *The European Journal of International Law*, vol. 22., no. 4., 2011., str. 1016.

⁴ "Primarna" pravila su ona koja u pojedinom području međudržavnih ili drugih odnosa nameću partikularne obveze državama.; O "primarnim" i "sekundarnim" pravilima v. više: A. GOURGOURINIS, General/Particular International Law and Primary/Secondary Unitary Terminology of a Fragmented System, *The European Journal of International Law*, vol. 22., no. 4., 2011., str. 1016.

⁵ *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment no. 8., 1927., P.C.I.J., Series A, no. 9., str. 21., dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf

rodne pravde (u daljnjem tekstu: PCIJ) koristio se terminom „*breach of engagement*”, jednako kao i u konačnoj presudi o istom predmetu 1928. godine.⁶ U savjetodavnom mišljenju u predmetu *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ se također pozvao na prethodno navedenu odluku PCIJ-a o nadležnosti te se koristio istom terminologijom.⁷ U predmetu *Rainbow Warrior* arbitražni sud je upotrijebio termin „any violation by a State of any obligation”.⁸ Pored navedenih, u praksi su se još koristili termini „non-execution of international obligations”, „acts incompatible with international obligations” te „violation of an international obligation”.⁹ Zanimljivo je, također, primjer terminologije iz teksta članka prihvaćen na prvom čitanju od treće komisije Konferencije za kodifikaciju međunarodnog prava (Hag, 1930.) u kojem je korištena terminologija „any failure...to carry out the international obligations of the State”.¹⁰ No, unatoč tome sve te formulacije u osnovi imaju jednako značenje koje se sadržajno ne razlikuje jedno od drugog. Pojam „povreda međunarodne obveze”, usvojen u Nacrtu članaka, odgovara jeziku prihvaćenom u Statutu Međunarodnog suda, koji u čl. 36. st. 2. toč. c. također koristi izraz „*breach of obligation*”.¹¹ Prema obrazloženju iz komentara Nacrta članaka, taj pojam najjasnije odražava sadržaj navedenog konstitutivnog elementa te je stoga prihvaćen i od strane autora ovoga rada.¹²

2.2. Sadržaj povrede međunarodne obveze

U međunarodnom pravu ideja povrede međunarodne obveze često se izjednačava s ponašanjem protivnom pravima drugih.¹³ U presudi u slučaju *Phosphates in Morocco*, PCIJ je naveo čin države kao „protivan pravima iz međunarodnog ugovora druge države”.¹⁴ Iz toga proizlazi zaključak da ne postoji međunarodnopravna obveza nekog međunarodnog subjekta, ako s druge strane ne postoji međunarodnopravno pravo nekog drugog subjekta ili više njih, ili pak prava međunarodne zajednice kao cjeline.¹⁵ Ako nema međunarodnopravne obveze države onda ne može doći niti do njezine povrede, a time niti do odgovornosti države za određeni međunarodno protupravni čin.

⁶ *Factory at Chorzów, Merits, Judgment no. 13., 1928., P.C.I.J., Series A, no. 17., str. 29.,* dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compotence_Arret.pdf

⁷ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 11949., str. 174., str. 184.,* dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>

⁸ *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986. between two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), Reports of International Arbitral Awards, vol. 20., 1990., str. 215., para. 75.,* dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 170.,* od 26. veljače 2007., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (u daljnjem tekstu: skraćeno citiranje: ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*)

⁹ J. CRAWFORD., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2005., str. 83.

¹⁰ *United Nations Yearbook of the International Law Commission 1956: Documents of the eight session including the report of the Commission to the General Assembly, vol. 2., New York, 1957., str. 225.,* dostupno na: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1956_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1956_v2_e.pdf)

¹¹ *Statute of the International Court of Justice, u: Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 1945., čl. 36. st. 2. toč. 3.,* dostupno na: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/unc-harter.pdf>: „the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of international obligation.”

¹² *United Nations Yearbook of the International Law Commission 2001.: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, vol 2., part 2., New York et Geneva, 2007., str. 20.,* dostupno na: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_2001_v2_p2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_2001_v2_p2_e.pdf), str. 35.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74., str. 10., str. 28.,* dostupno na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf

¹⁵ *UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 35.*

Člankom 12. Nacrta članaka općenito je definirano od čega se sastoji međunarodna povreda obveze. Prema njemu međunarodna povreda obveze države postoji kada čin te države nije u skladu sa zahtjevima te obveze, neovisno o njezinom izvoru ili karakteru.¹⁶ Svrha tako općenito postavljene definicije je da se postave općeniti kriteriji koji moraju biti ispunjeni da bi se moglo uopće raspravljati da neki čin države predstavlja povredu međunarodne obveze. Tek ako se ispostavi da čin države nije u skladu s nekom međunarodno-pravnom obvezom onda će se ići dalje proučavati jesu li ispunjeni i drugi uvjeti iz ostalih odredbi Treće glave Nacrta potrebni da neki čin države ispunjava konstitutivni element međunarodno protupravnog čina iz čl. 2., povrede međunarodne obveze.¹⁷

U smislu čl. 12. Nacrta, povreda međunarodne obveze sastoji se od nesuglasnosti između ponašanja koje se zahtjeva od države na temelju određene međunarodnopravne obveze i stvarnog ponašanja države. U praksi međunarodnih sudova to se nesuglasje označavalo na različite načine. ICJ je u presudi *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran* upotrijebio konstrukciju „incompability with obligations”.¹⁸ U drugoj presudi *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* koristio se terminima „contrary to a given rule” ili „inconsistent with a given rule”,¹⁹ dok u trećoj *Gabčikovo-Nagymaros Project case* „failure to comply with treaty obligations”.²⁰ U komentarima priloženim uz Nacrč članaka navedeno je da se za opisivanje sadržaja čl. 12. najprikladnijom smatra upotreba konstrukcije „not in conformity with what is required of it by that obligation”. Prema tumačenju komentatora Nacrta, navedena konstrukcija dopušta mogućnost postojanja povrede i ako je čin države samo djelomično suprotan određenoj međunarodnoj obvezi. Osim toga, neovisno o vrsti obveze koja se od države zahtjeva kao i od preciznosti njezine definiranosti, uvijek se usporedbom stvarnog ponašanja države sa zahtjevanim ponašanjem države može zaključiti je li došlo do povrede međunarodne obveze. Pojam „is not in conformity with” dovoljno je fleksibilan da pokriva skoro sve različite načine na koje se određena međunarodna obveza može izraziti kao i različite forme na koje se povreda može izvršiti.²¹

Prilikom interpretacije konstitutivnog elementa međunarodno protupravnog čina, povrede međunarodne obveze, važno je osvrnuti se na činjenicu da u čl. 12. Nacrta članaka nije određeno iz kojih međunarodnopravnih izvora mogu potjecati povrijeđene obveze niti kakvog su karaktera. Naprotiv, izrazom „regardless of its origin or character” Komisija za međunarodno pravo otvorila je mogućnost primjene navedene odredbe na sve međunarodne obveze država neovisno o tome proizlaze li one iz međunarodnih ugovora, običajnog pravila ili općeg načela međunarodnog pravnog poretka.²² Takvo postupanje je u skladu s općim karakterom Nacrta članaka te s konceptom „sekundarnih” pravila koji je prihvaćen prilikom izrade Nacrta. Njime je proširena mogućnost odgovornosti država za povredu

¹⁶ Nacrč članaka, čl. 12.

¹⁷ Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 54.

¹⁸ United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, I.C.J. Reports 1980., str. 3., para. 56., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>

¹⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986., str. 14., para. 115. et 186., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

²⁰ Gabčikovo-Nagymaros Project case (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997., str. 7., para. 57., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>

²¹ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 54.-55.

²² Slično je navedeno i u slučaju pred arbitražnim sudom *Rainbow Warrior*: „...bilo koja povreda od strane države bilo koje obveze, iz bilo kojeg izvora, izaziva odgovornost države i posljedično, obvezu reparacije.”; Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986. between two States and which related to the problems arising from the *Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. 20., 1990., str. 215., para. 75., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf;

različitih vrsta obveza koje proizlaze iz različitih izvora što će posebno važno biti kod odgovornosti države za genocid gdje je izvor povrede dvojne prirode. Iz toga također proizlazi da Nacrt članaka ne prihvaća nikakve distinkcije s obzirom na vrstu i karakter obveze, osim u slučaju gore obrađenih ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava za koje je propisan nešto stroži režim.²³

Međutim, treba napomenuti da Nacrt članaka izričito ne dopušta retroaktivno djelovanje određenih obveza. Bez obzira ako bi određena država počinila čin koji bi mogao poprimiti obilježja međunarodno protupravnog čina, povreda međunarodne obveze neće postojati ako država u trenutku počinjenja čina nije bila vezana određenom međunarodnom obvezom. Iz toga proizlazi da neće biti uspostavljena niti odgovornost države. To je jedno od općih načela prava koje je propisano čl. 13. Nacrta članaka, a čvrsto je prihvaćeno i u praksi međunarodnih sudova. Njega je u predmetu *Island of Palmas* pred arbitražnim sudom, arbitar Max Huber jasno obrazložio: „Pravna činjenica mora biti poštovana prema svjetlu prava suvremenog s njom, a ne prema pravu koje je na snazi u vrijeme kada se pokreće ili neuspjeha raspravljanje o sporu.”²⁴ Po tom pitanju, zanimljivi su slučajevi pred Mješovitom komisijom Sjedinjenih Američkih Država i Velike Britanije, ustanovljenom Konvencijom između SAD-a i Velike Britanije od 23. prosinca 1854., u vezi zapljene američkih brodova umiješanih u trgovinu roblja od strane britanskih vlasti. U navedenim slučajevima Mješovita komisija je morala odrediti je li u vrijeme zapljene pojedinih brodova ropstvo bilo protivno pravima naroda. U slučajevima u vrijeme kojih se ropstvo još smatralo zakonitim, zaključeno je da postoji odgovornost Velike Britanije za zapljenu američkih brodova.²⁵ U drugim slučajevima koji su se dogodili nakon što je ropstvo postalo „zabranjeno u svim civiliziranim narodima” odlučeno je da nije došlo do povrede međunarodne obveze Velike Britanije koja je proizlazila iz međunarodnog ugovora sa SAD-om.²⁶ Slično je određeno i pred arbitražnim sudom u slučaju o zapljeni američkog broda *James Hamilton Lewis* od strane ruskih vlasti. U tom je slučaju arbitar Asser naveo da “u skladu s općim načelima prava naroda i duhom međunarodnog prava, sporazumi koji obvezuju Visoke ugovornice moraju biti na snazi u vrijeme zapljene broda.”²⁷ S obzirom na prethodno obrazloženo, može se zaključiti da je načelo propisano čl. 13. Nacrta članaka nužna pretpostavka postojanja odgovornosti države za međunarodno protupravne čine.

2.2.1. Povreda međunarodne obveze kao posredno pitanje u predmetu *Hrvatska v. Srbija*

Pitanje primjene čl. 13. Nacrta članaka tumačio je i ICJ u presudi. Naime, ICJ je posredno potvrdio načelo propisano čl. 13. Nacrta članaka kroz ispitivanje svoje nadležnosti za događaje koji su se zbili prije 27. travnja 1992. Hrvatski zastupnici tvrdili su da Savezna Republika Jugoslavija (u daljnjem tekstu: SRJ) može biti odgovorna za čine, koji predstavljaju povredu međunarodne obveze, poduzete prije 27.04.1992. na temelju čl. 10. st. 2. Nacrta

²³ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 55-57.

²⁴ *Island of Palmas case (Netherlands v. United States of America)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. 2., 1928., str. 829., str. 845., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf

²⁵ Odgovornost Velike Britanije utvrđena je za slučajeve brodova “*Enterprize*”, “*Hermosa*” i “*Creole*”; Commission established under the Convention concluded between the United States of America and Great Britain on 8 February 1853, *Case of the Enterprize v. Great Britain*, opinions of the Commissioners and decision of the Umpire, Mr. Bates; case of the *Hermosa v. Great Britain*, decision of the Umpire, Mr. Bates; and case of the *Creole v. Great Britain*, decision of the Umpire, Mr. Bates, Reports of International Arbitral Awards, vol. 29., 1854., str. 26.-53., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/26-53.pdf

²⁶ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 57-58.

²⁷ Case concerning vessels *Cape Horn Pigeon*, *James Hamilton Lewis*, *C. H. White and Kate and Anna*, Reports of International Arbitral Awards, vol. 9., 1902., str. 51., str. 66., dostupno na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/51-78.pdf

članaka.²⁸ Tim člankom propisano je pravilo kojim se novonastaloj državi, odnosno SRJ-u, pripisuju čini ustanika koji su ju osnovali, u navedenom predmetu pripadnici pokreta „Velike Srbije“.²⁹ ICJ je ustanovio da je SRJ formalno nastala 27. travnja 1992. te je od tada i obvezana Konvencijom o genocidu.³⁰ Pripadnici pokreta „Velike Srbije“, koji su osnovali SRJ, djelovali su prije tog datuma. Iz svega navedenog proizlazi pitanje mogu li se SRJ-u pripisati čini, koji predstavljaju povredu međunarodne obveze, poduzeti prije nego je SRJ nastala, odnosno bila pod tom obvezom? Dakle, može li SRJ biti odgovorna za povredu međunarodne obveze koja je počinjena kada SRJ nije bila vezana tom obvezom? ICJ je jasno utvrdio kako čl. 10. st. 2. Nacrta članaka ne stvara novu obvezu za ustanike niti državu te ne utječe na primjenu načela propisanog čl. 13. Nacrta. Time je zapravo utvrdio kako SRJ ne može biti odgovorna za povredu obveze koja se dogodila prije 27. travnja 1992. kada nije bila niti vezana tom obvezom u trenutku njenog kršenja.³¹ Drugim riječima, ICJ je potvrdio načelo iz čl. 13. Nacrta članaka prema kojem čin države ne predstavlja povredu međunarodne obveze ako država u trenutku njegova počinjenja nije bila vezana tom obvezom.³²

3. Vremensko produženje povrede međunarodne obveze i sastavljeni protupravni čin

U načelu pitanje započinjanja i trajanja pojedinih protupravnih radnji spada u područje „primarnih“ pravila te ovisi o postojanju i sadržaju pojedine partikularne obveze te određene okolnosti pojedinog slučaja. Ipak, iz toga područja se mogu izvući određena temeljna pravila koja su regulirana čl. 14. Nacrta članaka.

U tom smislu Nacrt je razvio razlikovanje između neproduženih i produženih protupravnih čina te primjenio navedeno razlikovanje na slučajeve obveze sprječavanja nastupanja određenog događaja. Neproduženi protupravni čini su oni koji su dovršeni u trenutku njihova izvršenja, neovisno o tome je li se njegovi učinci ili posljedice nastavljaju.³³ Produženi protupravni čini odvijaju se kroz cijelo razdoblje za vrijeme kojeg se čin nastavlja i ostaju u suprotnosti s međunarodnom obvezom u tom periodu, pretpostavljajući pritom da je država cijelo to vrijeme vezana povrijeđenom međunarodnom obvezom.³⁴ U koju kategoriju pripada pojedini protupravni čin ovisit će o primarnim obvezama i okolnostima konkretnog slučaja.³⁵

U st. 3. čl. 14. Nacrta reguliran je važan slučaj obveze sprječavanja nastupanja određenog događaja na koji je primjenjena prethodno navedena distinkcija. Obveze na sprječavanje obično su konstruirane kao tzv. „*best effort obligations*“, koje zahtjevaju od država da

²⁸ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgement, I.C.J. Reports 2015, para 102., od 3. veljače 2015., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (u daljnjem tekstu: skraćeno citiranje: „ICJ, Croatia v. Serbia“); Čl. 10. st. 2. Nacrta članaka: „Čin ustanika, ili drugog pokreta, koji uspije u osnivanju nove države u dijelu teritorija prethodno postojeće države ili u teritoriju pod njenom upravom smatrat će se činom nove države prema međunarodnom pravu.“

²⁹ „Velika Srbija“ (eng. *Greater Serbia*) predstavlja ideologiju koja se u početku odnosila na proširenje Srbije i ujedinjenje svih Srba na području Balkana. Pri raspadu SFRJ-a ideologija se zalagala za proširenje Srbije na područje država koje su činile SFRJ.; v. više: S. MALEŠEVIĆ, *Ideology, Legitimacy and the New State: Yugoslavia, Serbia and Croatia*, New York, 2013., str. 258. *et seq.*

³⁰ ICJ, Croatia v. Serbia, para. 105.

³¹ *Ibid.* para. 104.-105.

³² Nacrt članaka čl. 13.: „Čin države ne predstavlja povredu međunarodne obveze osim ako je država bila vezana tom obvezom za vrijeme poduzimanja čina.“

³³ Nacrt članaka, čl. 14. st. 1.

³⁴ Nacrt članaka, čl. 14. st. 2.

³⁵ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 59.-60.

poduzmu sve razumne i potrebne mjere da spriječe neki događaj, ali bez garancije da se događaj neće dogoditi.³⁶ Prema tome povreda bi nastupila tek ako država ne bi poduzela sve razumne i potrebne mjere. Pritom, treba napomenuti da povrede obveza na sprječavanje mogu biti rezultat i produženih i neproduženih protupravnih čina. U prvom slučaju do povreda će doći nastupom protupravnog događaja te će se produžiti kroz cijeli period za vrijeme kojeg se taj događaj nastavlja i nije u skladu s određenom međunarodnom obvezom. U drugom slučaju povreda će nastupiti ako se obveza na sprječavanje sastoji samo u tome da se spriječi određeni događaj (npr. sprječavanje objave neke informacije).³⁷

U osnovnim okvirima utemeljenim distinkcijom između neproduženih i produženih protupravnih čina, u čl. 15. Nacrta članka regulirana je posebna kategorija sastavljenih protupravnih čina.

Sastavljeni protupravni čin sastoji se od niza čina ili propusta koji su u svojoj ukupnosti protupravni. Pojedini čini ili propusti sami po sebi također su protupravni, ali različite kategorije od sastavljenog protupravnog čina kojeg sačinjavaju. Odnosno u suprotnosti su s nekom drugom obvezom. Da bi se takav sastavljeni čin otkrio potrebno je da se izvrši serija čina ili propusta koji sačinjavaju određeni sastavljeni protupravni čin. Pritom, potrebno je razlikovati sastavljene protupravne čine koji proizlaze iz sastavljenih obveza i sastavljene protupravne čine koji proizvode produžene povrede. Iako i jedni i drugi produženi u svojem trajanju, sastavljene obveze iz kojih proizlaze sastavljeni protupravni čini su u svojoj biti kumulativnog karaktera koji čini bitnu pretpostavku njihovog postojanja. Tako je npr. genocid po svojem karakteru drugačiji od individualnih čina etnički ili rasno motiviranih ubojstava koja ga mogu sačinjavati dok je apartheid drugačiji od individualnih čina rasne diskriminacije od kojih se može sastojati.³⁸

U st. 1. čl. 15. Nacrta definirano je vrijeme kada sastavljeni protupravni čin nastupa. To će biti vrijeme u kojemu nastupa zadnji čin ili propust koji je zajedno s ostalim činima ili propustima dovoljan da tvori protupravni čin. Kada će to biti te koliki će broj čina ili propusta biti potreban za to ovisi o određenoj primarnoj obvezi iz koje proizlazi određeni sastavljeni protupravni čin. Pritom nije od važnosti da se pojedini čini ili propusti nužno izvrše u određenom redoslijedu ili da se odvijaju neprekinuto. Jednako tako nije bitno da svaki pojedini protupravni čin proizlazi iz različite obveze. Bitno je jedino da ti pojedini čini budu dio serije koja čini cjelinu i sačinjava sastavljeni protupravni čin.³⁹

St. 2. čl. 15. Nacrta regulira se pitanje produženja sastavljenih čina u vremenu. Prema njemu, jednom kada dovoljan broj čina ili propusta kompletira sastavljeni protupravni čin, povreda datira s prvim činom u seriji. Dok se ne izvrši dovoljan broj čina ili propusta status prvog čina je nejasan.⁴⁰

Navedenom kategorijom iz čl. 15. Nacrta obuhvaćeni su neki od najozbiljnijih protupravnih čina u međunarodnom pravu poput genocida, apartheida, zločina protiv čovječnosti, sustavnih čina rasne diskriminacije te sustavnih čina diskriminacije zabranjene trgovačkim sporazumima i dr. S obzirom na veliki međunarodnopravni značaj obveza iz kojih proizlaze navedeni protupravni čin u međunarodnoj zajednici, u potpunosti je opravdan poseban tretman tih povreda.⁴¹

³⁶ Ibid. str. 62.

³⁷ M. SERŠIĆ, *Međunarodnopravna odgovornost države*, Zagreb, 2007., str. 17.

³⁸ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 62.-63.

³⁹ Ibid. str. 63.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid. str. 62.

4. Povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid

4.1. Pravna priroda povreda međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid

Općenito genocid se smatra sastavljenim protupravnim činom u smislu čl. 15. Nacrta članaka. Sastoji se od niza pojedinačnih slučajeva etnički i rasno motiviranih ubojstava te određenih drugih pojedinačnih protupravnih čina.⁴² U izvršenju tih pojedinačnih protupravnih čina implicira se da je određeni entitet (uključujući državu) usvojio sustavnu politiku i praksu koju provodi s namjerom da se potpuno ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina.⁴³ Ako se utvrdi da su ispunjene potrebne pretpostavke za postojanje genocida iz čl. 2. Konvencije o genocidu, smatra se da protupravni čin genocida traje za cijelo razdoblje za vrijeme kojeg je neki od tih protupravnih čina počinjen i bilo koji od individualnih subjekata odgovoran za počinjenje nekog od tih protupravnih čina s relevantnom genocidnom namjerom.⁴⁴ U dosadašnjoj praksi Međunarodnog suda, jedini slučaj u kojem je zabilježena povreda Konvencije o genocidu od strane države bio je u predmetu *BiH v. Srbija*. Sud je presudio da je Srbija odgovorna za kršenje obveze sprečavanja i kažnjavanja genocida počinjenog u Srebrenici. U kompliciranom postupku dokazivanja genocidne namjere, Sud je utvrdio da namjera istrebljenja bosanskih Muslimana nije postojala u početku invazije na srebreničku enklavu već da se pojavila naknadno kada su postrojbe Republike Srpske uvidjele nepostojanje gotovo ikakvog otpora Armije Republike Bosne i Hercegovine. Nakon potpune predaje, srpske vojne jedinice razoružale su vojno sposobne muškarce te u razdoblju između 13. i 19. srpnja 1995. godine ubile njih sedam tisuća. Iz standardizirane kodne komunikacije elitnih postrojbi Vojske Republike Srpske, jedinstvenosti metoda koje su upotrebljavali u provođenju egzekucija te ogromnog broja poginulih u kratkom vremenu, Sud je presudio postojanje genocida. Njegovo trajanje se proteže na navedeno razdoblje od 13. do 19. srpnja kada se utvrđenoj namjeri istrebljenja dodao materijalni element genocida u vidu počinjenih ubojstava.

Kod odgovornosti države za genocid, povreda međunarodne obveze dvojne je prirode. S jedna strane ona proizlazi iz obveze izrijekom unesene u Konvenciju o genocidu, kao višestranom međunarodnom ugovoru, obveze da Stranke sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida. S druge strane proizlazi iz činjenice da je počinjenje genocida međunarodno protupravni čin koji pripada u kategoriju ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava (spomenuti da je to iz Nacrta?). Za njihovo počinjenje države odgovaraju neovisno od postojanja određenog međunarodnog dokumenta.

U skladu s prethodno opisanom dvojnomo prirodom odgovornosti država za genocid, ICJ je u već navedenoj presudi *BiH v. Srbija* prepoznao postojanje više različitih obveza koje proizlaze iz te odgovornosti. Prvo je u para. 382. te presude naveo da ako se utvrdi da država nije odgovorna za počinjenje genocida, kao i za druge čine iz čl. 3. Konvencije o genocidu (sporazum o izvršenju genocida, neposredno i javno poticanje na izvršenje genocida, pokušaj genocida, suučestništvo u genocidu), to ne znači da ona ne može odgovarati za povredu obveze da spriječi genocid. Dok je u para. 383. razjasnio da je moguće da država istodobno odgovara i za čin genocida počinjen od strane osoba ili organa čija su djelovanja pripisiva toj državi i za povredu obveze države da kazni počinitelje toga čina jer su to dva različita međunarodno protupravna čina pripisiva državi i oba mogu biti temelji za međunarodnopravnu odgovornost države. Osim toga, u para. 425. ICJ je istaknuo i da se kod obveze država da spriječe i kazne zločin genocida radi o dvije različite, ali povezane obveze.

⁴² M. SERŠIĆ, op. cit. u bilj. 37., str. 17.

⁴³ Konvencija o genocidu, čl. 2.

⁴⁴ UN Yearbook of the International Law Commission 2001., op. cit. u bilj. 12., str. 62.

Iz svega toga se može zaključiti da se odgovornost države za genocid sastoji od tri različite obveze. Prve dvije od njih, obveza sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida, proizlaze izravno iz teksta Konvencije o genocidu, dok se obveza država da ne počine genocid izvodi širim tumačenjem Konvencije u skladu s posebnom karakterizacijom genocida kao ozbiljne povrede obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava.

4.2. Tumačenje obveze države da sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida naspram obveze države da ne počine genocid u praksi Međunarodnog suda.

Obveza država da sprječavaju i kažnjavaju zločin genocida eksplicite je inkorporirana u Konvenciju o genocidu u njezinom čl. 1. koji navodi da "Strane ugovornice potvrđuju da je genocid, bilo da je izvršen u vrijeme mira ili rata, zločin međunarodnog prava i obvezuju se da će ga spriječiti i kazniti." Nevojbeno je da tu odredbu moraju poštivati Stranke tog mnogostranog međunarodnog ugovora. Međutim, s obzirom na kodifikacijski karakter Konvencije o genocidu, obveza država sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida postoji i za one države koje nisu ugovornice Konvencije.⁴⁵ To je u skladu s erga omnes karakterom ove obveze, koji će posebno doći do izražaja kod obveze država da ne počine genocid koja se izričito ne navodi u Konvenciji o genocidu.

Dugo vremena, sve do presude ICJ-a u predmetu BiH v. Srbija, bilo je sporno mogu li države odgovarati za počinjenje genocida. U navedenom predmetu ICJ je postupio u skladu s dotadašnjim tumačenjem odredbi Nacrta članaka o kategoriji ozbiljnih povreda obveza te konačno potvrdio da, pored odgovornosti za povredu obveze sprječavanja i kažnjavanja genocida, države mogu odgovarati i za povredu obveze da ne počine genocid.⁴⁶

Iako odgovornost države za počinjenje genocida nije izričito navedena, Konvencija o genocidu otvara takvu mogućnost u svojem čl. 9. u kojemu je propisano da „sporovi između Strana ugovornica, odnosno tumačenja, primjene i izvršenja ove Konvencije, podrazumjevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države po predmetu genocida ili bilo kojeg drugog djela navedenog u čl. 3., bit će izneseni pred Međunarodni sud, na traženje jedne od strana u sporu." ICJ je kroz para. 166. - 169. BiH v. Srbija presude razmotrio takvu mogućnost te ju detaljno argumentirao. S obzirom da se čl. 9. Konvencije o genocidu odnosi prvenstveno na nadležnost Suda, ICJ je smatrao da prvo mora utvrditi postojanje obveze država da ne počine genocid iz određenih drugih materijalnih odredbi Konvencije. U svojem obrazloženju zaključio je da navedena obveza država da ne počine genocid proizlazi iz čl. 1. Konvencije. Naime, čl. 1. propisuje obvezu država da spriječe počinjenje čina koji se opisuje kao "zločin međunarodnog prava". Iako navedena odredba ne navodi *expressis verbis* i obvezu država da se same uzdrže od počinjenja takvog čina, Sud je, uzimajući u obzir opću svrhu Konvencije, došao do zaključka da je učinak čl. 1. da države sprječavaju i same sebe da počine genocid. U daljnjem obrazloženju naveo je da takvo tumačenje proizlazi iz dvije odvojene činjenice.⁴⁷

Prvo, u prilog tome da iz čl. 1. Konvencije proizlazi obveza države da ne počine genocid govori činjenica da je u istom članku genocid okarakteriziran kao "zločin međunarodnog prava".⁴⁸ Iako se kategorija "zločina međunarodnog prava" odnosi prvenstveno na teške

⁴⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1.C.J. Reports 1996, p. 595., para. 34., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

⁴⁶ ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 166.1

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

O prepoznatljivosti težine zločina genocida govori činjenica što je također posebno istaknut i u nekim drugim međunarodnim dokumentima poput u čl. 2. st. 10. Nacrta Kodeksa povreda protiv mira i sigurnosti čovječanstva iz 1954., u čl. 17. Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva iz 1996., čl. 6. Rimskog statuta međunarodnog kaznenog suda.; Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954., do-

zločine za koje pojedini subjekti snose neposrednu kaznenu odgovornost prema međunarodnom pravu,⁴⁹ ona korespondira s kategorijom ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava iz Nacrta članka o odgovornosti države za protupravne čine.⁵⁰ Iako to nije izričito navedeno u presudi, takvo tumačenje je logično i opravdano. Naime, zločin genocida je teški međunarodno protupravni čin koji pripada u navedenu kategoriju ozbiljnih povreda iz Nacrta. To je u više navrata izričito spomenuto u popratnim komentarima Komisije za međunarodno pravo, koji su zajedno s Nacrtom članka podneseni Općoj skupštini UN-a u Izvješću rada pedeset-trećeg zasjedanja Komisije za međunarodno pravo održanog od 23. travnja do 1. lipnja te od 2. srpnja do 10. kolovoza 2001. godine.⁵¹ Isto je također navedeno i u ranijoj odluci ICJ-a o preliminarnim prigovorima u navedenom predmetu *BiH v. Srbija*.⁵² Iz toga proizlazi da je prema interpretaciji Nacrta članka, obveza država da ne počine genocid erga omnes obveza. Ona, uz ispunjenje potrebnih pretpostavki, povlači za sobom odgovornost države za počinjenje međunarodno protupravnog čina genocida neovisno o tome je li izričito regulirana određenim međunarodnim dokumentom. Svako drugačije tumačenje ICJ-a bilo bi suprotno dotadašnjim shvaćanjima Komisije za međunarodno pravo kao i međunarodnopravnom običajnom pravu. Stoga, argumentacija ICJ-a da se obveza država da ne počine genocid izvodi iz karakterizacije genocida kao "zločina međunarodnog prava" u svakom slučaju bila je ispravna. Međutim, izostala je kvalitetnija i opširnija argumentacija koja se trebala više osloniti na Nacrt članka o odgovornosti država i tumačenja Komisije za međunarodno pravo na tome području.

Do drugog argumenta u prilog utvrđivanja obveze država da ne počine genocid, ICJ je došao logičkom interpretacijom konstrukcije odredbe da se države obvezuju da spriječe genocid. Naime, zaključio je da bi bilo paradoksalno da obveza iz čl. 1. obuhvaća samo obvezu država da od počinjenja genocida sprječavaju samo one osobe ili grupe koje ne djeluju s autoritetom vlasti, a ne i one osobe ili grupe čije bi se djelovanje moglo pripisati državi. U suprotnom bi se omogućilo određenim subjektima koji djeluju s autoritetom vlasti da izvršavaju čine genocida, a da pritom država nema obvezu da spriječava njihovo djelovanje koje se pak, pod određenim pretpostavkama, izjednačava s djelovanjem same države.⁵³

Uzimajući prethodno prikazanu analizu u obzir, u para. 167. ICJ je konačno zaključio da su Stranke Konvencije o genocidu vezane obvezom da ne čine genocid kroz djelovanje svojih organa ili osoba ili grupa koje se može pripisati njima. U svojem tumačenju, Sud je navedenu obvezu, osim na počinjenje genocida, proširio i na ostale čine iz čl. 3 Konvencije (sporazum o izvršenju genocida, neposredno i javno poticanje na izvršenje genocida, pokušaj genocida, suučestništvo u genocidu). Za njih je naveo da, neovisno o njihovom kaznenopravnom karakteru, međunarodnopravna odgovornost za njihovo počinjenje u skladu je sa predmetom i svrhom Konvencije o genocidu. Iako je, kako je već u više navrata navedeno, ICJ izveo pravilan zaključak o odgovornosti država za počinjenje genocida, zanimljivo je da je u konačnici odgovornost ograničio samo na „Stranke Konvencije”. S obzirom na iznimno velik broj stranaka Konvencije (146 država stranaka),⁵⁴ u budućoj prak-

stupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf; Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1996., dostupno na: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf; Rome Statute of the International Criminal Court, 1998., dostupno na: http://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm

⁴⁹ T. EINARSEN, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo, 2012., str. 135.

⁵⁰ *Ibid.*, str. 64.

⁵¹ U komentarima uz Nacrt članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine riječ "genocid" spominje se čak 39 puta. Ta činjenica jasno govori u prilog tome da je genocid međunarodno protupravni čin za čije počinjenje pored individualne odgovornosti, postoji i međunarodnopravna odgovornost države.

⁵² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595., para. 31., dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>

⁵³ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 166.

⁵⁴ United Nations Treaty Collection: Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, dostupno na: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en

si Suda navedena konstrukcija vjerojatno neće stvarati probleme. Međutim, ipak se čini pravilnijim da ICJ nije ograničio odgovornost na određenu skupinu država. Konvencija o genocidu je, kao što je već navedeno, kodifikacijska konvencija te obveze koje proizlaze iz nje obvezuju sve civilizirane države na svijetu neovisno o tome jesu li stranke Konvencije.

U prilog svome tumačenju ICJ se još u para. 168. i 169. osvrnuo i na gramatičku interpretaciju čl. 9. Konvencije o genocidu. Zaključio je da konstrukcija „podrazumjevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države po predmetu genocida ili bilo kojeg drugog djela navedenog u čl. 3.” nedvojbeno potvrđuje da obveza država da ne počine genocid proizlazi iz Konvencije. Pogotovo jer se u izradi konačnog teksta Konvencije odgovornost država mogla ograničiti samo na sprječavanje i kažnjavanje zločina genocida frazom poput „odgovornost za neuspjeh u sprječavanju ili kažnjavanju genocida”, a nije tako postupljeno.

U dosadašnjih preko pola stoljeća, koliko je prošlo od donošenja Konvencije o genocidu, te početka rada Komisije za međunarodno pravo na odgovornosti države za međunarodno protupravne čine, u bazi međunarodnopravne sudske prakse još ne postoji osuda neke države za povredu obveze da ne počini genocid. U kasnijoj, od dosada dvije pravomoćne presude ICJ-a, *Hrvatska v. Srbija*, nije utvrđena genocidna namjera (*mens rea*) te stoga nije bilo potrebe ulaziti u ispitivanje daljnjih pretpostavki za odgovornost države. U drugoj, *BiH v. Srbija*, utvrđena je odgovornost Srbije, ali samo za povredu obveza da spriječi i kazni genocid na području Srebrenice.⁵⁵ Za utvrđenje odgovornosti za počinjenje genocida izostao je element pripisivosti. Prema tumačenju Suda osobe ili entiteti odgovorni za genocid nisu se mogli klasificirati kao organi Srbije, niti je utvrđeno da su masakri počinjeni prema uputama organa Srbije, niti da je ostvarena efektivna kontrola nad provedenim operacijama.⁵⁶ Unatoč tome, u obrazloženjima izneseno tumačenje ICJ-a, prvenstveno u *BiH v. Srbija* presudi, potvrdilo je postojanje obveze država da ne počine genocid te mogućnost da države odgovaraju za njezinu povredu. Iako se o ispravnosti njegovih presuda može raspravljati, važno je, a i potrebno, da se ICJ priklonio stajalištu Komisije za međunarodno pravo te postupio u skladu s međunarodnopravnim običajnim pravom, potvrdivši mogućnost odgovornosti država za počinjenje genocida.

5. Zaključak

S obzirom na aktualnost teme odgovornosti države za genocid zbog nedavne presude ICJ-a u predmetu *Hrvatska v. Srbija*, važno je shvatiti pravnu prirodu odgovornosti države za takav zločin. Iduća činjenica koja ide u prilog tomu je ta da je donošenjem navedene presude zatvoreno poglavlje moguće odgovornosti Srbije za počinjeni genocid na području bivše Jugoslavije. Naime, ICJ je u dvjema presudama, *BiH v. Srbija* i *Hrvatska v. Srbija*, konačno odgovorio na pitanje je li Srbija odgovorna za genocid. Utvrdio je jedino u predmetu *BiH v. Srbija* odgovornost Srbije, i to za kršenje obveze sprečavanja i kažnjavanja genocida koja proizlazi iz Konvencije o genocidu. Ipak, ICJ je ispitivao i odgovornost Srbije za počinjenje genocida iako ne postoji *expressis verbis* odredba Konvencije o genocidu na temelju koje se može konstruirati odgovornost države za počinjenje genocida. Zbog navedenog javlja se potreba obrazlaganja odgovornosti države za genocid, odnosno povrede međunarodne obveze kod odgovornosti države za genocid.

Zbog kompleksnosti pojma odgovornosti države za genocid te nedostatne regulacije Konvencije o genocidu, prijeko potrebno je razumjeti odnos Konvencije i Nacrta članaka

⁵⁵ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 428.-438. V. više A. GATTINI, *Breach of Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgement*, *The European Journal of International Law*, vol. 18. no. 4., 2007., str. 697.-706.

⁵⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 413.-415.

pri formuliranju odgovornosti države za genocid. Tome treba dodati i tumačenje odredaba oba međunarodna dokumenta od strane ICJ-a, odnosno njegovu praksu koja je u samim počecima što se tiče odgovornosti države za genocid. Dakle, pojam odgovornosti države za genocid mora se shvatiti kroz dva temeljna pravna izvora, Konvencija i Nacrt članaka, te praksu najvišeg sudskog organa UN-a, ICJ-a.

Tumačeći odredbe Konvencije o genocidu, a istodobno poštujući pravila i načela propisana Nacrtom članaka, ICJ je posredno iz odredaba Konvencije ustanovio mogućnost da država odgovara za počinjenje genocida. Uz to, važno je imati na umu da država može, i već je u praksi ICJ-a, odgovarati za nesprečavanje i nekažnjavanje genocida. Radi boljeg shvaćanja samog instituta genocida te prakse ICJ-a u tom pitanju, važno je istaknuti da postoji znatna razlika između tih triju međunarodnih obveza: nepočinjenje, sprečavanje i kažnjavanje genocida.

Zaključno, iako su temelji za shvaćanje povrede međunarodne obveze u sklopu odgovornosti države za genocid postavljeni, mnoga pitanja ostala su neodgovorena te i dalje dio rasprave u međunarodnoj zajednici. Za njihovo konačno rješenje nadležan je ICJ priklanjajući se jednom od mogućih stajališta i tako stvarajući relevantna tumačenja kako odredbi Konvencije o genocidu tako i Nacrta članaka.

State responsibility for genocide: breach of international obligation

Breach of an international obligation, which must exist in order to provoke international state responsibility for genocide, is one of fundamental elements for understanding the term state responsibility for such crimes as a genocide. For its interpretation it is necessary to analyze regulations of two international documents: Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Convention on genocide) and Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA). ICJ gave, in its two judgements *BiH v. Serbia* and *Croatia v. Serbia*, more specific interpretations of rules governing breach of an international obligation in the context of state responsibility for genocide. Both of the judgements refer to the events which have occurred on the territory of the ex Yugoslavia and so far they represent the complete ICJ jurisprudence in state responsibility for genocide. Because of that, these two judgements hold a specific value in international community as a whole. This article analyzes breach of an international obligation in the context of state responsibility for genocide based on two aforementioned documents and ICJ judgements, especially emphasizing their value and importance in the international community. This article also stresses out the importance of distinguishing the breach of an obligation not to prevent genocide, obligation to prevent and obligation to punish genocide which has been established in the ICJ judgement *BiH v. Serbia*. Moreover, this article points out the significance of the ICJ judgement *Croatia v. Serbia*, because through it ICJ more precisely defined certain rules relating to the breach of an international obligation. Finally, the conclusion of the article is that with two aforementioned judgements the ICJ set foundations for the interpretation of the regulations in Convention on genocide and ARSIWA, but still, some rules regarding the breach of an international obligation in the context of state responsibility for genocide remain undefined.

Key Words: genocide, state responsibility for genocide, breach of international obligation, secondary rules, International Court of Justice