

Neke bitne povrede kaznenog postupka na koje drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti

Drugostupanjski sudovi ispituju presudu pobijanu žalbom u okvirima žalbenih razloga, ali na pitanje postojanja nekih povreda drugostupanjski sudovi paze i po službenoj dužnosti. U odnosu na pitanje postojanja povreda određaba kaznenog postupka, opseg ispitivanja po službenoj dužnosti određen je čl. 379. st. 1. toč. 1. Zakona o kaznenom postupku. Ova norma posebno izdvaja pojedine bitne povrede određaba kaznenog postupka. U svome radu obradio sam samo neke od bitnih povreda određaba kaznenog postupka na koje sudovi paze po službenoj dužnosti (pitanje propisnog sastava suda, pitanje postojanja optužbe od strane ovlaštenog tužitelja, pitanje stvarne nadležnosti suda i pitanje trenutka ispitivanja optuženika koji poriče optužbu), dok ostale bitne povrede na koje se pazi po službenoj dužnosti (pitanje prekoračenja optužbe, pitanje zabrane reformatie in peius, pitanje povreda koje se odnose na pisani otpriavak presude te pitanje nezakonitih dokaza) predstavljaju samostalne cjeline koje su ili bile do sada obrađivane kao samostalna pitanja ili će obzirom na svoju opsežnost kao samostalne biti obrađene u nekom budućem radu.

Cilj i svrha kaznenog postupka određena je načelom pravičnog kaznenog postupka kako je ono propisano u čl. 1. Zakona o kaznenom postupku¹.

Ova odredba govori o pravilima za zakonito provođenje kaznenog postupka, a sa ciljem osiguranja da nitko nedužan ne bude osuđen, a da se počinitelju izrekne odgovarajuća kaznena sankcija.

Samo vođenje kaznenog postupka ne smije predstavljati neorganiziran i osobnom voljom vođeno postupanje sudionika u kaznenom postupku. Zakonom propisana određena pravila

Članak objavljen u publikaciji Inženjerskog biroa „Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva – 2008“; list 322 do 357

* sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

¹ „Ovaj Zakon utvrđuje pravila kojima se osigurava da nitko nedužan ne bude osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela izrekne kazna ili druga mjera uz uvjete koje predviđa zakon i na temelju zakonito provedenog postupka pred nadležnim sudom.“

isključuju mogućnost samovolje sudionika u kaznenom postupku, a prvenstveno samovolje sudaca. Ne poštivanje ovih pravila nekada dovodi, a nekada samo može dovesti do takvih povreda prava stranaka u kaznenom postupku da postane upitna i sama zakonitost donesene sudske odluke.

Da bi strankama dao određene garancije u kaznenom postupku, a istovremeno i omogućio provjeru ispravnosti postupanja prvostupanjskog suda, zakonodavac je kao jednu od žalbenih osnova predvidio mogućnost pobijanja prvostupanjske odluke zbog bitnih povreda odredaba kaznenog postupka.

Ove povrede zakonodavac je kategorizirao u dvije osnovne skupine. Dok jednu skupinu čine takve povrede kaznenog postupka da utvrđenje njihovog postojanja automatski dovodi do ukidanja prvostupanjske presude, presumirajući da je njeno postojanje narušilo načelo pravičnog kaznenog postupka, u drugu skupinu spadaju takve povrede kaznenog postupka za koje je potrebno utvrditi da je njeno postojanje utjecalo ili moglo utjecati na ispravnost presude. Dok prvu skupinu nazivamo apsolutno bitnim povredama odredaba kaznenog postupka, drugu skupinu nazivamo relativno bitnim povredama odredaba kaznenog postupka.

Posebnu skupinu, vrlo blisku apsolutno bitnim povredama odredaba kaznenog postupka, čini i bitna povreda opisana kao utemeljenje presude na nezakonitom dokazu. Ova povreda, utvrđenjem njenog postojanja, dovodi do ukidanja prvostupanjske presude neovisno o tome što bi sud iste zaključke o postojanju ili ne postojanju neke činjenice na kojoj temelji svoju odluku izveo i bez dokaza za koji je utvrdio da se radi o nezakonitom dokazu. Ova povreda izdvojena je u poseban stavak odvojen od apsolutno bitnih povreda obzirom da je za utvrđenje njenog postojanja potrebno provesti određeni, incidentalni postupak. Cilj ovog postupka je utvrditi postoji li ova povreda ili ne. Također, u odnosu na ovu povredu zakonodavac je sudu dao mogućnost da o njenom postojanju ili ne postojanju samostalno odlučuje odvojenom odlukom od presude, koju odluku je moguće samostalno pobijati pred sudom drugog stupnja.

Kada govorimo o apsolutno bitnim povredama odredaba kaznenog postupka valja uočiti da se radi o taksativno navedenim povredama koji katalog povreda sud ne može sam proširivati te čije utvrđenje postojanje automatski isključuje mogućnost ocjenjivanja pobijane odluke po ostalim žalbenim osnovama, već rezultira ukidanjem pobijane odluke. Da bi ove povrede dovele do ukidanja prvostupanjske presude one moraju biti ostvarene u tijeku glavne rasprave, pri donošenju presude ili u samoj presudi.

Iako je kazneni postupak u Republici Hrvatskoj mješovitog tipa tj. prožet inkvizicionim i akuzatorskim elementima, te iako su akuzatorski elementi u značajnoj mjeri zastupljeni, u odnosu na bitne povrede kaznenog postupka zakonodavac je u ograničenom opsegu naložio drugostupanjskom sudu da i bez ukazivanja stranaka, pazeći po službenoj dužnosti, provjerava jesu li ostvarene, ali ne sve već samo neke od apsolutno bitnih povreda odredaba kaznenog postupka, odnosno temelji li se presuda na nezakonitom dokazu.

Radi se o takvim bitnim povredama odredaba kaznenog postupka koje, utvrdi li se njihovo postojanje, same po sebi su negacija temeljnog načela kaznenog postupka tj. načela pravičnog suđenja². To su apsolutno bitne povrede koje se odnose na pitanje sastava suda; pitanje ovlaštenog tužitelja odnosno prijedloga oštećenika ili odobrenja za kazneni progon; pitanja stvarne nenadležnosti za donošenje odluke; pitanje oživotvorenja pretpostavke nedužnosti optuženika koja se ogleda u obavezi ispitivanja optuženika na kraju dokaznog postupka; pitanja je li optužba prekoračena; pitanja je li u ponovljenom postupku samo po žalbi optuženika optužba izmijenjena na njegovu štetu te pitanje postoje li nedostaci u sastavu i obrazlaganju presude. Drugostupanjski sud također po službenoj dužnosti pazi i na pitanje je li pobijana presuda utemeljena na nezakonitom dokazu. Radi opsežnosti ove materije u svome radu ću se ograničiti na probleme te pitanja i odgovore kako ih je dala sudska praksa samo na neke od istaknutih povreda.

1. Sastav suda

Pitanje ove povrede sadržano je u odredbi čl. 367. st. 1. toč. 1. Zakona o kaznenom postupku, koja norma glasi – „bitna povreda odredaba kaznenog postupka postoji ako je sud bio nepropisno sastavljen ili ako je u izricanju presude sudjelovao sudac ili sudac porotnik koji nije sudjelovao na glavnoj raspravi ili koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja“.

Kako je to vidljivo iz samog teksta norme ova povreda odnosi se na

1. pitanje nepropisnog sastava suda
2. pitanje sudjelovanja suca u izricanju presude koji nije sudjelovao na glavnoj raspravi i
3. pitanje sudjelovanja suca u izricanju presude koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja

1.1. Pitanje nepropisnog sastava suda

Kako prema izričitoj odredbi čl. 29. st. 1. Ustav Republike Hrvatske „Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela“ to pitanje donošenja sudskih odluka od suda čiji sastav nije usklađen sa zakonom povrjeđuje ovu ustavnu kategoriju. Upravo stoga sud pazio na ovu bitnu povredu po službenoj dužnosti i bez da su ju stranke istakle, obzirom da njeno postojanje dovodi do činjenice da je sudska odluka donesena suprotno ustavnoj normi od strane suda koji nije zakonom ustanovljen kao takav za donošenje upravo te odluke.

² Iznimke od ovog pravila koje dovodi do ukidanja prvostupanjske presude samom činjenicom utvrđivanja ovih povreda predviđene su u odnosu povrede iz čl. 367. st. 1. toč. 5., 9. i 10 Zakona o kaznenom postupku u normi čl. 390. st. 1. Zakona o kaznenom postupku kojom normom je predviđena mogućnost, u slučaju utvrđenja postojanja ovih bitnih povreda odredaba kaznenog postupka, preinačavanja prvostupanjske presude

U kojem sastavu postupa sud kada odlučuje u pojedinim pitanjima određeno je najopćenitije odredbama Zakona o kaznenom postupku³, a dijelom odredbama posebnih zakona. Tako posebne odredbe o sastavu suda sada sadrži Zakon o sudovima za mladež⁴, ZUSKOK⁵ i Zakon o primjeni Statuta Međunarodnog kaznenog suda i progonu za kaznena djela protiv međunarodnog ratnog i humanitarnog prava⁶.

Ova povreda prema općim odredbama Zakona o kaznenom postupku postojati će kada je odluku donio sud u sastavu od manjeg broja članova nego li je to propisano za odlučivanje o određenom pitanju, odnosno ako je odluku donio sud sastavljen od sudaca i sudaca porotnika, a prema zakonu trebao je biti sastavljen samo od sudaca.

Iako u sudskoj praksi ova povreda dolazi relativno rijetko u primjenu, ipak i ona je prisutna te su se sudovi u svojim odlukama očitovale i o njoj. Relativno čest slučaj je pogrešnog odlučivanja suda po predsjedniku vijeća u situacijama kada zakon nalaže odlučivanje vijeća, pa je tako Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojim odlukama istakao:

I KŽ-1023/06

„Naime, uvidom u predmet utvrđeno je da je odluka o izdvajanju (dokaza op.p.) donesena na glavnoj raspravi od 30. listopada 2006., iz čega proizlazi da pobijano rješenje nije moglo biti donijeto od strane predsjednika vijeća, kao suca pojedinca, već od strane vijeća u sastavu jednog suca i dva suca porotnika. Takav sastav vijeća predviđen je u čl. 20. st. 1. ZKP, što, međutim, nije poštovano.

Odluku o izdvajanju ovlašten je donijeti predsjednik vijeća samostalno u tijeku priprema za glavnu raspravu, sukladno čl. 284. st. 3. ZKP, ali o tome se, međutim, ovdje ne radi budući da je glavna rasprava otpočela.

Zbog izloženog nedostatka trebalo je pobijano rješenje ukinuti i vratiti sudu prvog stupnja na ponovno odlučivanje u potrebnom sastavu vijeća.“

O istome i u odluci Kzz-15/05

„Glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske je u pravu kada tvrdi da je na navedeni način prvostupanjnsko rješenje donijeto od strane predsjednika vijeća izvan glavne rasprave, a da ga je u opisanoj procesnoj situaciji, prema odredbi čl. 18. st. 4. ZKP, moglo donijeti samo izvanraspravno vijeće. Naime, odredba čl. 18. st. 3. ZKP propisuje da općinski sudovi odluke izvan glavne rasprave donose u vijeću sastavljenom od tri suca, dakle u izvanraspravnom vijeću, dok je odredbom čl. 18. st. 4. ZKP-a propisano da predsjednik vijeća općinskog suda odlučuje u slučajevima predviđenim u ZKP-u. Kako niti jednom odredbom ZKP-a nije propisano da rješenje o kažnjavanju donosi predsjednik vijeća, u ovom konkretnom slučaju glede donošenja rješenja o kažnjavanju trebalo je primijeniti odredbu čl. 18. st. 3. ZKP-a. Dakle, očito je da je pobijano rješenje donijelo neovlašteno tijelo, pa je na taj način od strane

³ Odredbe čl. 18., čl. 20. i čl. 22. Zakona o kaznenom postupku,

⁴ Odredbe čl. 57. i čl. 58. ZSM-a

⁵ Odredba čl. 27. st. 1. ZUSKOK-a

⁶ Odredba čl. 13. stavak 2. ovog zakona

prvostupanjskog suda počinjena povreda zakona iz čl. 18. st. 4. ZKP. “

Sa time međutim ne treba miješati posebnost u odnosu na sastav suda sadržanu u pravu stranaka da u smislu odredbe čl. 18. st. 3. Zakona o kaznenom postupku svojom izjavom suglase se da kazneni postupak pred Općinskim sudom iz nadležnosti vijeća se provede pred predsjednikom vijeća, koji tada ima ovlasti vijeća.

O tome u svojoj odluci Vrhovni sud Republike Hrvatske III Kr-108/05

„Nije u pravu podnositelj zahtjeva kada tvrdi da je sud prvog stupnja prilikom donošenja presude bio nepropisno sastavljen, čime bi bila ostvarena povreda iz čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP.

Uvidom u zapisnik s glavne rasprave od 30. ožujka 2005. godine utvrđeno je da su stranke dale neopozivu suglasnost da u predmetu, umjesto vijeća, sudi sudac pojedinac. Suglasnost je u ime osuđenika dao njegov branitelj, koji u smislu čl. 70. ZKP može poduzimati sve radnje koje može poduzeti i okrivljenik. Stoga, neovisno o tome što je za predmetno kazneno djelo propisano suđenje u sastavu vijeća, u konkretnom slučaju je postupak bio ovlašten provesti i donijeti presudu sudac pojedinac, sukladno čl. 18. st. 3. ZKP. “

Poseban problem postavio se u sudskoj praksi kada je uslijed izmjene zakona pooštavanjem kazne za pojedino kazneno djelo došlo do potrebe promjene kako u stvarnoj nadležnosti suda tako i u sastavu suda nadležnom za presuđenje. Iako postoji opće načelo da se novi zakon može primjenjivati na optuženika tek ako je blaži od onog koji je bio na snazi u vrijeme kada je kazneno djelo počinjeno, postavilo se pitanje tko je ovlašten ocjenjivati koji zakon će se primijeniti tj. koji zakon je blaži. Da li je to sud u sastavu vijeća odgovarajućeg blažoj kaznenoj normi ili sud u sastavu vijeća odgovarajućeg strožoj kaznenoj normi. Odgovor je sadržan u postupanju ovlaštenog tužitelja te ukoliko ovlaštenu tužitelj nije izrijekom označio da stavlja na teret optuženiku da je svojim postupanjem ostvario bitna obilježja kaznenog djela kako je ono opisano upravo po zakonu koji je blaži, tada prema zauzetom pravnom shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske, ocjenu koji zakon će primijeniti može tek u trenutku presuđenja vršiti samo sud u sastavu vijeća i to odgovarajućeg propisanoj težoj kazni za kazneno djelo. Naravno, pri tome nikada nije došlo u pitanje nemogućnost osude po strožem zakonu.

O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u više svojih odluka koje svoj oslonac nalaze u zauzetom Pravnom shvaćanju koje se referira i na stvarnu nenadležnost suda.

Pravno shvaćanje od 16. ožujka 1998. godine broj Su-248-IV/98

„Ako je kod općinskog suda u tijeku kazneni postupak za kazneno djelo za koje je po odredbama KZRH odnosno OKZRH propisana kazna zatvora do deset godina, a po odredbama Kaznenog zakona (Narodne novine broj 110/97), kazna zatvora iznad deset godina, općinski sud izvan glavne rasprave proglasiti će se stvarno nenadležnim za suđenje i nakon pravomoćnosti rješenja dostaviti predmet nadležnom sudu, bez obzira što se u takvom slučaju optuženik ne može osuditi na kaznu zatvora u trajanju iznad deset godina zbog primjene blažeg zakona (čl. 3. KZ). Naime, nenadležni sud (čl. 33. st. 1. ZKP/97) ne može nastaviti suđenje i odlučivati o primjeni blažeg zakona, već to može činiti samo nadležan sud, a to je županijski sud (čl. 19. toč. 1a ZKP/97)“

I Kž- 451/03

„Za kazneno djelo iz čl. 173. st. 2. KZ-a („Narodne novine“ broj 50/97) bila je propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora, pa je obzirom na propisanu kaznu zatvora za označeno djelo, prvostupanjski sud, prema propisu čl. 20. st. 1. ZKP-a, trebao suditi u vijeću sastavljenom od dva suca i tri suca porotnika.

Kako državni odvjetnik tijekom postupka nije izmijenio pravnu oznaku djela, prvostupanjski sud je bio dužan suditi u vijeću od dva suca i tri suca porotnika prema propisanoj kazni, neovisno o tome što bi nakon donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona („Narodne novine“ broj 129/00), obzirom na propisanu kaznu zatvora za kazneno djelo iz čl. 173. st. 2. KZ (od jedne godine do dvanaest godina zatvora), županijski sudovi trebali suditi u prvom stupnju u vijećima sastavljenim od jednog suca i dva suca porotnika.

Prema zapisniku glavne rasprave od 17. ožujka 2003. godine, na kojoj je donesena i objavljena pobijana presuda proizlazi da je prvostupanjski sud sudio u vijeću od jednog suca i dva suca porotnika, uslijed čega je ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP-a, pa je trebalo, po službenoj dužnosti, ukinuti prvostupanjsku presudu i predmet uputiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje i odluku.“

Isto i u odluci I Kž-669/01

„Naime, optužnicom Županijskog državnog odvjetništva u Zagrebu od 25. listopada 2000. godine, broj DO-K-424/00, čitanjem koje je započela glavna rasprava na kojoj je donesena pobijana presuda, optuženi I. S. bilo je terećeno kazneno djelo zlouporabe opojnih droga iz čl. 173. st. 2. Kaznenog zakona, počinjeno sredinom rujna 2000. godine. Neovisno o tome za koje je kazneno djelo optuženik proglašen krivim, iz stanja spisa predmeta je jasno da se ovaj kazneni postupak vodio na temelju optužnice državnog odvjetnika kojom je optuženik terećen za kazneno djelo iz čl. 173. st. 2. Kaznenog zakona, za koje se po tom propisu može izreći kazna dugotrajnog zatvora, te da unatoč tome što je prije početka glavne rasprave već bio na snazi Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona ("Narodne novine", broj 129/00 od 22. prosinca 2000. godine) koji u čl. 25., između ostalog, propisuje da se za kazneno djelo iz čl. 173. st. 2. KZ briše kazna dugotrajnog zatvora, državni odvjetnik nije izvršio izmjenu predmetne optužnice.

Dakle, s obzirom da je raspravno vijeće postupalo po optužnici u kojoj je protupravna djelatnost optuženika bila označena po čl. 173. st. 2. KZ ("Narodne novine" br. 110/97 i br. 27/98), ono je moralo biti sastavljeno od dva suca i tri suca porotnika, a ne od jednog suca i dva suca porotnika, kao što je bilo sastavljeno, budući da samom izmjenom Kaznenog zakona nije automatski određena nadležnost suda odnosno njegov sastav, već sud sudi u vijeću sastavljenom prema težini kaznenog djela iz optužnog akta, koje je onda tek u presuđenju dužno primijeniti odgovarajući (blaži) zakon.

Tek da je Državno odvjetništvo djelatnost optuženika, nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona ("Narodne novine", broj 129/00 od 22. prosinca 2000. godine), a prije početka glavne rasprave, pravilno pravno označilo po čl. 173. st. 2. KZ u vezi čl. 25. Zakona o izmjenama i dopunama KZ, sud je mogao biti sastavljen u sastavu u kojem je bio, a tako državni odvjetnik nije postupio.

Slijedom iznijetog, a jer je sud prvog stupnja bio nepropisno sastavljen, čime je ostvarena apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP, trebalo je,

bez ispitivanja osnovanosti žalbe optuženika, a povodom te žalbe, prvostupanjsku presudu ukinuti i predmet vratiti na ponovno suđenje.“

Posebno pitanje u odnosu na ovu bitnu povredu odredaba kaznenog postupka pojavljuje se kada se problematizira pitanje ne nadležnosti za odlučivanje raspravnog vijeća (ako rasprava nije započela), a kada odluku treba donijeti izvanraspravno vijeće sastavljeno od tri suca.

O tome u odluci I Kž-541/04

„Odvjetnik D. L. kažnjen je novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 kn, iz razloga jer nije pristupio na glavnu raspravu zakazanu za dane 27. siječnja 2004. god., 23. ožujka 2004. god. i 6. svibnja 2004. god., na koje je uredno pozvan, a svoj izostanak nije opravdao, kako prije rasprave, tako i nakon što su iste odgođene, pa je prvostupanjski sud zaključio da navedeni postupci branitelja upućuju na očito odugovlačenje kaznenog postupka.

Međutim, uvidom u spis predmeta, ovaj Vrhovni sud Republike Hrvatske utvrdio je da je pobijano rješenje, kao što to pravilno ističe žalitelj, donio sud koji nije ovlašten za donošenje takovog rješenja, čime je počinjena povreda na koju ovaj sud sukladno odredbi čl. 398. st. 4. pazi i po službenoj dužnosti.

U konkretnom slučaju, rasprava zakazana za dan 6. svibnja 2004. god. nije započela sukladno odredbi čl. 319. st. 1. ZKP, obzirom da nisu bile ispunjene zakonske pretpostavke za njezino održavanje zbog nepristupa branitelja opt. I. Ž.

Stoga je pobijano rješenje pogrešno doneseno od strane raspravnog vijeća koje je bilo u zasjedanju, jer izvan glavne rasprave za donošenje odluka nadležno je vijeće iz čl. 20. st. 2. ZKP.“

Isto u odluci II Kž-60/08

„Odredbom čl. 104. st. 3. ZKP izričito je propisano da nakon podnošenja optužnice ili optužnog prijedloga sudu izvan glavne rasprave do pravomoćnosti presude pritvor određuje, produljuje ili ukida sudsko vijeće iz čl. 18. st. 3. odnosno čl. 20. st. 2. ZKP, dok za trajanja glavne rasprave i do objave presude pritvor određuje, produljuje i ukida vijeće ili sudac pojedinac pred kojim se rasprava vodi.

S obzirom da je iz zapisnika prvostupanjskog suda od 22. studenog 2007., 17. siječnja 2008. i 29. siječnja 2008. godine vidljivo da glavna rasprava nije održana jer nije bilo uvjeta za njezin nastavak, to je sukladno prethodno citiranoj odredbi čl. 104. st. 3. ZKP, za odlučivanje o određivanju pritvora protiv optuženika bilo nadležno izvanraspravno vijeće iz čl. 20. st. 2. ZKP.

Stoga je pobijano rješenje trebalo ukinuti kao nezakonito.“

Relativno često pitanje zakonom propisanog sastava suda pojavljuje se u kaznenim postupcima prema maloljetnim počiniteljima, odnosno počiniteljima koji su mlađi punoljetnici ili uopće kada dolazi u pitanje primjene odredaba o sastavu suda kako su one propisane Zakonom o sudovima za mladež.

Ovaj zakon osim što nosi svoju specifičnost obzirom zahtjev da se mora raditi o sucima koji imaju „izražena nagnuća za odgoj, potrebe i probitke mladeži, te vladaju osnovnim

znanjima s područja kriminologije, socijalne pedagogije i socijalne skrbi za mlade osobe“ i kao takvi su posebno imenovani na vrijeme od pet godine od predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske, koji zahtjev se odnosi i na suce porotnike. U odnosu na suce porotnike zakonodavac je postavio i daljnji uvjet kada je vijeće u odlučivanju. Tada oni u istom vijeću moraju biti različitog spola. Pitanje različite spolne zastupljenosti ne odnosi se na suce profesionalce. Problem sastava suda za mladež glede traženja spolne različitosti kod sudaca porotnika postavio se i općenito obzirom na pitanje radi li se o kaznenom djelu i počinitelju za što bi za vođenje kaznenog postupka bilo nadležno vijeće za mladež, neovisno kako je državni odvjetnik pravno označio postupanje optuženika.

O tome Vrhovni sud u svojoj odluci I KŽ-842/04

„Naime, Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao drugostupanjski sud, postupajući u skladu s odredbom čl. 379. st. 1. ZKP ispitao je pobijanu prvostupanjsku presudu po službenoj dužnosti, te je utvrdio da je prvostupanjski sud u vođenju postupka i u donošenju prvostupanjske presude počinio apsolutno bitnu povredu odredbe kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP, jer je bio nepropisno sastavljen. To zato, jer su u sastavu vijeća za mladež suci porotnici bili osobe istog spola M. D. i M. J., a to je protivno kogentnoj normi odredbe čl. 57. Zakona o sudovima za mladež ("Narodne novine", broj: 111/97, 27/98 i 12/02), prema kojoj suci porotnici u sastavu vijeća za mladež ne smiju biti osobe istog spola.“

Ista norma iz čl. 57. Zakona o sudovima za mladež uvijek je u primjeni, neovisno primjenjuje li se zakon prema maloljetnim počiniteljima, mlađim punoljetnicima ili punoljetnim osobama kada su počinila kazneno djelo iz kataloga čl. 117. st. 1. ZSM-a.

Tako Vrhovni sud u svojoj odluci broj I KŽ-192/06

„Naime, opt. D. P. je u vrijeme počinjenja djela imao 18 godina i 3 mjeseca, dakle bio je mlađi punoljetnik, a u vrijeme suđenja nije još bio navršio 23 godine života, što znači da se prema njemu primjenjuju posebne kaznenopravne odredbe Zakona o sudovima za mladež, pa tako i one koje se odnose na sastav vijeća (čl. 114 Zakona o sudovima za mladež).

Prema odredbi čl. 115 st. 1 Zakona o sudovima za mladež, vijeće za mladež prvostupanjskog županijskog suda sudi u sastavu od suca za mladež i dva suca porotnika za mladež. Kod toga, a prema čl. 115 st. 4 u vezi čl. 57 st. 6 Zakona o sudovima za mladež, suci porotnici u vijeću za mladež ne smiju biti osobe istog spola.

Iz pobijane presude slijedi da vijeće suda prvog stupnja nije bilo ispravno sastavljeno i to ne samo stoga što sudac u vijeću nije bio sudac za mladež (sutkinja J. B.-M. imenovana je sucem za mladež rješenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 23. listopada 2006. godine, broj Su-IV 84/06-28), te što nije vidljivo da li su suci porotnici u vijeću bili suci porotnici za mladež, već i zbog toga što su oba suca porotnika bila istog spola.“

O istom u odnosu na sastav vijeća obzirom na kazneno djelo iz kataloga iz čl. 117. st. 1. ZSM-a, Vrhovni sud u svojoj odluci broj I KŽ-138/05

„Optuženik je pod toč. 1) i 2) proglašen krivim za dva kaznena djela iz čl. 188. st. 4. KZ-a, a radi se o kaznenim djelima iz kataloga čl. 117. Zakona o sudovima za mladež, pa sudeći odrasлом počinitelju kaznenog djela, vijeće za mladež trebalo je biti sastavljeno sukladno odredbi čl. 125. st. 1. ZSM-a (rečenica druga).

Sudeći u vijeću za mladež s jednim sucem i dva suca porotnika, očito je da je sud prvog

stupnja bio nepropisno sastavljen, a time je i ostvarena apsolutno bitna postupovna povreda iz čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP-a, pa je pobijanu presudu trebalo ukinuti po službenoj dužnosti i predmet vratiti sudu prvog stupnja na ponovno suđenje.“

O istom u odluci I Kž-201/04

„Prema propisu čl. 117. ZSM vijeća za mladež sude odraslim počiniteljima za kaznena djela na štetu djece i maloljetnika propisana kaznenim zakonom, a između ostalog i za kazneno djelo spolnog odnošaja s djetetom (alineja 5. istog propisa, čl. 192. KZ).

Zatim, prema propisu čl. 57. st. 6. ZSM u sastavu vijeća za mladež suci porotnici ne smiju biti istog spola.

Kako u ovom konkretnom slučaju vijeće prvostupanjskog suda nije sudilo u vijeću za mladež (a radi se o oštećenici – djetetu), dok su suci porotnici bili istog (muškog) spola, to je prvostupanjski sud prilikom suđenja bio nepropisno sastavljen i to po dva osnova, pa je time ostvarena apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka na koju drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti iz čl. 367. st. 1. toč. 1. u svezi čl. 379. st. 1. toč. 1. ZKP.“

Zakon o sudovima za mladež svakako predstavlja lex specialis u odnosu na Zakon o kaznenom postupku I kada dolazi u obzir njegova primjena sud je dužan postupati u skladu sa normama takvog posebnog zakona. Međutim, na koji način će sudovi postupiti kada u odnosu na pitanje sastava suda dođu u konkurentsku primjenu odredbe dvaju posebnih zakona i to ZSM-a i USKOK-a. U takvoj situaciji sudska praksa zauzela je stav da se pri suđenju imaju primijeniti odredbe ZUSKOK-a pa taklo i u odnosu na sastav suda, o čemu u svojoj odluci I K-796/05.

„U slučaju kada se radi o kaznenom djelu udruživanja za počinjenje kaznenih djela iz čl. 333 KZ na štetu maloljetnika (ne i u slučaju kada je maloljetnik počinitelj kaznenog djela), Zakon o sudovima za mladež (NN 111/97) u čl. 117 i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima za mladež (NN 12/02) u odredbi čl. 28, ne predviđaju nadležnost za suđenje odraslim počiniteljima pred vijećima za mladež. Nasuprot tome, odredba čl. 21 st. 1 t. 2 Zakona o uredu suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (Zakon o USKOK-u NN 88/01 i izmjene i dopune ZUSKOK-a NN 12/02), određuje nadležnost za suđenje pred vijećem iz čl. 27 ZUSKOK-a za kaznena djela iz čl. 333 KZ, uključujući pritom sva kaznena djela koja je počinila grupa ili zločinačka organizacija, sa samo jednim izuzetkom kod kaznenih djela protiv Republike Hrvatske i oružanih snaga. Nadalje, Zakon o sudovima za mladež i Zakon o izmjenama i dopunama zakona o sudovima za mladež predviđa nadležnost za suđenje odraslim počiniteljima na štetu maloljetnika pred vijećima za mladež za kazneno djelo otmice iz čl. 125 KZ, no kako se u ovom postupku četvorici optuženika stavlja se na teret kazneno djelo iz čl. 333 KZ i čl. 125 KZ u stjecaju, to u odnosu na njih postoji subjektivni i objektivni koneksitet, a u odnosu na ostalu šestoricu optuženika objektivni koneksitet djela. Naime, po načelu subjektivnog koneksiteta, kada je veza utemeljena na osobi optuženika i načelu objektivnog koneksiteta, kada postoji prirodno jedinstvo događaja, nema dvojbe da je u ovom postupku za suđenje nadležno vijeće iz čl. 27 ZUSKOK-a. To posebno iz razloga, što u konkurenciji dvaju lex specialis, kao što su u ovom slučaju Zakon o sudovima za mladež i Zakon o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, treba udovoljiti svrsi i zahtjevima efikasnosti postupka kod kaznenih djela zbog kojih je ZUSKOK i donesen (u ovom slučaju kazneno djelo iz čl. 333 KZ vezano uz kazneno djelo iz čl. 125 KZ), a koji uključuje i sastav vijeća od tri posebno određena suca za ovu vrstu postupka, čime se na višu razinu stavlja ne samo zaštita društva, nego neizravno i prava i interesi maloljetnika, čiji je status u

svojstvu oštećenika u dovoljnoj mjeri za ovu vrstu postupka zaštićen odredbama Zakona o kaznenom postupku (čl.238 st. 4 ZKP, čl. 293 t. 5 ZKP i čl. 329 st. 1 i 2 ZKP), koje su se u prvostupanjskom postupku u cijelosti primijenile.“

1.2. Sudjelovanje suca u izricanju presude koji nije sudjelovao na glavnoj raspravi

Iako je teško zamisliti i ovakvu povredu ona predstavlja odgovor na jedno od temeljnih načela kaznenog postupka, a koje se odnosi na potrebu neposrednog izvođenja svih dokaza pred svim sucima koji sudjeluju u donošenju presude. Radi zaštite ovog načela zakonodavac je predvidio obavezu suda da uvijek ponovno započne sa glavnom raspravom ako bi se promijenio sastav suda, tj. ako bi u vijeće ušao sudac koji nije do tada sudjelovao u izvođenju dokaza. Iznimku od ovog načela predstavlja jedino norma čl. 288. Zakona o kaznenom postupku koja propisuje mogućnost određivanja dopunskih sudaca ili dopunskih sudaca porotnika. Ovi suci samo su nazočni glavnoj raspravi na kojoj se izvode dokazi, ali ne sudjeluju kao članovi vijeća u vođenju glavne rasprave i odlučivanju o pojedinim pitanjima, tako dugo dok ne postanu članovi vijeća. Nakon što su zamijenili nekog člana vijeća, oni postaju punopravni članovi vijeća koji imaju pravo odlučivati o svim pitanjima o kojima odlučuje vijeće, pa tako i donositi odluku o krivnji i kazni. Svojstvo dopunskog člana vijeća uvijek mora biti jasno vidljivo iz raspravnih zapisnika.

O tome Vrhovni sud u svojoj odluci III Kž-6/05

„Glavna rasprava na kojoj je donesena prvostupanjska presuda započela je i u kontinuitetu (s nastavcima glavne rasprave u smislu čl. 310. st. 2. Zakona o kaznenom postupku) održavana tijekom 2004. godine 13. i 14. rujna, 21. i 22. rujna, 6., 12. i 13. listopada, 30. studenog te 1., 7., 22. i 29. prosinca, kada je i donesena prvostupanjska presuda. Glavna rasprava započela je u sastavu vijeća sutkinje M. G., kao predsjednice vijeća te sutkinje S. K. J. i sudaca porotnika I. N., K. M. i B. B., kao članova vijeća. Već na toj raspravi, 13. rujna 2004. godine zapisnički je utvrđena nazočnost i dopunskog suca porotnika B. V., a sve u smislu čl. 288. Zakona o kaznenom postupku. U ovom sastavu vijeća održana je raspravna tijekom 2004. godine 13. i 14. rujna, 21. i 22. rujna. Na raspravu održanu 6. listopada 2004. godine, kako to proizlazi iz raspravnog zapisnika, B. V. pristupila je kao dopunski sudac porotnik, ali kako očigledno na raspravu nije došla dotadašnji sudac porotnik I. N., njeno mjesto u vijeću zauzela je dotadašnja dopunska sutkinja porotnica B. V. i u nastavku glavne rasprave 12. i 13. listopada, 30. studenog, te 1., 7., 22. i 29. prosinca 2004. godine, kada je i donesena prvostupanjska presuda, bila je u sastavu vijeća. Smisao odredbe o dopunskom sucu, odnosno dopunskom sucu porotniku, usklađen je sa jedne strane sa načelom zakonitosti i neposrednosti i načelom ekonomičnosti kaznenog postupka. Naime, upravo da bi se izbjeglo nepotrebno ponavljanje već izvedenih dokaza, zakonodavac je i predvidio mogućnost uključivanja u glavnu raspravu dopunskog suca, odnosno dopunskog suca porotnika, koji sa svim ovlastima može zamijeniti člana vijeća koji je do tada obnašao tu dužnost, a na neku od rasprava nije pristupio. Uvjet je jedino da je dopunski sudac, u vrijeme dok nije bio sastavni član vijeća, nazočio svim raspravama koje se održavaju u kontinuitetu i na kojima se izvode dokazi na kojima sud temelji svoju presudu. U konkretnom slučaju iz raspravnih zapisnika sa listova 1057, 1062, 1076 i 1086, na kojima je utvrđenje suda o nazočnosti osoba raspravi, svaki puta utvrđena je i nazočnost B. V. kao dopunskog suca porotnika, da bi nakon toga od rasprave 6. listopada ona postala i članom vijeća koje je donijelo prvostupanjsku presudu. Kako su svi dokazi neposredno izvedeni na glavnoj raspravi

(održavanoj u kontinuitetu kroz više dana) na kojoj je nazočila jedno vrijeme kao dopunski sudac porotnik, a kasnije i kao član vijeća B. V., to nije počinjena bitna povreda kaznenog postupka na koju ukazuje žalitelj. Pri tome, nije odlučno jesu li pojedini dokazi (kao npr. zapisnik o djelomičnoj rekonstrukciji) izvedeni zakonom dopuštenim čitanjem ranije sastavljenih zapisnika. Važno je jedino da je dokaz izveden na glavnoj raspravi na dopušteni način, a što je u konkretnom slučaju učinjeno u odnosu na sve izvedene dokaze na kojima se temelji prvostupanjska presuda.“

Kombiniranje svojstava redovnog i dopunskog člana vijeća tj. slučaj da dopunski član vijeća zamijeni redovnog člana vijeća samo na neko vrijeme trajanja glavne rasprave ili da dopunski član vijeća koji je u tom svojstvu ostao do završetka dokaznog postupka sudjeluje u donošenju odluke o krivnji i kazni ili nejasnoća radi li se o redovnom ili dopunskom članu vijeća nije dopušteno.

O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci I Kž-506/04

„Započinjući glavnu raspravu dana 24. studenog 2003. godine (list 543 spisa) prvostupanjski sud je sudio u vijeću sastavljenom od predsjednika vijeća i tri suca porotnika, A. Č., M. M.1 i M. M.2 kao članova vijeća, iako županijski sudovi sude u prvom stupnju u vijećima sastavljenim od jednog suca i dva suca porotnika, a za kaznena djela za koja je propisana kazna zatvora od 15 godina ili kazna dugotrajnog zatvora u vijećima od dva suca i tri suca porotnika.

Istina, u nastavku glavne rasprave, kako to proizlazi iz raspravnog zapisnika od 25. studenog 2003. godine (list 547 spisa) sud navodi, da je M. M.1 dopunski sudac porotnik, da bi nadalje na svim raspravnim zapisnicima, kada se glavna rasprava nastavljala pa tako i 16. ožujka 2004. godine, kada je presuda i donesena, a objavljena je 17. ožujka 2004. godine, bilo navedeno da se vijeće sastoji od predsjednika vijeća i iste trojice sudaca porotnika, kao članova vijeća.

Međutim, iz zapisnika o vijećanju koji je ovaj sud, kao sud drugog stupnja razgledao na temelju čl. 81. st. 4. ZKP, proizlazi da je u odlučivanju sudjelovao sudac porotnik M. M.1, koji je jednom naveden kao dopunski sudac porotnik.

S obzirom na odredbu čl. 288. ZKP iz koje proizlazi da dopunski sudac porotnik zamjenjuje člana vijeća u slučaju njegove spriječenosti zatraženo je od prvostupanjskog suda, u smislu čl. 373. st. 3. ZKP, izvješće o, u žalbi optuženika istaknutoj, povredi kaznenog postupka iz kojeg je utvrđeno da je M. M.1 bio dopunski sudac porotnik, za kojeg je predsjednik vijeća smatrao da je pažljivije pratio tijekom glavne rasprave i da će predmet glavne rasprave biti svestranije i temeljitije razmotren ako prilikom donošenja presude dopunski sudac porotnik bude učestvovao u vijećanju i glasovanju. Kao razlog se navodi da se sudac porotnik M. M.2 u tijeku glavne rasprave više puta žalio na zdravstvene probleme, što međutim, nije konstatirano i imenovani je bio prisutan do zaključenja glavne rasprave.

Stoga je trebao sudjelovati i u donošenju odluke, jer dopunski sudac porotnik nije zamijenio člana vijeća tijekom glavne rasprave pa prema tome, nije bilo osnova da se pobijana presuda donese uz sudjelovanje dopunskog suca porotnika, kada bi se i prihvatilo da je imenovani to bio, iako na početku glavne rasprave to nije određeno, kako to proizlazi iz raspravnog zapisnika.“

Karakterističan primjer ne sudjelovanja u glavnoj raspravi suca koji sudjeluje u donošenju odluke vidljiv je iz odluke Vrhovnog suda III Kr-38/05

„U pravu je podnositelj zahtjeva kada tvrdi da je glavna rasprava održavana bez sudaca porotnika, samo uz sudjelovanje sutkinje Općinskog suda u Vrbovcu kao pojedinca, a da bi suci porotnici bili nazočni tek dana 19. prosinca 2001. godine u nastavku dokaznog postupka (list 49 spisa), dakle samo na nastavku glavne rasprave.

Uvidom u spis predmeta je utvrđeno kako je osuđ. I. H. proglašen krivim zbog kaznenog djela iz čl. 293. st. 1. KZ i zbog kaznenog djela iz čl. 312. st. 2. u svezi st. 1. KZ. Odluka je postala pravomoćna dana 20. prosinca 2001. godine. Radi se, dakle o kaznenim djelima za koja je predviđena kazna zatvora do pet godina.

Prema čl. 18. st. 2. ZKP-a koji tada bio na snazi (NN br. 110/97; NN br. 27/98; NN br. 58/99 i NN br. 112/99) sudac Općinskog suda kao pojedinac sudio je samo za kaznena djela za koja je propisana kao glavna kazna novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, dok je za ostala kaznena djela trebalo suditi vijeće. Tek je čl. 3. ZIDZKP/02 (NN br. 58 od 21. svibnja 2002. godine) izmijenjena dotadašnja odredba, pa je sudac pojedinac Općinskog suda sudio za kaznena djela za koja je propisana kao glavna kazna novčana kazna ili kazna zatvora do pet godine.

Obzirom na vrijeme podizanja optužnog akta (05. listopada 1998. godine), vrijeme održavanja glavne rasprave i donošenja prvostupanjske presude (20. prosinac 2001. godine), sud je trebao suditi u vijeću od jednog suca i dva suca porotnika. Međutim nije, već je do dana 19. prosinca 2001. godine sudio sudac pojedinac. Glavna rasprava je nastavljena dana 19. prosinca 2001. godine i tada je sudilo vijeće, ali kako rasprava nije započela iznova propust nije bio saniran.

Vijeće koje je donijelo presudu nije sudjelovalo otvaranju zasjedanja i objavljivanju predmeta glavne rasprave, uzimanju osobnih podataka od optuženika, čitanju odnosno objavi sadržaja optužnog akta i očitovanju optuženika o krivnji. Naime, suci porotnici su, protivno odredbi čl. 311. st. 2. ZKP-a, sudjelovali samo u nastavku dokaznog postupka i prilikom izricanja presude, uslijed čega je ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 427. toč. 2. ZKP-a u svezi čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP-a, kako se to osnovano tvrdi u zahtjevu.“

1.3. Sudjelovanje suca u izricanju presude koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja

Ovu osnovu za pitanje opstojnosti apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka na koju sud pazi po službenoj dužnosti valja razlikovati od povrede opisane u čl. 367. st. 1. toč. 2. Zakona o kaznenom postupku na koju povredu sud ne pazi po službenoj dužnosti.

Naime, dok ova povreda postoji ako na glavnoj raspravi, naravno na kojoj je donesena odluka, sudjeluje sudac koji je pravomoćnom odlukom izuzet od suđenja, situacija na koju sud pazi tek po prizivu stranke je sudjelovanje na raspravi suca koji bi mora biti izuzet i to samo iz razloga za isključenje od obavljanja od sudačke dužnosti. Dakle, radi se o situaciji kada još nije donesena, kako zakon ističe, pravomoćna odluka o nemogućnosti postupanja nekog suca.

Na ovu povredu sudovi moraju obratiti posebnu pažnju ako je odluka o izuzeću donesena

u nekoj drugoj fazi kaznenog postupka, ali kada se radi o istom kaznenom postupku. Naime, sudac izuzet u bilo kojoj fazi u kaznenog postupka nikada i niti u kojoj fazi ne može sudjelovati u suđenju u tom kaznenom postupku. Pri tome valja imati u vidu da pojam suđenja ne obuhvaća samo presuđenje o krivnji i kazni, već i donošenje svih drugih odluka koje donosi sud tijekom vođenja kaznenog postupka.

Iako u odnosu na ovaj oblik povrede nema velike sudske prakse, ona je ipak prisutna. Tako Vrhovni sud u svojoj odluci Kzz-6/98

„Sjednici izvanraspravnog vijeća Općinskog suda u Puli od 23. veljače 1998. pri odlučivanju o pritvorskoj mjeri, a zapravo o prijedlozima opt. D.V. i M.I. za ukidanje pritvora, u kojoj je donijeto rješenje br. Kv-64/98 (K-57/98), predsjedavao sudac I.S., koji je rješenjem predsjednika suda od 2. srpnja 1997. br. 3Su-1255/97 izuzet od suđenja u istom kaznenom predmetu, pa da je time ostvarena bitna postupovna povreda iz čl. 367. st. 1. toč. 1. u svezi sa čl. 399. Zakona o kaznenom postupku ("Narodne novine" br. 110/97, dalje: ZKP/97).

Kada je, naime, nakon podignute optužnice u fazi glavne rasprave, u izvanraspravnom vijeću, koje je odlučivalo o prijedlozima optuženika za ukidanje pritvora, sudjelovao sudac koji je izuzet od suđenja, a pod čime se podrazumijeva i sudjelovanje u donošenju odluka u izvanraspravnom vijeću, onda je takvom odlukom, konkretno pobijanim rješenjem ostvarena bitna postupovna povreda iz čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP/97 (čl. 399. ZKP/97), kako se to osnovano tvrdi u zahtjevu.“

2. Povreda propisa kaznenog postupka o pitanju postoji li optužba ovlaštenog tužitelja ili prijedlog oštećenika, odnosno odobrenje nadležnog tijela

Radi se o daljnjoj apsolutno bitnoj povredi odredaba kaznenog postupka na koju drugostupanjski sud pazi i po službenoj dužnosti, bez da na nju u žalbi ukaže nezadovoljna stranka. Ova povreda osnažuje jedno od temeljnih načela kaznenog postupka – akuzatorno načelo kako je ono određeno čl. 2. Zakona o kaznenom postupku. Ovo načelo utemeljeno je na normi čl. 29. st. 5. Ustava Republike Hrvatske koji izrijeком određuje da „Kazneni postupak može se pokrenuti samo pred sudom na zahtjev ovlaštenog tužitelja.“

Sud nikada sam ne pokreće kazneni postupak i njegovo pokretanje i vođenje moguće je tek ako postupak inicira ovlaštenu tužitelj. U pojedinim slučajevima i ovlaštenu tužitelj ima ograničenja glede mogućnosti pokretanja kaznenog postupka ta ograničenja ogledaju se kroz zakonsko uvjetovanje postojanja prijedloga oštećenika za kazneni progon kada je za progon nadležan državni odvjetnik, odnosno postojanja odobrenja nadležnog tijela za pokretanje i vođenje kaznenog progona.

Kao što je vidljivo iz samog teksta ove norme, ova povreda postojati će u tri slučaja.

1. u odnosu na pitanje postojanja optužbe ovlaštenog tužitelja
2. u odnosu na pitanje postojanja prijedloga oštećenika i
3. u odnosu na pitanje postojanja odobrenja nadležnog tijela za vođenje kaznenog postupka.

Kako sud može postupati samo po zahtjevu stranke i nikada sam ne inicira kazneni postupak, te kako postoji Ustavna norma o mogućnosti vođenja kaznenog postupka samo po zahtjevu ovlaštenog tužitelja, to i u odnosu na ovu povredu njeno utvrđenje samo po sebi predstavlja povredu Ustavnih kategorija, zbog čega i sama odluka po zahtjevu neovlaštenog tužitelja postaje ona koja je suprotna Ustavu zbog čega ista ne može opstati neovisno o tome ukazuje li stranka na tu povredu ili ne. Međutim, drugostupanjski sud će biti u mogućnosti, ukoliko utvrdi postojanje ove povrede, u nekim slučajevima pozivom na odredbu čl. 390. st. 1. Zakona o kaznenom postupku preinačiti prvostupanjsku presudu i optužbu odbiti. Naime, bilo bi neekonomično nakon utvrđenja da je postupak vođen bez zahtjeva ovlaštenog tužitelja takvu presudu ukidati i vraćati prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. U tom slučaju drugostupanjski sud će nakon utvrđenja ove povrede preinačiti prvostupanjsku presudu na način da će optužbu odbiti.

2.1. Pitanje postojanja optužbe ovlaštenog tužitelja

Kazneni postupak u Republici Hrvatskoj za kaznena djela za koja se kazneni progon pokreće po službenoj dužnosti pokreće državni odvjetnik. Ako se radi o takvom kaznenom djelu, a državni odvjetnik je odbacio kaznenu prijavu ili je izjavio da odustaje od kaznenog progona na njegovo mjesto u propisanom roku može stupiti oštećenik kao tužitelj. Kada on preuzme kazneni progon od državnog odvjetnika, on ima sve ovlasti državnog odvjetnika „osim onih koje državnom odvjetniku pripadaju kao državnom tijelu“.

O pitanju ovlaštenog tužitelja državnog odvjetnika ili privatnog tužitelja Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci Kzz-14/05

„Državni odvjetnik Republike Hrvatske podnio je zahtjev za zaštitu zakonitosti protiv ove pravomoćne presude, sa stajalištem da je drugostupanjski sud pogrešno zauzeo stav, da je ovlašteni tužitelj privatni tužitelj, dok iz obrazloženja nije jasno na koji propis se zapravo poziva sud, s obzirom da nedvojbenim utvrđuje pravnu oznaku djela iz čl. 216 st. 2 u vezi čl. 217 st. 3 KZ, da bi potom donio zaključak da se kazneni postupak po čl. 216 st. 3 KZ pokreće privatnom tužbom.

U pravu je državni odvjetnik kada u zahtjevu za zaštitu zakonitosti navodi, da je sud drugog stupnja povrijedio kazneni zakon, kada je temeljem čl. 353 t. 2 ZKP donio presudu kojom se optužba odbija, sa stajalištem da državni odvjetnik nije ovlašteni tužitelj za kazneno djelo iz čl. 217 st. 3 KZ. Naime, odredba čl. 216 st. 3 KZ predviđa da se postupak za kazneno djelo iz stavka 2 čl. 216 KZ pokreće privatnom tužbom ukoliko se radi o privatnoj imovini. To znači, da ta ista odredba ne važi i za kazneno djelo teške krađe, za koja kaznena djela je bez iznimke, pa tako i u slučaju iz stavka 3 čl. 217 KZ, ovlašteni tužitelj je državni odvjetnik. Kako su drugostupanjskom presudom Županijskog suda u Sisku, djela koja se optuženicima stavljaju na teret, pravno okvalificirana kao kaznena djela teške krađe iz čl. 217 st. 3 u vezi čl. 216 st. 2 KZ, to nije bilo mjesta donošenju presude kojom se optužba odbija temeljem čl. 353 t. 2 ZKP.“

O istom Vrhovni sud u svojoj odluci Kzz-37/04

„Obzirom da je optuženik ušao u kuću s ciljem prisvajanja novca koji tamo nađe i da je prisvojio sav novac iz aktovke, ne može se prihvatiti utvrđenje drugostupanjskog suda da bi se

radilo o postupanju s ciljem prisvajanja stvari male vrijednosti, pa da stoga ne postoji optužba ovlaštenog tužitelja, jer da se radi o kaznenom djelu iz čl. 216. st. 2. KZ u svezi čl. 217. st. 3. KZ, jer da je objekt djela bila privatna imovina, a vrijednost manja od 1.000,00 kn.

Stoga je prvostupanjski sud inkriminirano ponašanje optuženika u svemu ispravno okvalificirao kao ono iz čl. 217. st. 1. toč. 1. u svezi čl. 216. st. 1. KZ pa je u pravu državni odvjetnik da je drugostupanjskom presudom povrijeđen kazneni zakon u odredbi čl. 368. toč. 4. ZKP u svezi čl. 217. st. 1. toč. 1. u svezi čl. 216. st. 1. KZ, s obzirom da je djelo počinjeno provaljivanjem s namjerom oduzimanja sveg novca koji se zatekne u kući, što znači da namjera optuženika nije bila usmjerena na mali iznos.“

Posebno je pitanje stupanje na poziciju ovlaštenog tužitelja od strane oštećenika kao tužitelja. Pri tome valja posebnu pažnju obratiti je li osoba koja želi stupiti na poziciju oštećenika kao tužitelja doista oštećenik kaznenim djelom ili možda samo prijavitelj kaznenog djela. Ovo postaje naročito važno obzirom na kaznena djela kod kojih zaštitni objekt je društvo u cjelini.

O tome Vrhovni sud u svojoj odluci IV Kž-72/93

„Naime, u smislu odredbe čl. 138. ZKP, oštećenik je osoba čije je kakvo osobno ili imovinsko pravo krivičnim djelom povrijeđeno, ili ugroženo. Niti iz jednog dokaza, ni podatka u spisu ne proizlazi da bi G.Z. na bilo koji način bio povrijeđen ili ugrožen radnjama osumnjičenika, kojeg tereti za učinjenje krivičnog djela primanja mita iz čl. 228. KZRH. Kako dakle G.Z. nema svojstvo oštećenika kao tužitelja, po njegovom se zahtjevu istraga u ovom slučaju ne može provoditi.“

O istome i u odluci Vrhovnog suda broj IV Kž-126/02

„Sud prvog stupnja pravilno zaključuje da iz opisa radnji kaznenih djela koja su osumnjičeniku stavljena na teret kaznenom prijavom koju je podnio V. M. (a samo za tako opisana kaznena djela moguće je preuzeti kazneni progon) proizlazi da oštećenik može biti samo H., a ne i V. M. (koji se u opisu tih radnji niti ne spominje, već se pojavljuje samo kao podnositelj prijave, ali ta okolnost ne daje mu i status oštećenika niti pravo na preuzimanje kaznenog progona, kako je to pravilno navedeno već i u rješenju državnog odvjetnika o odbačaju kaznene prijave).“

Isto u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj IV Kž-65/03

„U odnosu na kazneno djelo iz čl. 91. st. 1. toč. 6. Kaznenog zakona, žalitelj sebe smatra oštećenikom nakon smrti R.R. Pri tome treba imati u vidu da pojam prijavitelja kaznenog djela nije identičan pojmu oštećenog kao tužitelja, osobe ovlaštene da preuzme progon od državnog odvjetnika. Kako on sam u žalbi ističe da doista nije osoba iz kruga onih kako su one nabrojene u čl. 50. Zakona o kaznenom postupku, za priznavanje svojstva oštećenog kao tužitelja u smislu čl. 55. Zakona o kaznenom postupku, potrebno je samim zahtjevom za provođenje istrage učiniti izvjesnim da bi on spadao u krug osoba oštećenika, kako je taj pojam definiran čl. 170. st. 1. toč. 5. Zakona o kaznenom postupku. Međutim žalitelj u svome zahtjevu, a niti u samoj žalbi niti na koji način ne čini izvjesnim da bi smrću R.R., koju smrt on, za sada bez bilo kakvih dokaza koji bi činili osnovanom sumnju, pripisuje kriminalnoj aktivnosti svih osumnjičenih, bilo povrijeđeno ili ugroženo kakvo njegovo osobno ili imovinsko pravo.“

Stoga je u pravu prvostupanjski sud kada utvrđuje da žalitelj nema svojstvo oštećenika kao tužitelja u odnosu na ovo kazneno djelo.

Također, identična argumentacija kao i u donosu na čl. 91. Kaznenog zakona, i prema mišljenju ovoga Vrhovnog suda, primjenjiva je i u odnosu na kazneno djelo iz čl. 234 st. 2. Kaznenog zakona.

Naime, u zahtjevu žalitelj je opisao navodne radnje osumnjičenika, za koje ponovno ne nudi niti jedan dokaz koji bi potvrđivao postojanje osnovane sumnje da bi oni doista tako i postupali, koje radnje su poduzimane za života R.R. i na njenu štetu, a bez da bi učinio izvjesnim da on nije samo prijavitelj kaznenog djela, već da bi takvim kaznenim djelom bilo povrijeđeno ili ugroženo neko njegovo osobno ili imovinsko pravo, nakon smrti R.R.“

Posebno je problematizirano pitanje ovlaštenog tužitelja u posebnim postupcima tj. u kaznenom postupku prema maloljetnim počiniteljima kaznenih djela. U takvim postupcima zakon izrijeком isključuje mogućnost stupanja na poziciju ovlaštenog tužitelja oštećenika kao tužitelja, propisujući proceduru postupanja kod odustanka od optužbe državnog odvjetnika.

O tome Vrhovni sud u svojoj odluci broj Kzz-13/04

„U pravu je državni odvjetnik kada navodi da je okr. D. M., rođen 7. lipnja 1982. godine, u vrijeme počinjenja djela (3. veljače 2000.) bio maloljetan, što nadležan Općinski državni odvjetnik nije imao u vidu kada je rješenjem od 12. prosinca 2003. godine br. K-DO-284/03 odbacio kaznenu prijavu podnositelja Z. C., zastupanog po punomoćnici J. N. odvjetnici iz Z..

Nije odlučivao prema čl. 45. Zakona o sudovima za mladež prema kojem zakonu je trebao postupiti i oštećenik, koji je nakon primitka obavijesti državnog odvjetnika da nema osnove zahtijevati pokretanje kaznenog postupka prema maloljetniku, u roku od osam dana trebao zahtijevati da vijeće za mladež višeg suda odluči o pokretanju postupka (čl. 62. st. 2. Zakona o sudovima za mladež).

S obzirom da je oštećenik kao tužitelj podnio optužni prijedlog po kojem je Općinski sud postupao, ostvario je postupovnu povredu iz čl. 367. st. 1. toč. 5. ZKP.“

Pitanje postojanja optužbe ovlaštenog tužitelja moguće je sagledavati i kroz određivanje trenutka do kada ovlašteni tužitelj može mijenjati činjenični opis kaznenog djela za koji se vodi kazneni postupak. Državni odvjetnik ovlašten je prema čl. 341. st. 1. Zakona o kaznenom postupku učiniti ovu izmjenu do završetka dokaznog postupka. Nije rijedak slučaj da državni odvjetnik izmijeni optužni akt nakon završetka dokaznog postupka, dakle u vrijeme kad to više nije mogao činiti. Sudska praksa na takvu situaciju dala je odgovor koji se ogleda u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž- 460/06.

„Bitna povreda kaznenog postupka odnosi se na okolnost da je sud prvog stupnja prihvatio izmjenu optužnice od strane državne odvjetnice u odnosu na pravnu kvalifikaciju kaznenog djela počinjenog na štetu V. O. na način da se opt. D. M., umjesto kaznenog djela teškog ubojstva iz čl. 91. st. 1. toč. 1. KZ, na teret stavlja kazneno djelo ubojstva iz čl. 90. KZ, premda je ova izmjena učinjena izvan zakonom dopuštenog stadija postupka. Naime, sukladno odredbi čl. 341. st. 1. ZKP, ako tužitelj u tijeku glavne rasprave utvrdi da izvedeni dokazi pokazuju da se izmijenilo činjenično stanje izloženo u optužnici, on može, do završetka dokaznog postupka, usmeno izmijeniti optužnicu ili podnijeti novu, da bi, prema st. 4. istog članka, nakon izmjene, proširenja ili podnošenja nove optužnice, optuženik imao pravo očitovati se o njezinoj osnovi sukladno odredbi čl. 320. st. 4. ZKP.

Iz pobijane presude i spisa predmeta vidljivo je da je državna odvjetnica izmijenila optužnicu u odnosu na pravnu kvalifikaciju kaznenog djela teškog ubojstva u svojoj završnoj riječi, dakle nakon što je dokazni postupak već bio završen, a sud prvog stupnja je, prihvaćanjem tako izmijenjene optužnice, počinio bitnu povredu kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 5. ZKP.“

Pitanje postojanja optužbe ovlaštenog tužitelja moguće je problematizirati i u odnosu na državnog odvjetnika kao ovlaštenog tužitelja. Naime, kako je već ranije spomenuto u ovom radu postoje određene procesne situacije koje „zahtijevaju“ poseban sud, a time i posebnog državnog odvjetnika. Ovaj problem pojavljuje se prvenstveno povezan sa nadležnošću USKOK-a, čija stvaran nadležnost je određena zakonom o Uredu za sprečavanje organiziranog kriminaliteta. Istovremeno valja istaći da je to i jedini slučaj da zakonska odrednica nadležnosti državnog odvjetnika određuje stvarnu nadležnost suda. Povezano sa pitanjem koji sud je nadležan sudovi su zauzimali pravna shvaćanja i o nadležnosti USKOK-a kao posebnog oblika državnoodvjetničke strukture. O tome Vrhovni sud u svojoj odluci Kzz-14/05

„Osuđenik nije u pravu kada pravomoćnu presudu pobija zbog bitne povrede odredbe čl. 367. st. 1. toč. 5. ZKP, jer nije osnovana njegova tvrdnja da u postupku u odnosu na kazneno djelo iz čl. 337. st. 3. ZKP-a nije postupao ovlašteni tužitelj, jer da to kazneno djelo ne spada u nadležnost USKOK-a, već samo kazneno djelo iz čl. 347. KZ-a.

Naime, u tijeku postupka došlo je do spajanja kaznenog postupka koji se vodio u Općinskom sudu u Bjelovaru u predmetu K-132/03 zbog kaznenog djela iz čl. 337. st. 3. KZ-a s postupkom u predmetu K-153/03 zbog kaznenog djela iz čl. 347. st. 1. KZ-a, pa je ispravno da je u tom jedinstvenom postupku kao ovlašteni tužitelj nastupao USKOK, jer je njegova nadležnost glede kaznenog djela iz čl. 347. st. 1. KZ-a propisana posebnim zakonom, kao lex specialis. Isto tako, neosnovan je osuđenikov prigovor da su u predmetu za kazneno djelo iz čl. 347. KZ-a sudili nenadležni sudovi. Prije svega taj prigovor u skladu s odredbom čl. 427. toč. 2. ZKP ne može biti zakonski razlog za podnošenje zahtjeva za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude, a osim toga radi osuđenika kao podnositelja zahtjeva, treba reći da je u skladu s odredbom čl. 26. Zakona o USKOK-u na prijedlog predsjednika Županijskog suda u Zagrebu, Vrhovni sud Republike Hrvatske rješenjem od 10. prosinca 2002. godine, broj: II-4 Kr-522/02-3 odredio nadležnost Općinskog suda u Daruvaru (l. 596), a nakon toga rješenjem Županijskog suda u Bjelovaru od 17. travnja 2003. godine, broj: Kv-74/03-3 određena je nadležnost Općinskog suda u Bjelovaru.“

O pitanju je li za postupanje ovlašteni tužitelj USKOK ili redovni tužitelj Vrhovni sud i u svojoj odluci I Kž-383/05

„Suprotno navodima žalbe optuženog A. B., prema kojima nema zahtjeva ovlaštenog tužitelja jer da je tužitelj, s obzirom na navode u optužbi iz kojih proizlazi postojanje zločinačke organizacije, trebao biti Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, a ne županijsko državno odvjetništvo, prvostupanjski sud nije počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 367. stavka 1. točke 5. Zakona o kaznenom postupku.

Naime, iz odredaba Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta („Narodne novine“ broj 88/01. i 12/02.) koji je bio na snazi u vrijeme vođenja prvostupanjskog postupka proizlazilo je da je Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog

kriminaliteta bio nadležan za kaznena djela navedena u članku 21. tog Zakona, među kojima nije bilo navedeno i kazneno djelo iz članka 173. stavka 3. Kaznenog zakona. Prema pravnom shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske, nije moguć stjecaj kvalificiranog oblika kaznenog djela zlouporabe opojnih droga iz članka 173. stavka 3. Kaznenog zakona s kaznenim djelom udruživanja za počinjenje kaznenih djela iz članka 333. Kaznenog zakona, jer se radi o prividnom stjecaju koji proizlazi iz odnosa supsidijariteta. Tek donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Uredu za suzbijanje organiziranog kriminaliteta („Narodne novine“ broj 22/05.) koji je stupio na snagu 22. ožujka 2005. godine kazneno djelo iz članka 173. stavka 3. Kaznenog zakona stavljeno je izrijeком u nadležnost Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. Budući da su optužnice u ovom kaznenom predmetu postale pravomoćne prije stupanja na snagu navedenog Zakona (a prije stupanja na snagu tog Zakona donesena je i prvostupanjska presuda), ovlaštenu tužitelj u ovom postupku bilo je županijsko državno odvjetništvo.“

O konkurenciji dvaju specijalnih tužitelja, tužitelja za mladež i USKOK-a, koji determiniraju i oblik postupka već je navedeno u odluci Vrhovnog suda broj I Kž-796/05, koja je problematizirala pitanje sastava suda, pa se čitatelj upućuje na izvadak iz teksta iste, kako je ranije naveden.

2.2. Pitanje postojanja prijedloga oštećenika

Izmjene u kaznenom zakonodavstvu kako su učinjene sa Kaznenim zakonom koji je u primjeni od 1. siječnja 1998. godine, predvidjele su da u odnosu na pojedina kaznena djela za koja poštujući načelo oficijelnosti kao ovlaštenu tužitelj može se pojaviti jedino državni odvjetnik (sasvim iznimno i u zakonom propisanim slučajevima oštećenik kao tužitelj), u zakonom propisanim slučajevima traži se poseban prijedlog za pokretanje kaznenog postupka. Ne postojanje prijedloga za kazneni progon ili njegovo povlačenje za posljedicu ima nemogućnost kaznenog progona od strane državnog odvjetnika.

Ova situacija našla je svoj odraz i u procesnim normama i to kako u čl. 2. Zakona o kaznenom postupku koji govori o pitanju ovlaštenih tužitelja za kazneni progon tako i kao jedna od pretpostavki za donošenje odbijajuće presude (čl. 353. toč. 4. Zakona o kaznenom postupku). Kako se prema tome radi o razlogu koji potpuno onemogućava vođenje kaznenog postupka i utvrđivanje krivnje optuženika, to je i u nadležnosti drugostupanjskog suda da po službenoj dužnosti i bez da su stranke istakle ovu povredu pazi na njeno postojanje ili ne postojanje.

O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj Kzz-13/06

„Osuđenik je proglašen krivim za kazneno djelo krađe iz čl. 216. st. 2. KZ, za koje djelo se temeljem st. 3 istog članka kazneni postupak pokreće privatnom tužbom, a ako je stvar državno vlasništvo kazneni postupak se pokreće povodom prijedloga.

Iz izreke presude proizlazi da je kazneno djelo počinjeno na način da je osuđenik dana 07. studenog 2005. godine u šumi Durgutovica kod I. posjekao više ležećih stabala klena i hrasta, od kojih je načinio 6 prostornih metara ogrjevnog drveta, koje je uzeo za sebe, oštetiši time Upravu šuma V., Šumariju M. Dakle, u konkretnom slučaju radi se o drvu otuđenom u šumi koja je sukladno čl. 6 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama (NN-41/90) u

vlasništvu Republike Hrvatske, a tom šumom prema čl. 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama (NN-13/02) gospodari trgovačko društvo 'Hrvatske šume' d.o.o., koje je u potpunom vlasništvu Republike Hrvatske, pa se nesumnjivo radi o stvari koja je državno vlasništvo.

Prema tome, s obzirom na činjenicu da se osuđeniku stavlja na teret kazneno djelo iz čl. 216. st. 2. KZ i s obzirom na činjenicu da se radi o stvari u državnom vlasništvu, u konkretnom slučaju je trgovačko društvo 'Hrvatske šume' d.o.o., sukladno odredbama čl. 216. st. 3. KZ i čl. 48. st. 1. ZKP, trebalo državnom odvjetništvu podnijeti prijedlog za progon.

Kako u spisu predmeta ne postoji prijedlog za progon, a niti se, kako to ispravno navodi državni odvjetnik, takvim može smatrati prijava o krađi, to je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 5. ZKP, jer su povrijeđeni propisi u pitanju postoji li optužba ovlaštenog tužitelja.“

Iako je od uvođenja u naš pravni poredak ovog pravnog instituta proteklo dosta vremena, kada je uveden institut „prijedloga za kazneni progon“, valjalo je riješiti pitanje postojanja ove bitne povrede odredaba kaznenog postupka obzirom na raniju strukturu kaznenog zakonodavstva koja je kao ovlaštene tužitelje razlikovala državnog odvjetnika (iznimno oštećenika kao tužitelja) i privatnog tužitelja, ne poznajući potrebu prijedloga za kazneni progon kao formalne pretpostavke za ex offo postupanje državnog odvjetnika u skladu sa načelom oficijelnosti. Opisanu situaciju tada riješio je Vrhovni sud svojom odlukom I KŽ-228/99.

„U pravu je državni odvjetnik da prvostupanjski sud nije pravilno primijenio odredbu iz čl. 502. st. 3. ZKP/97, prema kojoj se u konkretnom predmetu ima smatrati da postoji optužba ovlaštenog tužitelja bez obzira i da li se radi o kaznenom djelu pogodovanja vjerovnika iz čl. 281. KZ.

Naime, prema čl. 502. st. 3. ZKP/97 kazneni postupak za kaznena djela za koja se prije stupanja na snagu ovog Zakona progonilo po službenoj dužnosti ili po privatnoj tužbi, a nakon stupanja na snagu po prijedlogu, vodi se po propisima koji su bili na snazi prije stupanja na snagu ovog Zakona ako je optužba ili privatna tužba podnesena do dana stupanja na snagu ovog Zakona.

Prvostupanjski sud u svom rješenju je naveo, a što proizlazi i iz spisa, da je optužnica Općinskog državnog odvjetništva Osijek koju je preuzelo Županijsko državno odvjetništvo u Osijeku protiv opt. S.Š. zbog kaznenog djela iz čl. 101. st. 1. i 3. KZRH podignuta 3. prosinca 1996. godine, dakle, prije stupanja na snagu Zakona o kaznenom postupku ("Narodne novine", broj 110/97), pa se prema citiranoj odredbi iz čl. 502. st. 3. ZKP/97 u ovom konkretnom predmetu kazneni postupak vodi po ranijim propisima.“

Kako je to izričito propisano normom čl. 52. Zakona o kaznenom postupku oštećenik može povući svoj prijedlog za progon samo do završetka glavne rasprave, dakle do povlačenja prvostupanjskog suda an vijećanje i glasovanje. Kao što je vidljivo iz ove norme, ako je prvostupanjsko vijeće ušlo u fazu vijećanja i glasovanja, a osobito ako je spis predmeta došao na odlučivanje pred drugostupanjski sud, oštećenik vije nema pravo povući svoj prijedlog za kazneni progon. U tim slučajevima kako prvostupanjski tako i drugostupanjski sud ovlašteni su samo provjeravati postoji li prijedlog za kazneni progon oštećenika. Jednom dana izjava o povlačenju prijedloga za kazneni progon trajna je i neopoziva.

2.3. Pitanje postojanja odobrenja nadležnog tijela za vođenje kaznenog postupka

Kada zakonodavac govori o potrebnom odobrenju za vođenje kaznenog postupka pri tome misli na pitanje procesnog imuniteta za kazneni progon i potrebe „skidanja imuniteta“ davanjem odobrenja za kazneni progon od nadležnog tijela kako bi kazneni progon mogao započeti, odnosno kako bi se kazneni progon mogao nastaviti, ako je imunitet stečen tijekom postupka koji već teče.

Privilegij imuniteta od kaznenog progona ne predstavlja osobi privilegij, već je njegov smisao u zaštiti institucije čiji članovi uživaju pravo imuniteta od kaznenog progona. Stoga nije od značaja hoće li se okrivljenik koja uživa pravo imuniteta pozvati na isti, već je dužnost suda da pazi postoji li odobrenje ovlaštenom tužitelju za kazneni progon.

Tko uživa privilegij imuniteta nije propisano odredbama kaznenog bilo materijalnog bilo procesnog zakona. Odredbe o imunitetu sadržane su u Ustavu Republike Hrvatske te u posebnim zakonima. Potpuni imunitet od kaznenog progona prema unutarnjem pravu u Republici Hrvatskoj ima Predsjednik Republike Hrvatske, zastupnici Hrvatskog sabora, suci Ustavnog suda Republike Hrvatske, suci redovnih sudova, Glavni državni odvjetnik Republike Hrvatske i njegovi zamjenici te državni odvjetnici i njihovi zamjenici te članovi Vlade Republike Hrvatske.

Odobrenje za kazneni progon dužan je zatražiti ovlašteni tužitelj. Međutim, ako je kazneni postupak već u tijeku, a optužena osoba stekne svojstvo koje mu jamči imunitet od kaznenog progona, nalazim da bi u tim slučajevima sam sud morao zatražiti očitovanje nadležnog tijela o „skidanju imuniteta“ za kazneni progon u odnosu na svoga člana. Ako imunitet ne bi bio skinut, neovisno o tome da li se optuženik na tu okolnost poziva, tada bi to postala zapreka za vođenje kaznenog postupka i sud bi postupak, ako je u fazi prvostupanjskog odlučivanja, mora završiti donošenjem odbijajuće presude (čl. 353. toč. 4. Zakona o kaznenom postupku). Međutim, ako se radi o fazi drugostupanjskog odlučivanja, tada će ne postojanje odobrenja za vođenje kaznenog postupka ili odustanak od već danog odobrenja predstavljati bitnu povredu odredaba kaznenog postupka na koju drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti i bez da ju stranke posebno istaknu.

O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci broj IV Kž-77/04

„Naime, prije donošenja odluke drugostupanjski sud je provjerio žalbeni navod da je osum. Z. A. u vrijeme donošenja prvostupanjskog rješenja i u vrijeme odlučivanja o njegovoj žalbi protiv tog rješenja imao svojstvo zastupnika Sabora Republike Hrvatske.

Iznijeta činjenica je procesno odlučna činjenica. Ovo zbog toga što je u čl. 75. st. 1. i 3. Ustava Republike Hrvatske propisano da zastupnici u Saboru Republike Hrvatske imaju imunitet i da se protiv zastupnika ne može pokrenuti kazneni postupak bez odobrenja nadležnog tijela Sabora, kako je to dalje propisano u čl. 23. do 28. Poslovnika tog tijela državne vlasti, a odredbom čl. 163. st. 2. ZKP propisano je da državni odvjetnik ne može zahtijevati provođenje istrage, niti podignuti neposredno optužnicu, odnosno optužni prijedlog ako ne podnese dokaz da je odobrenje dano u onim slučajevima kad je kaznenim zakonom određeno da je za progon pojedinih djela potrebno prethodno odobrenje nadležnog

državnog tijela. Nadalje, u odredbi čl. 58. st. 1. ZKP određeno je da oštećenik kao tužitelj ima ista prava koja ima državni odvjetnik, osim onih koja državnom odvjetniku pripadaju kao državnom tijelu. To znači da oštećenik kao tužitelj svoje pravo na kazneni progon može ostvarivati pod istim uvjetima kao i državni odvjetnik. Pri tome je za predmetni slučaj važno naznačiti da se odredbe o imunitetu ne moraju beziznimno nalaziti u kaznenom zakonodavstvu, već oni mogu biti smješteni i izvan kaznenog zakonodavstva i to u ovom slučaju sadržani u Ustavu Republike Hrvatske.

Po čl. 164. toč. 1. ZKP kazneni postupak započinje donošenjem rješenja o provođenju istrage, a to u predmetnoj stvari znači da je prvostupanjski sud pokrenuo kazneni postupak protiv osumnjičenika protiv kojeg se kazneni postupak nije mogao pokrenuti bez provedenog postupka i odluke nadležnog tijela Sabora Republike Hrvatske, ni bez dokaza oštećenika kao tužitelja da je odobrenje za pokretanje kaznenog postupka protiv osum. Z. A. zbog kaznenog djela iz čl. 337. st. 4. u vezi st. 3. i 1. bilo dano. Pri tome nije od značaja okolnost da je istražni zahtjev oštećenika kao tužitelja protiv ovog osumnjičenika radi navedenog kaznenog djela bio podnesen u vrijeme kada ovaj osumnjičenik nije imao svojstvo zastupnika Sabora Republike Hrvatske, a time niti imunitet od kaznenog progona.“

O potrebi pribavljanja odobrenja za kazneni progon sudaca Vrhovni sud u svojoj odluci IV KŽ-7/05

„Nije u pravu žalitelj kada navodi da „u ovoj fazi, zahtjev Županijskog suda da se pribavi mišljenje Državnog sudbenog vijeća (vezano za oduzimanje imuniteta osumnjičenima) nije imalo svrhu...“ jer upravo u ovoj fazi postupka, kada zahtijeva provođenje istrage, ovlaštenu tužitelj, ovdje oštećenik kao tužitelj, uz istražni zahtjev mora priložiti i dokaz da je dano odobrenje Državnog sudbenog vijeća za pokretanje kaznenog postupka protiv osumnjičenika. Naime, čl. 121. Ustava Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 41/01) i čl. 9. st. 2 i 3 Zakona o sudovima ("Narodne novine", broj 3/94, 100/96, 115/97, 131/97, 129/00, 67/01, 5/02, 101/03 i 17/04) propisano je da suci imaju imunitet i da se kazneni postupak protiv njih ne može pokrenuti bez odobrenja Državnog sudbenog vijeća, dok je čl. 163. st. 2 ZKP propisano da kada je za kazneni progon potrebno odobrenje nadležnog tijela, što je ovdje slučaj, ovlaštenu tužitelj ne može zahtijevati provođenje istrage niti podignuti optužnicu, optužni prijedlog ili privatnu tužbu, ako ne podnese dokaz da je odobrenja dano. Kako žalitelj uz istražni zahtjev nije priložio dokaz da je takovo odobrenje dano, a niti je nakon podnošenja istražnog zahtjeva postupio sukladno uputi istražnog suca i Državnom sudbenom vijeću dostavio prijedlog za odobrenje pokretanja kaznenog postupka protiv osumnjičenika, smatrajući to nesvrhovitim, onemogućio je i sud prvog stupnja i ovaj sud, kao sud drugog stupnja, u meritornom ispitivanju osnovanosti istražnog zahtjeva oštećenika kao tužitelja, tj. u ocijeni da li u konkretnom slučaju postoje okolnosti koje bi činile temelj za zaključak o postojanju osnovane sumnje da su I, II i III-osumnjičeni postupili na način kako ih tereti oštećenik kao tužitelj svojim istražnim zahtjevom.“

3. Pitanja stvarne nenadležnosti suda za donošenje odluke

U odnosu na ovu bitnu povredu odredaba kaznenog postupka norma čl. 367. st. 1. toč. 6. Zakona o kaznenom postupku nalaže drugostupanjskom sudu da po službenoj dužnosti pazi jesu li povrijeđene odredbe o pitanju stvarne nadležnosti suda za odlučivanje. Postojanje ove povrede moguće je u dva aspekta.

1. da li je presudu donio sud koji to zbog svoje stvarne nenadležnosti nije mogao i

2. je li sud nepravilno odbio optužbu zbog svoje stvarne nenadležnosti.

U odnosu na redovne sudove ovo se pitanje, donošenje odluke o krivnji od strane stvarno nenadležnog suda može postaviti samo ako bi takvu odluku donio općinski sud za postupanje bi bio nadležan županijski sud. U obrnutom slučaju, kada bi odluku donio uvjetno viši sud, a trebao je uvjetno niži sud, ova povreda ne bi postojala.

O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci I Kž-292/99

„Tvrđnja o postojanju postupovne povrede iz čl. 367. st. 1. toč. 6. ZKP jest proizvoljna, budući da je prvostupanjski sud bio stvarno nadležan za suđenje u konkretnom predmetu, pa je optuženike i osudio za kazneno djelo iz čl. 218. st. 2. KZ, za koje su optuženici i terećeni optužnim aktom. Pa, sve da je prvostupanjski sud i utvrdio da se u djelatnostima optuženika stječu bitna obilježja djela iz čl. 218. st. 1. KZ, a ne terećenog, bio bi stvarno nadležan za suđenje, s obzirom na optužni akt.“

Ova norma značajna je i za utvrđenje ovlaštenja za postupanje, pa tako Vrhovni sud u svojoj odluci IV Kž-139/03 izriječno ju primjenjuje i na razgraničenje ovlasti koje u istrazi ima sudski savjetnik ovlašten za određeno postupanje normama Zakona o sudovima i Zakona o kaznenom postupku za razliku od širih ovlasti suca.

O tome u odluci Vrhovnog suda IV Kž-139/03

„Naime, Vrhovni sud Republike Hrvatske je kao drugostupanjski sud po čl. 398. st. 4. Zakona o kaznenom postupku ("Narodne novine" broj 110/97, 27/98, 58/99, 112/99 i 58/02, u nastavku: ZKP), ispitujući žalbu, po službenoj dužnosti razmotrio, između ostalog i je li za donošenje rješenja prvostupanjski sud bio stvarno nadležan, odnosno je li pobijano rješenje donijelo ovlašteno tijelo i pri tome našao da je pobijano rješenje, koje je donijeto u vijeću sastavljenom od trojice sudaca, dakle u vijeću iz čl. 20. st. 2. ZKP, donijelo neovlašteno tijelo.

Ovo zbog toga što prema spisima proizlazi da prije pobijanog rješenja istražni sudac prvostupanjskog suda nije ispitao osumnjičenike, niti je obrazložio opasnost od odgode, sve prema zahtjevima iz odredbe čl. 189. st. 1. ZKP, niti je izrazio svoje neslaganje s istražnim zahtjevom oštećenika kao tužitelja prema odredbi čl. 190. st. 2. ZKP, pa zbog toga vijeće prvostupanjskog suda iz čl. 20. st. 2. ZKP, u pravilnoj primjeni ovih odredbi tog Zakona još nije bilo ovlašteno tijelo za odlučivanje o predmetnom istražnom zahtjevu.

Okolnost da je svu trojicu osumnjičenika ispitao viši sudski savjetnik prvostupanjskog suda (list 25-26, 54-57 i 120-122), te da je isti sudski savjetnik izrazio neslaganje s istražnim zahtjevom oštećenika kao tužitelja (list 123-124) ne utječe na prethodno iznijete razloge drugostupanjskog suda o neovlaštenom tijelu koje je donijelo pobijano rješenje. Naime, iz spisa ne proizlazi da bi slijedom ovlaštenja iz čl. 192. st. 4. ZKP istražni sudac, zbog složenosti istražnog predmeta, predložio predsjedniku suda da istražnom sucu u radu pomažu sudski savjetnici i stručni suradnici kao stručni pomoćnici, te da bi ovi mogli samostalno poduzeti pojedinu istražnu radnju, niti je o tome predsjednik suda odlučio, a pogotovo da bi sudski savjetnik dobio ovlaštenje samostalno provesti istražnu radnju ispitivanja osuđenika, niti da bi zapisnik o takvoj radnji istražni sudac ovjerio u zakonom predviđenom roku od 48 sati, no sve da je prethodno navedeno bilo i pravilno, još uvijek ne bi bile ostvarene zakonske pretpostavke da o istražnom zahtjevu odlučuje vijeće iz čl. 20. st. 2. ZKP, jer niti u odredbi čl. 192. st. 4. ZKP, a niti u kojoj drugoj odredbi tog Zakona. Niti u Zakonu o sudovima, niti u

bilo kojem drugom zakonu, nije propisano da bi u bilo kojoj procesnoj situaciji istražni sudac mogao na sudskog savjetnika prenijeti ovlast odlučivanja o istražnom zahtjevu, bez obzira da li se radi o odluci o prihvaćanju istražnog zahtjeva prema čl. 189. ZKP, ili pak o neslaganju s istražnim zahtjevom prema čl. 190. st. 2. ZKP. Zbog navedenih razloga zapisnici o ispitivanju osumnjičenika i izraženo neslaganje s istražnim zahtjevom od strane višeg sudskog savjetnika nemaju onaj procesni značaj koji je pretpostavka da o istražnom zahtjevu odlučuje vijeće iz čl. 20. st. 2. ZKP, kako je to inače predviđeno u odredbi čl. 190. st. 2. ZKP. “

Problem stvarne nadležnosti suda za odlučivanje posebno se pojavljuje u razgraničenju ovlasti za postupanje između redovnih sudova i tzv. posebnih sudova – sudova za mladež i sudova nadležnih za postupanje prema odredbama USKOK-a i Zakona o primjeni statuta međunarodnog kaznenog suda i progonu za kaznena djela protiv međunarodnog ratnog i humanitarnog prava.

Ove greške gotovo da ne postoje u odnosu na posebnu nadležnost propisanu odredbama ZUSKOK-a i Zakona o primjeni statuta međunarodnog kaznenog suda i progonu za kaznena djela protiv međunarodnog ratnog i humanitarnog prava. Naime, u odnosu na nenadležne sudove za postupanje u predmetima čija je nadležnost ovim zakonima posebno određena, isti sudovi paze na svoju ne nadležnost i oglašavaju se stvarno nenadležnim ili pokreću pred Vrhovnim sudom postupak za rješavanje sukoba nadležnosti. O tome Vrhovni sud u svojoj odluci broj II Kr- 89/02 povodom sukoba nadležnosti

„Ocjenjujući pitanje sukoba nadležnosti Vrhovni sud Republike Hrvatske našao je, da je za provedbu kaznenog postupka protiv optuženika, zbog kaznenih djela izbjegavanja carinskog nadzora iz čl. 298. st. 3. i 4. KZ i dr. stvarno i mjesno nadležan Općinski sud u Zagrebu.

Naime, dana 06. veljače 2002.g. stupio je na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (NN 12/02) koji je člankom 2. izmijenio odredbu članka 21. Zakona o suzbijanju korupcije i organiziranog kriminaliteta (NN br. 88/01 od 11. listopada 2001.g.), koja se odnosi na nadležnost Ureda, na način da odredba točke 3. st. 1. čl. 21. tog Zakona sada glasi:

“počinjenih u vezi s djelovanjem zločinačke organizacije za koje je propisana kazna zatvora u trajanju duljem od tri godine...”.

Kako se u konkretnom slučaju okrivljenicima ne stavlja na teret takova inkriminacija, to je, sukladno navedenoj izmjeni Zakona o USKOK-u, odlučeno kao u izreci, temeljem čl. 35. st. 1. ZKP u svezi čl. 21. st. 1. toč. 3. ZUSKOK-a i čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama ZUSKOK-a.“

Znatno češće pitanje postavlja se uz stvarnu nadležnost suda vezano za pitanje kada dolazi u obzir primjena Zakona o sudovima za mladež i stvarne nadležnosti kako je ona propisana tim zakonom. Ovo posebno u vezi odrastanja počinitelja koji su u vrijeme počinjenja kaznenog djela bili maloljetni odnosno mlađi punoljetnici, a u vrijeme presuđenja su navršili 23 godine života.

O tome Vrhovni sud u svojoj odluci broj I KŽ-28/04

„Nije u pravu opt. Z. G. kada tvrdi da je sud prvog stupnja bio stvarno nenadležan donijeti pobijanu presudu s obzirom da je ovaj optuženik u vrijeme događaja bio mlađa

punoljetna osoba. Naime, optuženik je u vrijeme suđenja već bio navršio 23 godine života, čime je prestala stvarna nadležnost sudova za mladež, sukladno čl. 35. Zakona o sudovima za mladež. Stoga nije počinjena istaknuta bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 6. ZKP.“

U situaciji kada vijeće za mladež odlučuje u odnosu na počinitelja za koga prema Zakonu o sudovima za mladež ne bi bili nadležni Vrhovni sud u svojoj odluci Kžm-33/07

„Opravdano žalitelj ukazuje na odredbu čl. 35. ZSM, prema kojima nadležnost suda za mladež prestaje s navršenom 23. godinom počiniteljeva života, ali pogrešno smatra da je prvostupanjski sud, time što je pobijano rješenje donio u vijeću za mladež, ostvario bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 1. i toč. 6. ZKP.

Naime, bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 1. ZKP nije ostvarena time što je pobijano rješenje prvostupanjski sud donio u vijeću koje je bilo sastavljeno od suca za mladež kao predsjednika vijeća i dva suca porotnika za mladež kao članova vijeća, jer je nesporno da je predsjednik vijeća sudac prvostupanjskog suda, a preostalo dvoje članova vijeća da su suci porotnici tog suda, da je za kazneno djelo iz čl. 218. st. 2. propisana kazna zatvora od 3 do 12 godina, pa je time poštivana odredba čl. 20. st. 1. ZKP, po kojoj županijski sudovi u prvom stupnju sude u vijećima sastavljenim od jednog suca i dva porotnika, dakle prema općim propisima.

Nije ostvarena ni bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 6. ZKP, jer je pobijano rješenje donio županijski sud u kaznenom postupku zbog kaznenog djela za koje je zakonom propisana kazna zatvora preko 10 godina, dakle taj sud je za suđenje u predmetnoj stvari bio stvarno nadležan, pa time nije povrijeđena odredba čl. 19. st. 1. toč. a/ ZKP.“

Ova odluka jasno daje do znanja da vijeća za mladež nemaju „suženu“ nadležnost u odnosu na tzv. redovna vijeća istog suda. Njihova nadležnost u odnosu na onu kako je propisana odredbama Zakona o kaznenom postupku proširena je pravnom na postupanje i prema odredbama Zakona sudova za mladež.

Posebno se pitanje nadležnosti suda za postupanje prema maloljetnom počinitelju pojavljuje kada je on supočinitelj kaznenog djela zajedno sa odraslom osobom. Ova situacija izričito je propisana zakonom, a o tome Vrhovni sud u svojoj odluci broj I Kž-953/03

„Nije u pravu (optuženi - op.a.) kada se žali zbog bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 6. ZKP. S obzirom da je on kao stariji maloljetnik sudjelovao u počinjenju kaznenog djela s odraslim osobama, kazneni postupak se u skladu s odredbom čl. 60. st. 4. Zakona o sudovima za mladež vodi po općim propisima, pa su neutemeljeni njegovi žalbeni navodi kako je postupak u odnosu na njega trebalo razdvojiti i ustupiti sudu za mladež.“

Ova odredba međutim ne ograničava sud da u izricanju sankcije primjeni maloljetničko zakonodavstvo, ako nađe da je to opravdano.

4. Pitanje ispitivanja optuženika prije završetka dokaznog postupka

Odredbom čl. 367. st. 1. toč. 8. Zakona o kaznenom postupku opredmećeno i osnaženo je načelo nedužnosti optuženika tako dugo dok mu se ne dokaže krivnja. Oživotvorenje toga načela ogleda se u apsolutnom pravu optuženika da prvo sasluša sve dokaze koji ga terete da

bi tek zatim on u svojoj obrani, dakle na kraju dokaznog postupka iznio svoje stranačko viđenje optužbe. Međutim, utvrđenje ove povrede, iako sud na njeno postojanje pazi i po službenoj dužnosti neće uvijek i automatski dovesti do ukidanja prvostupanjske presude. Zakonodavac je u odredbi čl. 388. st. 2. Zakona o kaznenom postupku izrijekom predvidio da se presuda zbog ove povrede ne može ukinuti na štetu optuženika.

Također, treba imati u vidu i činjenicu da od općeg pravila da će optuženik koji ne priznaje krivnju biti ispitivan na kraju dokaznog postupka moguće je odstupanje. Takvo odstupanje predviđeno je za situacije kad optuženika koji ne priznaje krivnju sam izrijekom zahtijeva da bude ispitana prije kraja dokaznog postupka, odnosno u skraćenom postupku u kome obzirom na načelo efikasnosti se optuženik uvijek ispituje na početku dokaznog postupka. Naravno, ako se optuženik nakon čitanja optužbe očituje na način da se smatra krivim, sud će ga ispitati odmah.

Međutim, nije rijedak slučaj da u postupcima sa više optuženih osoba, bilo da su one supočinitelji ili samo suoptuženici, jedan ili više od njih se očituju krivima, a ostali se izjasne da se ne smatraju krivima. U takvoj situaciji sud je dužan individualno promatrati svakog od optuženika i ispitivati ga suglasno njegovom očitovanju, neovisno kakva su očitovanja o krivnji ostalih optuženika. O tome Vrhovni sud u svojoj odluci I KŽ-696/01

„Iz sadržaja zapisnika s glavne rasprave od 07. ožujka 2001. godine, proizlazi da su (nakon što je državni odvjetnik pročitao optužnicu), opt. R. i opt. V., upućeni izvan sudnice, a opt. R. je pozvan da se izjasni kakav stav zauzima prema optužbi. Nakon što se on izjasnio da se osjeća krivim, iznio je svoju obranu. U daljnjem procesnom postupku, nakon što je u sudnicu pozvan opt. R., i upitan da se izjasni u smislu čl. 320. st. 3. ZKP-a, te nakon njegovog izjašnjavanja da se osjeća krivim, postupljeno je jednako kao i u odnosu na opt. R..

Za razliku od ove prve dvojice optuženika, opt. M. V., nakon što je pozvan u sudnicu, izjasnio se da se ne osjeća krivim, što je bilo i razlogom da je sud prvog stupnja ispravno procesno postupio, te nastavio dokazni postupak izvođenjem personalnih dokaza, pa je taj optuženik tek po završetku dokaznog postupka, ispitivan.

Pri tom je bitno reći da onog suoptuženika, koji se očitovao da se u odnosu na optužbu smatra krivim, ispitat će se odmah na početku dokaznog postupka, dok onaj od suoptuženika koji se očitovao u odnosu na optužbu, da se ne smatra krivim, uvijek će se ispitati na završetku dokaznog postupka. Pri tom optuženici mogu disponirati ovim svojim pravom, na način da zahtijevaju i drugačije postupanje“.

U odnosu na ovu normu u sudskoj praksi pojavilo se razlikovanje dvaju situacija. Dok se jedna odnosi na ispitivanje optuženika na kraju dokaznog postupka, nakon čega se prelazi na govore stranaka, druga se odnosi na pitanje ponovnog iznošenja obrane kada je državni odvjetnik mijenjao činjenični opis kaznenog djela stavljenog na teret optuženiku.

Vrhovni sud u više svojih odluka jasno se izrazio u odnosu na ispitivanje optuženika koji poriče optužbu prije kraja dokaznog postupka, a bez da je to tražio sam optuženik. Tako i u svojoj odluci broj I KŽ-969/04

„Obzirom na ovako jasnu dikciju norme Zakona o kaznenom postupku, i glavna rasprava na kojoj je optuženik proglašen krivim (kako je to utvrđeno uvidom u spis, a nije vidljivo iz uvoda prvostupanjske presude), održana 18. svibnja, 16. lipnja, 7. srpnja i 15. srpnja 2004.

godine (u spisu postoji i pogrešno nazvan "zapisnik o objavi presude" od 16. srpnja 2004. godine na kome je izvornik presude koji mora biti sadržan u "zapisniku o glavnoj raspravi"), dakle nakon stupanja na snagu posljednjih izmjena Zakona o kaznenom postupku, te je ona morala nakon započinjanja čitanjem optužnice biti nastavljena u skladu sa čl. 320. st. 3. Zakona o kaznenom postupku, upitom optuženiku kakav stav zauzima prema optužbi. Ovisno o njegovom očitovanju određuje se daljnji tijek glavne rasprave, a time i trenutak njegovog ispitivanja, a temeljem čega se utvrđuje i eventualno postojanje ili ne postojanje bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 8. Zakona o kaznenom postupku.

Naime, optuženik koji se očitovao na način da se ne osjeća krivim sud je u mogućnosti ispitati tek na završetku dokaznog postupka. Iznimku predstavlja jedino norma iz čl. 321. st. 2. Zakona o kaznenom postupku, koja predviđa mogućnost da i optuženik koji se u očitovanju očitovao na način da se ne osjeća krivim može sam zahtijevati da ga se ispita prije završetka dokaznog postupka.

U konkretnom predmetu, nakon što je pročitana optužnica, optuženik je odmah pozvan da iznese svoju obranu, koju je započeo riječima "u cijelosti poričem navode optužnice ...". Kada bi se i zanemario izostanak posebnog očitovanja optuženika u smislu čl. 320. st. 3. Zakona o kaznenom postupku, ovakav početak obrane optuženika jasnim ukazuje da je njegovo očitovanje o krivnji negativno. Kako nigdje nema konstatiranog zahtjeva optuženika da bude ispitan prije završetka dokaznog postupka u smislu čl. 321. st. 2. Zakona o kaznenom postupku, a optuženik je nastavno nakon uvodne rečenice iskazivao, to je prvostupanjski sud počinio bitnu povredu kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 8. Zakona o kaznenom postupku, zbog čega je pobijanu presudu valjalo ukinuti. "

Drugačija je međutim situacija kada sam optuženik zahtijeva da ga se ispita prije kraja dokaznog postupka. O tome Vrhovni sud u svojoj odluci broj I Kž-252/07

„Nije u pravu opt. A. K. kada tvrdi da je ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka, jer su se opt. M. N. i opt. S. S.1 na glavnoj raspravi izjasnili da se na pojedine točke optužbe ne osjećaju krivima "... a ispitani su odmah, prije završetka dokaznog postupka i bez zahtjeva u smislu odredbe čl. 321. ZKP-a ...".

Opt. M. N. i opt. S. S.1 doista su se očitovali da se u odnosu na pojedine točke optužbe ne smatraju krivima. Međutim oni su, u nazočnosti svojih branitelja, izjavili da će, u odnosu na kaznena djela koja su priznali, iznijeti svoju obranu prije završetka dokaznog postupka (list 334-335 spisa). Obzirom da su izjavili kako će iznijeti svoju obranu u tom stadiju postupka i tu su obranu iznijeli samo u odnosu na djelo koje su priznali, to nije ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka.

Prema tome, nasuprot tvrdnji žalitelja, opt. M. N. i opt. S. S.1 bili su ispitani prije završetka dokaznog postupka temeljem njihove izjave koja se treba smatrati zahtjevom u smislu odredbe čl. 320. st. 7. i čl. 321. st. 2. ZKP-a, uslijed čega nije ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st.1. toč. 8. ZKP-a. "

U skraćenom postupku, kako je već ranije navedeno optuženik obranu iznosi uvijek na početku dokaznog postupka, neovisno o njegovom očitovanju o optužbi. Pri tome valja imati u vidu činjenicu da se skraćeni postupak vodi pred općinskim sudovima samo za blaža kaznena djela u čemu se pojavljuje poseban značaj načela ekonomičnosti postupka. Naravno, time nije uskraćeno pravo optuženiku da se i nakon izvedenih dokaza ponovno javi i dopuni svoju obranu.

O iznošenju obrane u skraćenom postupku na početku dokaznog postupka Vrhovni sud u više svojih odluka pa tako u odluci III Kr-8/07

„Nije u pravu osuđenik kada tvrdi da je ostvarena bitna povreda odredaba kaznenog postupka jer se izjasnio da se, na sve točke optužbe, ne smatra krivim i usprkos tome bio ispitan na početku dokaznog postupka. Naime, protiv osuđenika se vodio kazneni postupak zbog kaznenih djela za koje je propisana kazna zatvora do pet godina, pa je sud pravilno primijenio posebne odredbe za postupak pred općinskim sudom iz glave XXV. ZKP-a. Kako se dakle radi o skraćenom postupku, odredba čl. 442. st. 2. ZKP-a jasno propisuje da će se okrivljenik ispitati na početku dokaznog postupka neovisno od toga kakav je stav zauzeo prema optužbi. Prema tome neosnovana je tvrdnja osuđenika o ostvarenoj bitnoj povredi odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 8. ZKP-a.“

O istom u odluci III Kr-69/04

„Optužnim prijedlogom je opt. M. Z. bilo stavljeno na teret kazneno djelo iz čl. 193. st. 2. KZ, zbog kojeg je pravomoćno i proglašen krivim, te osuđen na kaznu zatvora u trajanju od šest mjeseci. Za ovo kazneno djelo propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Po čl. 430. ZKP, u postupku pred općinskim sudom za kaznena djela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili zatvor do pet godina, primjenjivat će se odredbe čl. 431. do čl. 445. ovog Zakona, a ako u tim odredbama nije što posebno propisano, primjenjivat će se ostale odredbe ovog Zakona. U odredbi čl. 442. st. 2. ZKP propisano je da će se okrivljenik ispitati na početku dokaznog postupka, neovisno o tome kakav je stav zauzeo prema optužbi.

Zbog iznijetih razloga neosnovano se u zahtjevu za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude ukazuje da je optuženik na glavnoj raspravi od 10. ožujka 2004. (list 21 i dalje), zauzeo stav prema optužbi da se ne osjeća krivim, čime smjera na odredbu čl. 320. st. 7. ZKP, prema kojoj se takvog optuženika koji se ne smatra krivim ispituje na završetku dokaznog postupka, osim ako optuženik drugačije ne zahtijeva, a da se iz njegove izjave, nakon što je bio upozoren da ima pravo na branitelja, iskazao je da je branitelja angažirao, ali da ovaj zbog zdravstvenih razloga ne može prisustvovati, no da će bez obzira na odsutnost branitelja iznositi obranu, da se, dakle, iz takve njegove izjave nije moglo zaključiti da je on zahtijevao da ga se ispita prije početka dokaznog postupka. Ovo zbog toga što je, kao što je već naprijed navedeno, u skraćenom postupku, slijedom odredbi čl. 430. i čl. 442. st. 2. ZKP, u sumarnom postupku, kakav je predmetni postupak bio, isključena od primjene odredba čl. 320. st. 7. ZKP i zbog toga nije počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 8. ZKP, pa tako nije niti ispunjen uvjet za podnošenje zahtjeva za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude iz osnova predviđenog u čl. 427. toč. 2. ZKP.“

Posebno pitanje može se postaviti kada se optuženik očituje na način da navede kako se osjeća krivim u odnosu na sva kaznena djela koja mu se optužbom stavljaju na teret da bi zatim u iznošenju svoje obrane faktički poricao počinjenje istih. Pri tome valja voditi računa o činjenici da se radi o odvojenim fazama kaznenog postupka i da očitovanje o krivnji ne predstavlja iznošenje obrane niti iskazivanje optuženika, već samo odrednicu kako će se dalje voditi glavna rasprava. Vrhovni sud u praksi zauzeo je stav da takvo očitovanje određuje daljnji tijek postupka i da će sud završiti sa uzimanjem obrane optuženika. Naime, u protivnom, ako bi se sam sud prekinulo uzimanje obrane smatrajući da je optuženik dao pogrešno očitovanje te da on ne priznaje počinjenje kaznenih djela, koja obrana iz koje se to zaključilo je dijelom već uzeta, sud bi činio bitnu povredu ispitivanja optuženika koji poriče optužbu prije završetka dokaznog postupka bez da je to sam optuženik zahtijevao.

O tome Vrhovni sud u svojoj odluci broj I KŽ-1063/04

„Žalitelj nije u pravu kada tvrdi da je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka jer je prvostupanjski sud opt. L. A., koji se očitovao kakav stav zauzima prema navodima optužbe i izjasnio da se osjeća krivim, ispitao prije završetka dokaznog postupka, premda se "... stav oko očitovanja okrivljenika o krivnji očito nije odnosio na sve osnovne sastojke koji su navedeni u optužnici ...".

Kako to proizlazi iz zapisnika o glavnoj raspravi od 16. lipnja 2004. godine (list 134-140 spisa), nakon što je optuženiku pročitana optužnica, izjavio je u nazočnosti svog branitelja da je istu razumio. Nakon toga je predsjednik vijeća upozorio optuženika da se nije dužan izjasniti o optužbi, ni iznijeti svoju obranu niti odgovarati na postavljena pitanja a optuženik je izjavio da je razumio upozorenja, da će se u nazočnosti svog branitelja izjasniti o optužbi, iznijeti svoju obranu i odgovarati na postavljena pitanja. Tek nakon toga je predsjednik vijeća, u skladu s odredbom čl. 320. st. 3. ZKP-a, zatražio od optuženika izjašnjenje o optužbi, nakon čega se ovaj jasno i nedvojbeno očitovao kako se smatra krivim za kaznena djela koja su mu optužnicom stavljena na teret (list 136 spisa).

Svojom procesnom radnjom koja se manifestirala nedvojbenim očitovanjem da se smatra krivim za kaznena djela koja su mu stavljena na teret, optuženik je samo uspostavio procesnu situaciju koja određuje vrijeme njegovog ispitivanja i daljnji tijek dokaznog postupka. Zato se nakon toga očitovao o okolnostima koje ga terete, iznio činjenice koje mu idu u korist i u slobodnom izlaganju iznio svoj iskaz, nakon čega su mu se mogla postavljati pitanja (čl. 320. toč. 4. ZKP-a).

Očitovanje o krivnji je pozicionirano u stadiju postupka koji prethodi dokaznom postupku i nema svojstvo radnji koje su usmjerene na utvrđivanje odlučnih činjenica. Presuda se može temeljiti samo na onim činjenicama koje su utvrđene tijekom dokaznog postupka. Zato očitovanje optuženika nije oslobodilo sud dužnosti izvoditi dokaze (čl. 320. st. 6. ZKP-a).

Nije u pravu optuženik kada tvrdi da je učinjena apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka. Ona postoji kada se optuženik na ispitivanju o osnovanosti optužbe očituje da se ne smatra krivim u odnosu na sve ili pojedine točke optužbe i bude ispitan prije završetka dokaznog postupka bez zahtjeva u smislu čl. 321. st. 2. ZKP-a. U ovom predmetu sasvim izvjesno to nije bio slučaj jer se optuženik očitovao krivim.

Nadalje, iz sadržaja obrane optuženika koju je u nazočnosti svoga branitelja iznio nakon očitovanja o krivnji, proizlazi kako smatra da su "... navodi iz optužnice točni i istiniti ..." (list 136 spisa), a što je u punom suglasju sa njegovim prethodnim očitovanjem. Tek potom je naveo kako je vrlo teško obolio, nije vičan knjigovodstvenim i financijskim propisima, bio je u iznajmljenom prostoru u vlasništvu privatne osobe, te se radilo uglavnom o izložbenoj robi. Prema tome, sadržaj optuženikove obrane nije u suštinskoj suprotnosti sa njegovim očitovanjem u krivnji, već je bio usmjeren na isticanje činjenica i okolnosti koje mu idu u korist i koje su od značaja za izbor vrste i mjere kazne.

Međutim, iz svih detalja optuženikove obrane doista proizlazi da je tek djelomično priznao počinjenja odnosnih kaznenih djela. Zato je sud ispravno procijenio kako se ne radi o potpunom priznanju pa i nije izveo samo one dokaze koji se odnose na odluku o kazni (čl. 320. toč. 6 ZKP).“

Posebno pitanje može se postaviti u postupcima u kojima se optuženik očitovao da se ne smatra krivim i kao takav ispitan je na kraju dokaznog postupka. Međutim, kako je obrana optuženika ipak i izvor saznanja o činjenicama nije rijedak slučaj da se nakon toga ponovno provode pojedini dokazi. To međutim ne znači da se time automatski ostvaruje ova bitna

povreda. Ona će postojati tek ako sud nakon provedenih dokaza ne pozove ponovno optuženika sad iznese svoju obranu, koja radnja mora biti posljednja u dokaznom postupku prema optuženiku koji poriče optužbu, a sam nije zahtijevao ranije ispitivanje.

O tome Vrhovni sud u svojoj odluci I Kž-105/07

„U odnosu na postojanje bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 8. ZKP, valja reći da potpuno pogrešno žalitelj tumači taj žalbeni osnov kao i odredbu čl. 334. st. 1. ZKP.

Naime, navedenom odredbom propisano je da će se optuženik, koji se o optužbi očitovao da se ne smatra krivim, ispitati na kraju dokaznog postupka, time da će predsjednik vijeća, prije ispitivanja optuženika, upitati stranke i oštećenika imaju li prijedloge za dopunu dokaznog postupka, te ako nitko ne bude imao prijedlog, predsjednik vijeća će pristupiti ispitivanju optuženika.

U konkretnom slučaju, optuženik se o optužbi očitovao da se ne smatra krivim, te je ispitan na kraju dokaznog postupka, nakon što je konstatirano da stranke nemaju daljnjih dokaznih prijedloga, a poslije njegovog ispitivanja nije proveden nijedan drugi dokaz, pa okolnost da je nakon njegova iskaza samo zapisnički konstatirano "da stranke i branitelji suglasno izjavljuju da nemaju drugih dokaznih prijedloga", ne predstavlja bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 8. ZKP.

To stoga što je intencija navedenih odredaba Zakona o kaznenom postupku omogućiti optuženiku, koji se prema optužbi očitovao da se ne smatra krivim, očitovanje na sve dokaze provedene tijekom postupka, a u postupovnoj primjeni zahtijeva da se takav optuženik ispita nakon što se provedu svi dokazi u postupku tj. kao zadnja radnja prije nego što se utvrdi da je dokazni postupak završen, a što je u ovom slučaju dosljedno primijenjeno.

Čak i da su nakon ispitivanja optuženika provedeni daljnji dokazi, to ne bi odmah, samo za sebe, predstavljalo bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl.367 st.1 toč.8 ZKP. O navedenoj povredi bilo bi riječi tek ukoliko optuženiku, koji se očitovao da se ne smatra krivim, ne bilo omogućeno očitovanje i na tako, naknadno, provedene dokaze, odnosno ukoliko njegov iskaz ne bio posljednja radnja prije završetka dokaznog postupka.“

Posebno se kao problem može pojaviti pitanje izmjene činjeničnog opisa optužnog akta. U tome dijelu odredbe Zakona o kaznenom postupku ne govore o „velikim“ ili „malim“ izmjenama, pa bi stoga uvijek trebalo optuženika ponovno i pozvati da se očituje o optužbi. Također, kako je već navedeno kod svake izmjene u dokaznom postupku, ako obrana optuženika koji se očitovao da se ne smatra krivim nije na kraju dokaznog postupka, a optuženik nije sam zahtijevao da bude ispitan prije kraja, sud je dužan uvije ponovno pristupiti ispitivanju optuženika. Pri tome zakon ne određuje način zapisničkog utvrđenja takve obrane, koja može biti zabilježena i na način da se optuženik brani identično kao u ranijem dijelu istog zapisnika ili na nekoj ranijoj raspravi.

O svim ovim problemima Vrhovni sud u svojoj odluci broj I Kž-1076/04

„Svi optuženici koji su bili nazočni glavnoj raspravi su se, nakon što je bila pročitana optužnica i nakon što su bili upitani kakav stav zauzimaju prema optužbi, očitovali na način da su izjavili da se ne smatraju krivima. Stoga je, prema odredbi članka 320. stavka 7. Zakona o kaznenom postupku, a budući da optuženici nisu zahtijevali drugačije, iste trebalo ispitati na završetku dokaznog postupka.

Sud prvog stupnja je, nakon što je tijekom glavne rasprave izveo određene dokaze, te odbio dokazni prijedlog branitelja optuženog M. D., a i s obzirom da nije bilo prijedloga za dopunu dokaznog postupka, dana 15. lipnja 2004. godine pristupio ispitivanju nazočnih optuženika koji su iznijeli svoje iskaze. Međutim, nakon ispitivanja optuženika (i odbijanja novih dokaznih prijedloga) sud prvog stupnja pročitao je izvode iz kaznenih evidencija optuženika.

Sud prvog stupnja je, nakon što je državni odvjetnik podneskom od 28. lipnja 2004. godine broj K-DO-17/03 izmijenio optužnicu, na nastavku glavne rasprave dana 29. lipnja 2004. godine (iako izmijenjena optužnica, u skladu s načelom usmenosti glavne rasprave, nije i pročitana, a optuženici se o izmijenjenoj optužnici nisu očitovali prema članku 342. stavku 4. Zakona o kaznenom postupku) ponovno ispitao nazočne optuženike. Tek nakon što je državni odvjetnik naknadno dostavio i pročišćeni tekst optužnice (sadržan u podnesku od 30. lipnja 2004. godine istog broja), a u nastavku glavne rasprave dana 9. srpnja 2004. godine izmijenio i takvu optužnicu, nazočni optuženici očitovali su se o osnovanosti izmijenjene optužnice u skladu s odredbom članka 341. stavka 4. Zakona o kaznenom postupku, ponovno navevši da se ne smatraju krivima, ali nisu bili i ispitani povodom takve optužbe. Nakon opisanih očitovanja optuženika o optužbi, sud prvog stupnja nastavio je dokazni postupak na način da je ispitao svjedokinju J. K., a nakon toga je pročitao i presude Općinskog suda u Vukovaru broj K-228/98 i broj K-198/99, presudu Vojnog suda u Osijeku broj K-22/93, presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Kž-461/98 i rješenje Županijskog suda u Osijeku broj Kv-148/98, čime je dokazni postupak završen, nakon čega se prešlo na govore stranaka te izricanje presude.

Dakle, sud prvog stupnja je nakon prve izmjene optužnice propustio postupiti u skladu s odredbom članka 341. stavka 4. Zakona o kaznenom postupku i na glavnoj raspravi dana 29. lipnja 2004. godine zatražiti očitovanje optuženika o osnovanosti tako izmijenjene optužnice, ali je ta povreda sankcionirana kasnijim očitovanjem optuženika o optužbi nakon konačne izmjene optužnice (na glavnoj raspravi dana 9. srpnja 2004. godine), kada su optuženici izjavili da se ne smatraju krivima. Međutim, sud prvog stupnja je, prema ranije navedenoj odredbi članka 320. stavka 7. Zakona o kaznenom postupku, nakon izvođenja i onih dokaza koje je u međuvremenu pribavio (ispitivanja svjedokinje J. K., te čitanja navedenih presuda), bio dužan na završetku dokaznog postupka ponovno ispitati optuženike, što je propustio učiniti.

Slijedom navedenog, sud prvog stupnja je optuženike koji su se na ispitivanju o osnovanosti optužbe očitovali da se ne smatraju krivima ispitao prije završetka dokaznog postupka bez njihovog zahtjeva u smislu članka 321. stavka 2. Zakona o kaznenom postupku, čime je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 367. stavka 1. točke 8. Zakona o kaznenom postupku na koju sud drugog stupnja, prema odredbi članka 379. stavka 1. točke 1. Zakona o kaznenom postupku, pazi po službenoj dužnosti.“

O istome i u odluci broj I Kž-202/07

„Obojica optuženika su se u odnosu na terećena kaznena djela iz optužnice očitovali da se ne smatraju krivim što slijedi iz zapisnika o glavnoj raspravi koja je započela dana 17. listopada 2006.. Prvostupanjski sud je, obzirom na takvo očitovanje optuženih sukladno čl. 320. st. 7. ZKP pravilno nastavio postupak izvođenjem dokaza na toj glavnoj raspravi, a dokazni je postupak nastavljen na glavnoj raspravi od 15. prosinca 2006.. Međutim, nakon što je prvostupanjski sud pristupio ispitivanju obojice optuženika došavši do pretpostavljenog kraja dokaznog postupka, odlučio je dokazni postupak dopuniti čitanjem psihijatrijskog

nalaza i mišljenja od 27. studenoga 2006., te izvoda iz kaznene i prekršajne evidencije za optuženike. Smisao je odredbe čl. 320. st. 7. ZKP, kada nema izričitog zahtjeva optuženika za ranijim iznošenjem obrane, u mogućnosti da i nakon eventualne dopune dokaznog postupka, na samom kraju dokaznog postupka još jednom iskazuje o svim okolnostima koje ga terete i iznese sve činjenice koje mu idu u prilog, dakle uvijek dokazni postupak mora završiti iznošenjem obrane optuženika, time da se podaci iz kaznene evidencije kao i drugi podaci o osuđivanosti za kažnjive radnje mogu pročitati kao zadnji dokazi prije ispitivanja optuženika na završetku dokaznog postupka osim ako vijeće odlučuje o mjerama iz glave IX (čl. 321. st. 6. ZKP). Kako je prvostupanjski sud nakon izvođenja dokaza čitanjem nalaza i mišljenja vještaka psihijatra, te izvoda iz kaznene i prekršajne evidencije za optuženike propustio pozvati ih još jednom da iznesu svoju obranu, koju su mogli dopuniti ili pak samo ponoviti, to je učinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 1. toč. 8. ZKP, zbog koje je trebalo povodom žalbi obojice optuženika, a po službenoj dužnosti pobijanju presudu u osuđujućem dijelu ukinuti.“

Iz citiranih odluka jasno je da i Vrhovni sud Republike Hrvatske svojom praksom potvrđuje i osnažuje načelo pretpostavke optuženikove nedužnosti i potrebe prvenstveno da ovlaštenu tužitelj dokaže krivnju optuženiku, a da optuženik ima mogućnost iznošenja svoje obrane kada poriče optužbu tek na samom kraju dokaznog postupka. Kraj dokaznog postupka valja shvatiti u doslovnom smislu i kod naknadnog izvođenja dokaza bilo radi provjere navoda obrane ili radi potrebe provjere navoda izmijenjene optužbe, na koju je optuženik obavezan ponovno se očitovati o optužbi, kako je to učinio na početku glavne rasprave.