



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

VELIKO VIJEĆE

SAVJETODAVNO MIŠLJENJE

o korištenju tehnike „blanketnih odredbi” prilikom definiranja kaznenog djela i o kriterijima usporedbe kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela i izmijenjenog kaznenog zakona

koje je zatražio

Ustavni sud Armenije

(Zahtjev br. P16-2019-001)

STRASBOURG

29. svibnja 2020.

Ovo je mišljenje konačno, no može biti podvrgnuto uredničkim izmjenama.

Europski sud za ljudska prava, zasjedajući u Velikom vijeću u sastavu:

Linos-Alexandre Sicilianos, *predsjednik*,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro,

Ksenija Turković,

Paul Lemmens,

Síofra O'Leary,

Ganna Yudkivska,

André Potocki,

Egidijus Kūris,

Iulia Antoanella Motoc,

Georges Ravarani,

Pauliine Koskelo,

Marko Bošnjak,

Jovan Ilievski,

Jolien Schukking,

Gilberto Felici, *suci*,

Arman Sarvarian, *ad hoc sudac*,

i Søren Prebensen, *zamjenik tajnika Velikog vijeća*,

nakon vijećanja zatvorenog za javnost 21. travnja, 7. svibnja i 15. svibnja 2020. godine,

donosi sljedeće mišljenje koje je usvojeno posljednjeg navedenog datuma:

POSTUPAK

1. U dopisu od 2. kolovoza 2019. poslanom tajniku Europskog suda za ljudska prava („Sud”) Ustavni sud Armenije zatražio je od Suda, na temelju članka 1. Protokola br. 16 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Protokol br. 16”), da donese savjetodavno mišljenje o pitanjima navedenima u stavku 11. ovog mišljenja. Taj je zahtjev nastao u kontekstu dvaju predmeta koji su trenutačno u tijeku pred tim sudom u vezi s prosvjedima koji su se održavali u Armeniji od kraja veljače do početka ožujka 2008. i u kojim predmetima su se otvorila pitanja u vezi s tumačenjem i primjenom odredbe armenskog kaznenog zakona na temelju koje je rušenje armenskog ustavnog poretka bilo kažnjivo (za mjerodavnu odredbu vidi stavak 26. ovog mišljenja).

2. Dana 26. kolovoza i 2. rujna 2019. Ustavni sud dostavio je dodatne materijale i objašnjenja koje je zatražio Sud. Sud je stoga smatrao da je zahtjev za savjetodavnim mišljenjem službeno podnesen potonjeg datuma.

3. Sudac izabran u ime Armenije, Armen Harutyunyan, nije bio u mogućnosti sudjelovati u zasjedanju (pravilo 28. Poslovnika Suda). U skladu s tim, predsjednik je odlučio imenovati dr. Armana Sarvariana *ad hoc* sucem (članak 2. stavak 3. Protokola br. 16 i pravilo 29. stavak 1. i pravilo 93. stavak 1.1., točka (d)).

4. Dana 2. listopada 2019. odbor od pet sudaca Velikog vijeća Suda, sastavljen u skladu s člankom 2. stavkom 3. Protokola br. 16 i pravilom 93. stavkom 1. Poslovnika Suda, odlučio je prihvatiti zahtjev.

5. Sastav Velikog vijeća određen je 7. listopada 2019. u skladu s pravilom 24. stavkom 2. točkom (h) i pravilom 94. stavkom 1.

6. Dopisima od 9. listopada 2019. tajnik je obavijestio stranke u domaćem postupku da ih predsjednik poziva da Sudu do 19. studenoga 2019. dostave pisana očitovanja o zahtjevu za savjetodavnim mišljenjem (članak 3. Protokola br. 16 i pravilo 94. stavak 3.). U tom su roku pisana očitovanja dostavili Narodna skupština Republike Armenije i g. Kocharyan.

7. Armenska Vlada („Vlada”) dostavila je pisano očitovanje na temelju članka 3. Protokola br. 16. Povjerenica Vijeća Europe za ljudska prava nije iskoristila to pravo.

8. Pisana očitovanja primljena su i od Helsinškog odbora za ljudska prava i g. Yegoryana u ime članova obitelji žrtava događaja od 1. do 2. ožujka 2008. Oboje su od predsjednika dobili odobrenje da se umiješaju (članak 3. Protokola br. 16). Predsjednik je i još jednoj nevladinoj organizaciji, „*Path of Law*” (Put prava), dao odobrenje da se umiješa. Ta organizacija nije dostavila pisano očitovanje u danom roku. Predsjednik je odbio njezin zahtjev za produljenjem tog roka.

9. Primjerci primljenih očitovanja dostavljeni su Ustavnom sudu, koji nije podnio nikakvo očitovanje (pravilo 94. stavak 5.).

10. Nakon završetka pisanog postupka predsjednik Velikog vijeća odlučio je da se neće održati usmena rasprava (pravilo 94. stavak 6.).

POSTAVLJENA PITANJA

11. Pitanja koja je Ustavni sud postavio u zahtjevu za savjetodavnim mišljenjem glasila su kako slijedi:

„1. Imaju li pojam ‚zakona’ iz članka 7. Konvencije i pojam ‚zakona’ na koji se upućuje u drugim člancima Konvencije, primjerice, u člancima 8. – 11., istu razinu kvalitativnih pretpostavki (sigurnost, dostupnost, predvidljivost i stabilnost)?

2. Ako nemaju, koji su kriteriji razgraničenja?

3. Ispunjava li kazneni zakon u kojem se definira neko kazneno djelo i upućuje na određene pravne odredbe pravnog akta s jačom pravnom snagom i višom razinom apstrakcije pretpostavke sigurnosti, dostupnosti, predvidljivosti i stabilnosti?

4. U svjetlu načela zabrane retroaktivnosti kaznenog zakona (članak 7. stavak 1. Konvencije), koji su kriteriji uspostavljeni za usporedbu kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela i izmijenjenog kaznenog zakona kako bi se utvrdile njihove kontekstualne (bitne) sličnosti ili razlike?”

12. Istovremeno je dopisom koji je poslao istog datuma kao i zahtjev za savjetodavnim mišljenjem (vidi stavak 1. ovog mišljenja) Ustavni sud Armenije zatražio od Europske komisije za demokraciju putem prava

(Venecijanska komisija) podnesak *amicus curiae* o pitanjima usporednog ustavnog prava i pitanjima međunarodnog prava.

POZADINA I DOMAĆI POSTUPAK KOJI JE DOVEO DO PODNOŠENJA ZAHTJEVA ZA MIŠLJENJEM

13. G. Robert Kocharyan bio je predsjednik Armenije od 1998. do 2008. godine. U Armeniji su 19. veljače 2008. održani predsjednički izbori. Glavni kandidati bili su tadašnji premijer, g. Serzh Sargsyan, koji je član iste stranke kao i predsjednik Kocharyan, i glavni oporbeni kandidat, g. Levon Ter-Petrosyan, koji je također bio predsjednik Armenije u razdoblju od 1991. do 1998. godine. Dana 24. veljače 2008. Središnje izborno povjerenstvo objavilo je da je premijer Serzh Sargsyan pobijedio na izborima s približno 52 % svih glasova, dok je g. Levon Ter-Petrosyan dobio oko 21 % glasova.

14. Od 20. veljače 2008. nadalje u Armeniji su svakodnevno pristaše g. Ter-Petrosyana i tisuće drugih zabrinutih građana koji su smatrali da predsjednički izbori nisu bili slobodni i pošteni održavali prosvjede diljem zemlje. Njihovo glavno sastajalište u Erevanu bio je Trg slobode, gdje su neki od prosvjednika čak i danonoćno boravili nakon što su podigli kamp. U ranim jutarnjim satima 1. ožujka 2008., oko 6.30 sati, na Trgu slobode provedena je velika policijska akcija u kojoj je sudjelovalo najmanje 800 policijskih službenika i pripadnika specijalnih snaga, što je dovelo do nasilnog rastjerivanja prosvjednika koji su na trgu kampirali ili su općenito ondje bili prisutni. To je kasnije tijekom dana dovelo do velike eskalacije i obračuna između, s jedne strane, prosvjednika i tisuća drugih nezadovoljnih građana koji su izašli na ulice Erevana kao odgovor na jutarnje događaje i, s druge strane, tijela nadležnih za provedbu zakona. Čini se da je došlo do brojnih sukoba, a u jednom trenutku dovedena je čak i vojska da prekine prosvjed. Obračun je trajao do ranih jutarnjih sati 2. ožujka 2008. i doveo je do deset smrtnih slučajeva (osam civila i dva službenika odgovorna za provedbu zakona) i proglašenja izvanrednog stanja od strane g. Kocharyana, čime je ograničeno uživanje brojnih prava tijekom razdoblja od dvadeset dana, među ostalim prava na slobodu okupljanja.

15. U travnju 2018. događaji poznati kao „baršunasta revolucija” rezultirali su ostavkom g. Serzha Sargsyana, koji je u to vrijeme ponovno bio premijer, nakon dva mandata na mjestu predsjednika Armenije. Nakon toga za premijera je izabran vođa prosvjednog pokreta Nikol Pashinyan.

16. Dana 27. srpnja 2018. g. Kocharyan, a kasnije i brojni drugi pojedinci, optuženi su za rušenje ustavnog poretka Armenije na temelju članka 300.1., stavka 1. Kaznenog zakona iz 2009. („KZ iz 2009.”) u vezi s gore navedenim događajima te im je određen pritvor. G. Kocharyan u biti je optužen da je:

- (a) nezakonito uključio Oružane snage, kao i nezakonito naoružane civile, u postizbornu političku situaciju i na taj način *de facto* ukinuo mjerodavne odredbe ustavnog poretka uzurpiranjem vlasti;

(b) u svojstvu vrhovnog zapovjednika, naredio upotrebu oružanih snaga u političkim pitanjima protiv civila koji su sudjelovali u mirnim prosvjedima, što je dovelo do protuustavnog djelovanja vojnih jedinica stvaranjem nove nezakonite strukture vojnog zapovjedništva i povlačenjem tih jedinica, tijekom noći 24. veljače 2008., s položaja na koje su bile raspoređene, među ostalim s državne granice, i njihovim premještanjem u vojne baze u Erevanu i okolici;

(c) bio u potpunosti upoznat s policijskom akcijom od 1. ožujka 2008., u kojoj su stotine mirnih prosvjednika prisutnih na Trgu slobode prisilno rastjerane uz nezakonitu upotrebu sile te je zatim nastavio primjenjivati takvu silu protiv prosvjednika u središnjim dijelovima Erevana kako bi spriječio moguće prosvjede; i

(d) u nedostatku izravne prijetnje ustavnom poretku proglasio izvanredno stanje 1. ožujka 2008. na razdoblje od dvadeset dana u suprotnosti s Ustavom i u nedostatku zakona kojim bi se regulirao pravni okvir izvanrednog stanja, i omogućio mjere i privremena ograničenja predviđene Zakonom o ratnom stanju. Ograničenja u okviru izvanrednog stanja uključivala su zabrane slobode okupljanja i prosvjeda, slobode udruživanja, slobode kretanja, slobode širenja informacija o javnim pitanjima putem nejavnih medijskih kuća, širenja letaka i drugih oblika političke propagande, obustavljanje aktivnosti političkih stranaka i nevladinih organizacija koje su ometale ukidanje okolnosti koje su dovele do izvanrednog stanja te protjerivanje nedržavljana koji su kršili pravila izvanrednog stanja.

Prema optužnici, cilj predmetnih djela bio je rušenje ustavnog poretka Armenije propisanog člancima 1., 2., 3. i 5. i člankom 6. stavkom 1. Ustava iz 2005. godine.

17. Nakon istrage, dana 29. travnja 2019. kazneni je predmet upućen na suđenje Prvostupanjskom sudu opće nadležnosti u Erevanu. Dana 9. svibnja 2019. Prvostupanjski sud utvrdio je da je predmet dopušten, a 20. svibnja 2019. godine, ne ulazeći u fazu sudskog ispitivanja (vidi stavak 20. ovog mišljenja), odlučio je zastati s kaznenim postupkom i podnijeti zahtjev Ustavnom sudu, na temelju članka 169. stavka 4. Ustava, za utvrđivanje, *inter alia*, suglasnosti članka 300.1. KZ-a iz 2009. s člancima 72., 73. i 79. Ustava iz 2015. godine. Prvostupanjski sud izrazio je sumnju u to ispunjava li članak 300.1. KZ-a iz 2009., koji se trebao primijeniti u predmetu koji mu je podnesen, pretpostavku pravne sigurnosti te je li njegovim stupanjem na snagu 24. ožujka 2009. pogoršan pravni položaj osobe u odnosu na članak 300. KZ-a, koji je bio na snazi u vrijeme kada je počinjeno navodno djelo.

18. Dana 30. svibnja i 4. lipnja 2019. i g. Kocharyan je podnio dva zahtjeva Ustavnom sudu, na temelju članka 169. stavka 1. točke 8. Ustava, tražeći da taj sud utvrdi suglasnost članka 300.1. KZ-a iz 2009. s člancima 72., 73., 78. i 79. Ustava iz 2015. godine. Pozivajući se na sudske odluke kojima mu je određen pritvor, tvrdio je (a) da članak 300.1. KZ-a iz 2009., koji je primijenjen u njegovu predmetu, nije postojao u relevantno vrijeme; (b) da se prijašnji članak 300. KZ-a i novi članak 300.1. KZ-a međusobno bitno razlikuju u biti pa su stoga primjenom članka 300.1. KZ-a u njegovu predmetu povrijeđena njegova prava zajamčena člancima 72. i 73. Ustava iz 2015. godine; i (c) da članak 300.1. KZ-a iz 2009. ne ispunjava pretpostavku

pravne sigurnosti zajamčene člankom 79. Ustava iz 2015., posebice zato što izraz „ukidanje valjanosti [ustavne] norme u pravnom sustavu” nije konkretan ni predvidljiv u svojoj primjeni. Pozivajući se, *inter alia*, na članke 5. i 7. Konvencije, tvrdio je da, budući da je bio optužen i pritvoren na temelju članka 300.1. KZ-a iz 2009., njegovi zahtjevi kojima osporava suglasnost te odredbe s Ustavom ispunjavaju pretpostavku dopuštenosti utvrđenu u članku 169. stavku 1. točki 8. Ustava. Tvrdio je i da od 2009. nije razvijena nikakva sudska praksa kojom se pojašnjava značenje članka 300.1. KZ-a.

19. Dana 21. lipnja 2019. Ustavni je sud dvama rješenjima odlučio proglasiti dopuštenima i zajedno ispitati dva zahtjeva koje je podnio g. Kocharyan. Nikakva obrazloženja nisu bila pružena za ta rješenja. Slično rješenje kojim je zahtjev koji je podnio Prvostupanjski sud proglašen dopuštenim doneseno je 8. srpnja 2019.

20. U međuvremenu je 25. lipnja 2019., povodom žalbe tužitelja, Kazneni žalbeni sud (dalje u tekstu: „Žalbeni sud”) ukinuo odluku Prvostupanjskog suda od 20. svibnja 2019. i vratio kazneni predmet tom sudu da nastavi kazneni postupak. Utvrdio je da Prvostupanjski sud još nije bio započeo fazu sudskog ispitivanja i nije proveo dostatno ispitivanje činjenične pozadine povezane sa spornim pitanjima. Stoga u toj fazi postupka nije mogao donijeti zaključak o postojanju ili nepostojanju osnovanih sumnji u pogledu suglasnosti s Ustavom zakonske odredbe koja se trebala primijeniti u predmetu.

21. Čini se da je odluka Žalbenog suda osporena pred Kasacijskim sudom i da je taj postupak trenutačno u tijeku. Nisu dostavljene nikakve informacije ni dokumenti koji se odnose na postupak pred Kasacijskim sudom. Nisu pružene ni informacije o nastavku postupka pred Prvostupanjskim sudom nakon vraćanja predmeta tom sudu.

22. Prema informacijama dostupnima Sudu, g. Kocharyan još uvijek je u istražnom zatvoru.

MJERODAVNO DOMAĆE PRAVO

23. Mjerodavne odredbe Kaznenog zakona Armenije i Ustava Armenije glase kako slijedi.

I. KAZNENI ZAKON

A. Verzija Kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja kaznenih djela

24. Članci 12. i 13. Kaznenog zakona, koji se bave djelovanjem kaznenog zakona u vremenu i retroaktivnim učinkom kaznenog zakona, glase kako slijedi. Ti članci nisu promijenjeni izmjenama i dopunama Kaznenog zakona donesenima 2009.

Članak 12. – Djelovanje kaznenog zakona u vremenu

„1. Protupravnost i kažnjivost nekog djela utvrđuje se kaznenim zakonom koji je na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela.

2. Vrijeme počinjenja kaznenog djela vrijeme je kada je počinjeno društveno opasno djelo (ili propust), neovisno o tome kada su posljedice počele djelovati.”

Članak 13. – Retroaktivan učinak kaznenog zakona

„1. Zakon kojim se ukida protupravnost djela, ublažava kazna ili na bilo koji način poboljšava položaj počinitelja ima retroaktivan učinak, odnosno primjenjuje se na osobe koje su predmetno djelo počinile prije nego što je zakon stupio na snagu, uključujući one osobe koje izdržavaju kaznu, ili su je izdržale, ali se još uvijek nalaze u kaznenoj evidenciji.

2. Zakon kojim se utvrđuje protupravnost nekog djela, pooštava kazna ili na bilo koji drugi način pogoršava položaj počinitelja nema retroaktivan učinak.

3. Zakon kojim se kazna djelomično ublažava i istodobno djelomično pooštava ima retroaktivan učinak samo u mjeri u kojoj se kazna ublažava.”

25. U Kaznenom zakonu koji je bio na snazi u relevantno vrijeme rušenje ustavnog poretka bilo je kažnjivo na temelju članka 300., pod naslovom „Uzurpacija vlasti”. Taj članak glasio je kako slijedi:

Članak 300. – Uzurpacija vlasti

„1. Uzurpacija državne vlasti, odnosno radnje usmjerene na nasilno preuzimanje državne vlasti ili nasilno zadržavanje te vlasti u suprotnosti s Ustavom, kao i nasilno rušenje ustavnog poretka Armenije ili nasilno kršenje teritorijalne cjelovitosti Armenije, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od deset do petnaest godina.”

B. Verzija Kaznenog zakona na snazi od 24. ožujka 2009. („KZ iz 2009.”)

26. KZ-om iz 2009. izmijenjena je definicija kaznenih djela „uzurpacije vlasti” (članak 300.) i „rušenja ustavnog poretka” (članak 300.1.). Izmijenjeni članci, u mjerodavnom dijelu, glase kako slijedi:

Članak 300. – Uzurpacija državne vlasti

„1. Preuzimanje vlasti nasiljem ili prijetnjom nasiljem, ili preuzimanje ovlasti predsjednika, Narodne skupštine, Vlade ili Ustavnog suda na druge načine koji nisu propisani Ustavom, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od deset do petnaest godina.

2. Zadržavanje vlasti, odnosno nastavak izvršavanja ovlasti predsjednika, zastupnika u parlamentu, premijera ili ministra nakon isteka odgovarajućeg mandata, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od deset do petnaest godina.”

Članak 300.1. Rušenje ustavnog poretka

„1. Rušenje ustavnog poretka, odnosno *de facto* ukidanje bilo koje norme propisane člancima 1. – 5. i člankom 6. stavkom 1. Ustava ukidanjem valjanosti te norme u pravnom sustavu, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od deset do petnaest godina.”

II. USTAV

A. Ustav koji je bio na snazi u relevantno vrijeme

27. U vrijeme događaja, odnosno u veljači i ožujku 2008., na snazi je bio Ustav iz 2005. godine. Članci Ustava značajni u kontekstu ovog zahtjeva za savjetodavnim mišljenjem glase kako slijedi:

Članak 1.

„Republika Armenija suverena je, demokratska i socijalna država uređena vladavinom prava.”

Članak 2.

„U Republici Armeniji vlast pripada narodu. Narod izvršava svoju vlast putem slobodnih izbora i referenduma, kao i putem državnih i lokalnih samoupravnih tijela i dužnosnika kako je predviđeno Ustavom. Uzurpacija vlasti od strane bilo koje organizacije ili pojedinca kazneno je djelo.”

Članak 3.

„Ljudsko biće, njegovo dostojanstvo i temeljna prava i slobode najveće su vrijednosti. Država osigurava zaštitu temeljnih prava i sloboda ljudi i građana, u skladu s načelima i normama međunarodnog prava. Država je vezana temeljnim pravima i slobodama ljudi i građana kao izravno primjenjivim pravom.”

Članak 4.

„Izbori za predsjednika, Narodnu skupštinu i lokalna samoupravna tijela te referendumima održavaju se na temelju općeg, jednakog i neposrednog prava glasa, tajnim glasovanjem.”

Članak 5.

„Državna vlast izvršava se u skladu s Ustavom i zakonima na temelju podjele i ravnoteže zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Državna i lokalna samoupravna tijela i dužnosnici imaju pravo obavljati samo one radnje za koje su ovlašteni na temelju Ustava ili zakona.”

Članak 6.

„1. Ustav ima najveću pravnu snagu i izravno je primjenjiv.”

B. Ustav iz 2015.

28. Godine 2015. na snagu je stupio novi Ustav, čijim je mjerodavnim člancima predviđeno kako slijedi:

Članak 1.

„Republika Armenija suverena je, demokratska i socijalna država uređena vladavinom prava.”

Članak 2.

„U Republici Armeniji vlast pripada narodu. Narod izvršava svoju vlast putem slobodnih izbora i referenduma, kao i putem državnih i lokalnih samoupravnih tijela i dužnosnika kako je predviđeno Ustavom.

Uzurpacija vlasti od strane bilo koje organizacije ili pojedinca kazneno je djelo.”

Članak 3.

„Ljudsko biće, njegovo dostojanstvo, temeljna prava i slobode

1. Ljudsko biće najveća je vrijednost u Republici Armeniji. Neotuđivo dostojanstvo ljudskog bića sastavni je dio osnove njegovih prava i sloboda.

2. Poštovanje i zaštita temeljnih prava i sloboda ljudi i građana dužnost je tijela javne vlasti.

3. Tijela javne vlasti vezana su temeljnim pravima i slobodama ljudi i građana kao izravno primjenjivim pravom.”

Članak 4.

„Načelo podjele i ravnoteže vlasti

Državna vlast izvršava se u skladu s Ustavom i zakonima, na temelju podjele i ravnoteže zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.”

Članak 5.

„Hijerarhija pravnih normi

1. Ustav ima najveću pravnu snagu.

2. Zakoni moraju biti u skladu s ustavnim pravom, a instrumenti sekundarnog zakonodavstva moraju biti u skladu s ustavnim pravom i zakonima.

3. U slučaju sukoba između normi međunarodnih ugovora koje je ratificirala Republika Armenija i zakona, primjenjuju se norme međunarodnih ugovora.”

Članak 6.

„Načelo zakonitosti

1. Državna i lokalna samoupravna tijela i dužnosnici imaju pravo obavljati samo one radnje za koje su ovlašteni na temelju Ustava ili zakona.

...”

Članak 72.

„Nitko ne može biti osuđen za bilo koje djelo ili propust koji u vrijeme počinjenja nisu predstavljali kazneno djelo. Isto se tako ne može odrediti teža kazna od one koja je bila primjenjiva u vrijeme kad je kazneno djelo počinjeno. Zakon kojim se dekriminalizira neko djelo ili ublažava kaznu ima retroaktivan učinak.”

Članak 73.

„Zakoni i drugi pravni instrumenti kojima se pogoršava pravni položaj osobe nemaju retroaktivni učinak. Zakoni i drugi pravni instrumenti kojima se poboljšava pravni položaj osobe imaju retroaktivni učinak ako je to predviđeno tim instrumentima.”

Članak 78.

„Sve mjere odabrane za ograničavanje temeljnih prava i sloboda moraju biti prikladne i nužne za postizanje cilja propisanog Ustavom. Mjere odabrane za takvo ograničenje moraju biti razmjerne značaju temeljnog prava ili slobode koju se ograničava.”

Članak 79.

„Prilikom ograničavanja temeljnih prava i sloboda zakonima se moraju definirati razlozi i opseg takvih ograničenja i zakoni moraju biti dovoljno sigurni kako bi osobe koje ostvaruju ta prava i slobode i koje su pogođene tim ograničenjima mogle na odgovarajući način prilagoditi svoje ponašanje.”

MATERIJALI KOMPARATIVNOG PRAVA

29. Sud je proveo istraživanje komparativnog prava koje je obuhvatilo četrdeset i jednu državu stranku Konvencije, ne uključujući Armeniju, i to: Andoru, Austriju, Azerbajdžan, Belgiju, Bosnu i Hercegovinu, Bugarsku, Hrvatsku, Cipar, Češku Republiku, Estoniju, Finsku, Francusku, Gruziju, Njemačku, Grčku, Mađarsku, Island, Irsku, Italiju, Latviju, Lihtenštajn, Litvu, Luksemburg, Maltu, Republiku Moldaviju, Crnu Goru, Nizozemsku, Sjevernu Makedoniju, Norvešku, Poljsku, Portugal, Rumunjsku, Rusiju, Srbiju, Slovačku, Sloveniju, Španjolsku, Švicarsku, Tursku, Ukrajinu i Ujedinjeno Kraljevstvo.

30. Istraživanje se bavilo dvama pitanjima. Prvo pitanje odnosi se na korištenje tehnike „blanketnih odredbi” (eng. *blanket reference* ili *legislation by reference*) za utvrđivanje bitnih obilježja kaznenih djela općenito i konkretno djela protiv ustavnog poretka države. Drugo pitanje odnosi se na načelo zabrane retroaktivnosti (nepovoljnijeg) kaznenog zakona i načelo retroaktivne primjene povoljnijeg kaznenog zakona.

I. KORIŠTENJE TEHNIKE „BLANKETNIH ODREDBI”

31. Kad je riječ o prvom pitanju, Sud će koristiti izraz tehnika „blanketnih odredbi” za označavanje zakonodavne tehnike kojom se u materijalnim odredbama kaznenog prava, prilikom utvrđivanja bitnih obilježja kaznenih djela, upućuje na zakonske odredbe izvan kaznenog prava. Nadalje, izraz „odredba koja upućuje” (eng. *referencing provision*) koristit će se za označavanje odredbe (kaznenog zakona) u kojoj se upućuje na zakonsku odredbu izvan kaznenog prava. Za potonju će se koristiti izraz „odredba na koju se upućuje” (eng. *referenced provision* ili *provision referred to*).

32. Istraživanje pokazuje da velika većina od četrdeset i jedne države članice obuhvaćene istraživanjem, odnosno sve države osim dvije (Malta i Nizozemska), općenito koristi tehniku „blanketnih odredbi” u svom kaznenom pravu. Dvadeset i jedna država članica (Andora, Azerbajdžan, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Češka Republika, Finska, Mađarska, Island, Irska, Italija, Latvija, Litva, Sjeverna Makedonija, Norveška, Poljska, Rumunjska, Rusija, Srbija, Španjolska, Švicarska, Turska i Ukrajina) također koristi tu tehniku u odnosu na kaznena djela protiv ustavnog poretka zemlje.

33. Među onim državama članicama koje koriste tehniku „blanketnih odredbi” pri definiranju djela protiv ustavnog poretka, jedanaest država članica (Azerbajdžan, Bugarska, Češka Republika, Finska, Island, Italija, Norveška, Poljska, Rusija, Švicarska i Ukrajina) to čine upućivanjem ili na opća načela ili na pojmove ustavnog prava, a tri (Irska, Latvija i Španjolska) to čine upućivanjem na posebna pravila ustavnog prava. Jedna država članica (Turska) kombinirano koristi oboje. Upućivanje na druge odredbe izvan ustavnog prava koristi se u deset država članica (Andori, Bosni i Hercegovini, Bugarskoj, Mađarskoj, Latviji, Litvi, Sjevernoj Makedoniji, Rumunjskoj, Rusiji i Srbiji).

34. U dvadeset i šest pravnih sustava od četrdeset i jednog sustava obuhvaćenog istraživanjem (Andora, Austrija, Belgija, Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Cipar, Češka Republika, Estonija, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Italija, Latvija, Crna Gora, Sjeverna Makedonija, Rumunjska, Rusija, Slovačka, Slovenija, Švicarska, Turska i Ujedinjeno Kraljevstvo), kad se koristi tehnika „blanketnih odredbi”, relevantne pretpostavke koje se odnose na načelo zakonitosti, uključujući stupanj preciznosti kaznenopravnih odredbi općenito (dostupnost, jasnoća, sigurnost, predvidljivost), primjenjuju se na stupanj preciznosti kaznenopravnih odredbi u kojima se upućuje na zakonske odredbe izvan kaznenog prava, zbog čega se potreban stupanj preciznosti sukladno tome primjenjuje i na zakonske odredbe na koje se upućuje.

35. U nekim pravnim sustavima, kad se koristi tehnika „blanketnih odredbi”, domaćim su pravom (među ostalim domaćom sudskom praksom i zakonodavnim praksama) propisane neke dodatne pretpostavke u tom pogledu. Te pretpostavke povezane su s preciznošću i predvidljivošću zakona i odnose se ili na odredbu koja upućuje ili na odredbu na koju se upućuje ili na obje odredbe zajedno. Primjerice, u nekim je pravnim sustavima propisano da upućivanje mora biti izričito ili je propisano da mora biti predvidljivo to na koju normu/norme upućuje odredba koja upućuje. U nekim pravnim sustavima u odredbi koja upućuje moraju se utvrditi sankcija i bitna obilježja kaznenog djela. Odredba na koju se upućuje bitna je samo za tumačenje u smislu da se njom ne može proširiti opseg kriminalizacije kako je utvrđen u odredbi koja upućuje i, što je najvažnije, dotična osoba mora na temelju obiju odredbi zajedno moći razumjeti bitna obilježja kaznenog djela i predvidjeti zbog kojih će djela ili propusta biti kazneno odgovorna (različiti primjeri

nalaze se u sudskoj praksi ustavnih sudova Austrije, Portugala, Slovenije i Španjolske). Čini se da među državama članicama ne postoji konsenzus o pitanju moraju li ili mogu li norme na koje se upućuje biti određene prirode ili hijerarhijske razine.

II. NAČELO ZABRANE RETROAKTIVNOSTI (NEPOVOLJNIJEG) KAZNENOG ZAKONA I NAČELO RETROAKTIVNE PRIMJENE POVOLJNIJEG KAZNENOG ZAKONA

36. Gotovo svi od četrdeset i jednog pravnog sustava obuhvaćenog istraživanjem priznaju načelo zabrane retroaktivnosti (nepovoljnijeg) kaznenog zakona i načelo retroaktivne primjene povoljnijeg kaznenog zakona. U nekim pravnim sustavima (Cipar, Island, Irska, Malta, Nizozemska, Norveška i Ujedinjeno Kraljevstvo) primjena načela zabrane retroaktivnosti kaznenog zakona ima određene posebne značajke. U nekima od tih sustava (Island, Nizozemska i Norveška) načelo retroaktivne primjene povoljnijeg kaznenog zakona primjenjuje se u odnosu na materijalne kaznenopravne odredbe samo u određenim uvjetima povezanim s potrebom utvrđivanja namjere zakonodavne vlasti u pogledu dekriminalizacije nekog djela. U nekim drugima sustavima načelo je ograničeno ili se čini da je ograničeno na retroaktivnu primjenu blažih sankcija: u Cipru je načelo retroaktivne primjene blažeg kaznenog zakona ograničeno samo na sankcije, osim ako je u novom zakonu izričito navedeno suprotno. Čini se da je u Malti primjena tog načela ograničena samo na primjenu sankcija. U Irskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu načelo se primjenjuje na sankcije, no nije jasno može li se primjenjivati i u pogledu materijalnih odredbi kaznenog prava.

37. U pravnim sustavima obuhvaćenima istraživanjem postoje različiti kriteriji za ocjenu toga je li, u smislu načela zabrane retroaktivnosti kaznenog zakona, zakon koji je donesen nakon počinjenja djela povoljniji ili nepovoljniji za optuženika od zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela. Unatoč određenim razlikama, postoje dva kriterija koji se obično primjenjuju: (1) načelo „konkretnosti” i (2) načelo zabrane kombiniranja više potencijalno primjenjivih kaznenih zakona.

38. Prema načelu „konkretnosti”, koje se primjenjuje u dvadeset dva pravna sustava obuhvaćena istraživanjem (Belgija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Hrvatska, Češka Republika, Estonija, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Italija, Litva, Norveška, Poljska, Portugal, Rumunjska, Rusija, Srbija, Slovačka, Slovenija, Švicarska i Turska), potrebno je odrediti *in concreto* koji je zakon povoljniji za optuženika i zatim primijeniti taj zakon. U jednom od pravnih sustava obuhvaćenih istraživanjem (Nizozemska) o pitanju povoljnijeg kaznenog zakona mora se odlučiti na temelju ocjene *in abstracto* umjesto mogućnosti ocjene *in concreto* blaže sankcije. Nema dostupnih informacija o drugim pravnim sustavima obuhvaćenima istraživanjem.

39. Načelo zabrane kombiniranja više potencijalno primjenjivih kaznenih zakona primjenjuje se u dvanaest pravnih sustava obuhvaćenih istraživanjem (Belgija, Hrvatska, Finska, Grčka, Mađarska, Luksemburg, Poljska, Rumunjska, Srbija, Slovenija, Španjolska i Turska). Nema dostupnih informacija u odnosu na druge pravne sustave obuhvaćene istraživanjem. Prema tom načelu nije moguće kombinirati neke odredbe jednog kaznenog zakona s nekim odredbama drugog kaznenog zakona, već je potrebno utvrditi koji je kazneni zakon, kad se sve odredbe razmatraju zajedno, povoljniji za optuženika te zatim primijeniti samo taj zakon.

40. Međutim, postoje neke iznimke od tog načela. Primjerice, u Hrvatskoj, ako je novim zakonom smanjena najmanja kazna, ali je povećana najveća kazna, smatra se da je novi zakon blaži, ali izrečena kazna ne može biti veća od najduljeg trajanja kazne propisanog starijim zakonom. U Finskoj, iako općenito nije moguće birati najblaže elemente između starog i novog zakona, ipak je, ako su se promijenila i opća načela kaznenog zakona i konkretna odredba o kazni, moguća primjena obaju zakona. Postoje i posebni čimbenici značajni za ocjenu povoljnijeg/nepovoljnijeg kaznenog zakona u pogledu primjenjivih sankcija i/ili materijalnih odredbi kaznenog prava.

MIŠLJENJE SUDA

I. PRETHODNA RAZMATRANJA

41. Ovaj zahtjev za savjetodavnim mišljenjem uključuje dvije posebne značajke. Kao prvo, pitanja koja je Ustavni sud postavio, barem djelomično, široka su i vrlo općenita. Kao drugo, pred samim je Ustavnim sudom pokrenut postupak za ocjenu suglasnosti članka 300.1. Kaznenog zakona iz 2009. („KZ”) s Ustavom, dok je temeljni kazneni postupak protiv g. Kocharyana u ranoj fazi pred kaznenim sudom prvog stupnja. Sud stoga smatra korisnim uzeti u obzir niz prethodnih razmatranja.

42. Na temelju članka 1. stavka 1. Protokola br. 16 određeni najviši sudovi mogu od Suda zatražiti da pruži savjetodavna mišljenja o „načelnim pitanjima koja se odnose na tumačenje ili primjenu prava i sloboda definiranih Konvencijom ili njenim Protokolima”. Sukladno članku 1. stavku 2. Protokola br. 16, najviši sud to može učiniti „samo u kontekstu predmeta koji razmatra”. Člankom 1. stavkom 3. Protokola br. 16 predviđeno je da sud koji podnosi zahtjev obrazloži svoj zahtjev i navede odgovarajuću pravnu i činjeničnu pozadinu predmeta koji je u tijeku.

43. Sud ponavlja da je cilj postupka donošenja savjetodavnog mišljenja, kako je navedeno u uvodnoj izjavi Protokola br. 16, dodatno unaprijediti interakciju između Suda i nacionalnih vlasti i time ojačati provedbu Konvencije, u skladu s načelom supsidijarnosti. Cilj postupka nije prijenos spora Sudu, već pružanje uputa o pitanjima na temelju Konvencije sudu koji podnosi zahtjev za savjetodavnim mišljenjem kad odlučuje o predmetu koji

se pred njim vodi (vidi *Savjetodavno mišljenje o priznavanju u domaćem pravu pravnog odnosa roditelj-dijete između djeteta rođenog na temelju dogovora o gestacijskom zamjenskom majčinstvu u inozemstvu i majke naručiteljice*, P16-2018-001, stavak 25., 10. travnja 2019. („*Savjetodavno mišljenje P16-2018-001*”)).

44. Vraćajući se na prvu gore spomenutu značajku, odnosno široku i opću prirodu barem nekih postavljenih pitanja, Sud ponavlja da je iz članka 1. stavaka 1. i 2. Protokola br. 16 izveo zaključak da mišljenja koja donosi na temelju tog Protokola „moraju biti ograničena na pitanja koja su izravno povezana s postupcima koji su u tijeku na domaćoj razini” (ibid., stavak 26.).

45. Iz potonjeg razmatranja proizlazi da je Sud ovlašten preoblikovati pitanja koja je postavio sud koji podnosi zahtjev, uzimajući u obzir posebne činjenične i pravne okolnosti o kojima je riječ u domaćem postupku. Štoviše, to je učinio u prvom savjetodavnom mišljenju (ibid., stavci 27. – 33.). Sud smatra da, slično tome, može i kombinirati određena pitanja koja je postavio sud koji podnosi zahtjev.

46. Povezano, ali odvojeno pitanje jest može li, nakon što mu se podnese zahtjev za savjetodavnim mišljenjem, Veliko vijeće odlučiti ne odgovoriti na jedno ili više pitanja. U članku 2. stavku 1. Protokola br. 16 navedeno je da „[o]dbor od pet sudaca ... odlučuje hoće li prihvatiti zahtjev za savjetodavnim mišljenjem, uzimajući u obzir članak 1.”. Člankom 2. stavkom 2. Protokola br. 16 predviđeno je da „[a]ko odbor prihvati zahtjev, Veliko vijeće usvaja savjetodavno mišljenje”. Međutim, iako odbor prihvaća zahtjev za savjetodavnim mišljenjem u cjelini ako u toj fazi, bez pisanih i usmenih očitovanja, smatra da zahtjev ispunjava pretpostavke članka 1. Protokola br. 16, to ne znači da će sva pitanja sadržana u zahtjevu nužno ispunjavati te pretpostavke.

47. Iako odluku o prihvaćanju zahtjeva za savjetodavnim mišljenjem donosi odbor, Veliko vijeće ne može time biti lišeno mogućnosti korištenja cijelog raspona ovlasti dodijeljenih Sudu, među ostalim ovlasti u odnosu na nadležnost Suda (članci 19. i 32. Konvencije i, po analogiji, članak 48.). Odluka odbora ne može ni spriječiti Veliko vijeće da ocijeni ispunjava li svako od pitanja sadržanih u zahtjevu pretpostavke članka 1. Protokola br. 16, posebice: odnosi li se svako pitanje na „načelna pitanja koja se odnose na tumačenje ili primjenu prava i sloboda određenih Konvencijom ili njenim Protokolima” (stavak 1.); je li mišljenje zatraženo „u kontekstu predmeta koji ... se razmatra” pred sudom koji podnosi zahtjev (stavak 2.); te je li sud koji podnosi zahtjev „obrazložio svoj zahtjev” i je li „naveo odgovarajuću pravnu i činjeničnu pozadinu predmeta kojeg razmatra” (stavak 3.). Isto tako, kako je već prethodno navedeno, iz stavaka 1. i 2. članka 1. Protokola br. 16 proizlazi da mišljenje Velikog vijeća mora biti ograničeno na pitanja koja su izravno povezana s postupcima koji su u tijeku na domaćoj razini. Veliko vijeće stoga ima mogućnost provjeriti ispunjavaju li pitanja koja su predmet zahtjeva pretpostavke utvrđene u članku 1. Protokola br. 16 na temelju

izvornog zahtjeva, primljenih očitovanja i svih drugih materijala koji su mu dostavljeni (vidi, *mutatis mutandis*, u kontekstu uloge Velikog vijeća u postupcima povodom zahtjeva za podnošenjem predmeta Velikom vijeću na preispitivanje na temelju članka 43. Konvencije, *Pisano protiv Italije* (brisanje) [VV], br. 36732/97, stavci 26. – 28., 24. listopada 2002.). Ako, uzimajući u obzir činjenični i pravni kontekst predmeta, dođe do zaključka da određena pitanja ne ispunjavaju te pretpostavke, neće ispitati ta pitanja i to će navesti u svom savjetodavnom mišljenju.

48. Vraćajući se na drugu značajku, Sud primjećuje da je Ustavni sud iskoristio postupak donošenja savjetodavnog mišljenja, koji je po svojoj prirodi prethodni postupak, u kontekstu postupka za ocjenu suglasnosti članka 300.1. KZ-a iz 2009. s Ustavom. I taj je postupak po svojoj prirodi prethodni postupak jer je njegova svrha odlučiti o pitanju domaćeg prava koje je relevantno za glavni postupak u kojem je taj prethodni postupak pokrenut, odnosno kazneni postupak protiv g. Kocharyana, koji je u tijeku pred Prvostupanjskim sudom.

49. Iako to dvostruko podnošenje ne predstavlja prepreku ispitivanju ovog zahtjeva za savjetodavnim mišljenjem, ono ipak oblikuje pristup Suda pri donošenju savjetodavnog mišljenja, osobito u slučaju kada je, kao u ovom predmetu, glavni postupak u vrlo ranoj fazi i sudovi još uvijek nisu odlučivali o relevantnim činjenicama (usporedi, nasuprot tome, s gore citiranim *Savjetodavnim mišljenjem P16-2018-001*, stavci 27. – 33., u kojem su Sudu bile dostupne informacije o preciznim činjeničnim okolnostima na kojima su se temeljila pravna pitanja postavljena u zahtjevu za savjetodavnim mišljenjem). Sud će pružiti savjetodavno mišljenje na temelju činjenica koje je dostavio Ustavni sud, iako te činjenice mogu biti podložne naknadnom preispitivanju od strane Prvostupanjskog suda. To bi mišljenje trebalo omogućiti Ustavnom sudu da riješi pitanja koja su mu postavljena, odnosno da ocijeni suglasnost članka 300.1. KZ-a iz 2009. s Ustavom u svjetlu pretpostavki koje proizlaze iz članka 7. Konvencije. S druge strane, prvostupanjski će sud trebati primijeniti odgovor Ustavnog suda na konkretne činjenice predmeta protiv g. Kocharyana. Prema mišljenju Suda, takav je pristup u skladu s načelom supsidijarnosti na kojem se temelji Protokol br. 16, kao i sama Konvencija.

50. Od Ustavnog suda zatraženo je da ocijeni suglasnost članka 300.1. KZ-a iz 2009. s Ustavom u svjetlu članaka 72., 73., 78. i 79. Ustava iz 2015. (vidi stavak 28. ovog mišljenja). Te odredbe Ustava u biti sadržavaju načela zabrane retroaktivnosti kaznenog prava (članak 72.), načela primjenjivosti blažeg zakona (članak 73.), razmjernosti svakog miješanja u temeljna prava i slobode (članak 78.) i zakonitosti i predvidljivosti svakog miješanja u takva prava i slobode (članak 79.). Na temelju ovog savjetodavnog mišljenja Ustavni će sud tumačiti domaće odredbe relevantne za ovaj predmet koji mu je podnesen. Stoga je zadaća Ustavnog suda, a ne Velikog vijeća, protumačiti članak 300.1. KZ-a iz 2009. i članak 300. stavak 1. prijašnjeg Kaznenog

zakona i na taj način utvrditi spojivost s Ustavom kaznenog postupka koji je u tijeku.

51. Konačno, prilikom sastavljanja svog mišljenja, Sud će uzeti u obzir pisana očitovanja i dokumente koje su dostavili sudionici u postupku (vidi stavke 6. – 8. ovog mišljenja). Ipak, naglašava da njegova zadaća nije odgovoriti na sve razloge i tvrdnje koji su mu podneseni niti detaljno izložiti temelj za svoj odgovor; na temelju Protokola br. 16, uloga Suda nije odlučivati u kontradiktornim postupcima o spornim zahtjevima donošenjem obvezujuće presude, već u najkraćem mogućem roku pružiti sudu koji podnosi zahtjev smjernice koje tom sudu omogućuju da osigura poštovanje prava iz Konvencije pri odlučivanju o predmetu koji mu je podnesen (vidi gore citirano *Savjetodavno mišljenje P16-2018-001*, stavak 34.).

II. PRVO I DRUGO PITANJE

52. Prvo i drugo pitanje koje je postavio Ustavni sud glase kako slijedi:

„1. Imaju li pojam ‚zakona‘ iz članka 7. Konvencije i pojam ‚zakona‘ na koji se upućuje u drugim člancima Konvencije, primjerice, u člancima 8. – 11., istu razinu kvalitativnih pretpostavki (sigurnost, dostupnost, predvidljivost i stabilnost)?

2. Ako nemaju, koji su kriteriji razgraničenja?“

53. Sud ne nalazi nikakvu izravnu vezu između prvog i drugog pitanja i domaćeg postupka koji je u tijeku.

54. Koliko je vidljivo iz optužbi podnesenih protiv g. Kocharyana (vidi stavak 16. ovog mišljenja), ništa se u činjeničnom kontekstu predmeta ne može smatrati ostvarivanjem njegovih prava iz članaka 8. – 11. Konvencije.

55. Kad je riječ o pravnom kontekstu domaćeg postupka, Sudu je teško razaznati koja pitanja Ustavni sud želi riješiti uz pomoć mišljenja Suda. Odgovor Suda na prvo i drugo pitanje Ustavnog suda bio bi apstraktne i opće prirode, čime bi izašao izvan opsega savjetodavnog mišljenja kako je predviđen Protokolom br. 16. Konkretno, ne čini se mogućim preoblikovati pitanja kako bi Sud svoje savjetodavno mišljenje mogao ograničiti na „pitanja koja su izravno povezana s postupcima koji su u tijeku na domaćoj razini“ (vidi gore citirano *Savjetodavno mišljenje P16-2018-001*, stavak 26., i stavak 44. ovog mišljenja). U mjeri u kojoj se neki od razloga koje je Ustavni sud naveo za postavljanje prvog i drugog pitanja mogu smatrati otvaranjem pitanja pravne sigurnosti i predvidljivosti, uključujući ograničenja sudskog tumačenja u kontekstu članka 7. Konvencije, ona se mogu u dovoljnoj mjeri riješiti u odgovoru Suda na treće pitanje.

56. Sud smatra da prvo i drugo pitanje ne ispunjavaju pretpostavke iz članka 1. Protokola br. 16 i ne mogu se preoblikovati kako bi Sud svoju savjetodavnu funkciju mogao izvršiti djelotvorno i u skladu s njezinom svrhom. Stoga ne može odgovoriti na prvo i drugo pitanje.

III. TREĆE PITANJE

57. Treće pitanje koje je postavio Ustavni sud glasi kako slijedi:

„Ispunjava li kazneni zakon u kojem se definira neko kazneno djelo i upućuje na određene pravne odredbe pravnog akta s jačom pravnom snagom i višom razinom apstrakcije pretpostavke sigurnosti, dostupnosti, predvidljivosti i stabilnosti?“

58. Ovo se pitanje odnosi na činjenicu da je g. Kocharyan optužen za kazneno djelo, i to rušenje ustavnog poretka iz članka 300.1. KZ-a iz 2009., koje je definirano korištenjem tehnike „blanketnih odredbi“ (kad je riječ o korištenju terminologije, vidi stavak 31. ovog mišljenja).

59. U slučaju članka 300.1. KZ-a iz 2009., ta se zakonodavna tehnika koristi za upućivanje na članke 1. – 5. i članak 6. stavak 1. armenskog Ustava. Prema navodima Ustavnog suda, zakonske odredbe na koje se upućuje imaju najveću pravnu snagu u hijerarhiji pravnih normi i formulirane su apstraktnije od odredbi Kaznenog zakona. U biti, Ustavni sud pita je li to spojivo s člankom 7. Konvencije i, prije svega, s pretpostavkama jasnoće i predvidljivosti.

60. Prije nego što donese svoje mišljenje o korištenju tehnike „blanketnih odredbi“, Sud smatra korisnim ponoviti opća načela razvijena u svojoj sudskoj praksi u pogledu pretpostavki pravne sigurnosti i predvidljivosti na temelju članka 7.

Sud primjećuje da je u predmetu *Del Río Prada protiv Španjolske* ([VV], br. 42750/09, ECHR 2013; vidi i *Rohlena protiv Češke Republike* [VV], br. 59552/08, stavak 50., ECHR 2015), izložio sljedeća opća načela:

„(a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

77. Jamstvo sadržano u članku 7., koji je bitan element vladavine prava, zauzima istaknuto mjesto u konvencijskom sustavu zaštite, što je i naglašeno činjenicom da na temelju članka 15. Konvencije nisu dopuštena njegova derogiranja čak ni u vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda. Trebalo bi ga tumačiti i primjenjivati, kako proistječe iz njegova cilja i svrhe, na takav način da se pruži djelotvorna zaštita od proizvoljnog progona, osuđivanja i kažnjavanja (vidi *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. studenoga 1995., stavak 34., Serija A br. 335-B; *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. studenoga 1995., stavak 32., Serija A br. 335-C; i *Kafkaris [protiv Cipra]* [VV], br. 21906/04, stavak 137., [ECHR 2008]).

78. Članak 7. Konvencije nije ograničen na zabranu retroaktivne primjene kaznenog prava na štetu optuženika (za retroaktivnu primjenu sankcije vidi *Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 9. veljače 1995., stavak 36., Serija A br. 307-A; *Jamil protiv Francuske*, 8. lipnja 1995., stavak 35., Serija A br. 317-B; *Ecer i Zeyrek protiv Turske*, br. 29295/95 i 29363/95, stavak 36., ECHR 2001-II; i *Mihai Toma protiv Rumunjske*, br. 1051/06, stavci 26. – 31., 24. siječnja 2012.). On sadržava i, općenitije uzevši, načelo da se jedino zakonom može definirati kazneno djelo i propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege* – vidi *Kokkinakis protiv Grčke*, 25. svibnja 1993., stavak 52., Serija A br. 260-A). Iako je njime posebice zabranjeno širenje opsega postojećih kaznenih djela na djela koja ranije nisu predstavljala kaznena djela, njime se postavlja i načelo da se kazneni zakon ne smije široko tumačiti na štetu optuženika, primjerice po analogiji (vidi *Coëme i drugi protiv Belgije*, br. 32492/96, 32547/96,

32548/96, 33209/96 i 33210/96, stavak 145., ECHR 2000-VII; za primjer primjene sankcije po analogiji vidi *Başkaya i Okçuoğlu protiv Turske* [VV], br. 23536/94 i 24408/94, stavci 42. – 43., ECHR 1999-IV).

79. Iz toga proizlazi da djela i relevantne kazne moraju biti jasno definirani zakonom. Ta je pretpostavka ispunjena kada pojedinac može znati iz teksta mjerodavne odredbe, i ako je potrebno uz pomoć tumačenja te odredbe od strane sudova i nakon primanja odgovarajućeg pravnog savjeta, za koja će djela i propuste biti kazneno odgovoran i s kojom se sankcijom zbog toga suočava (vidi *Cantoni protiv Francuske*, 15. studenoga 1996., stavak 29., *Izješća o presudama i odlukama* 1996-V, i gore citirani predmet *Kafkaris*, stavak 140.).

80. Sud stoga treba potvrditi da je, u trenutku kada je optuženik izvršio čin koji je doveo do njegova kaznenog progona i osude, na snazi bila pravna odredba na temelju koje je takav čin bio kažnjiv i da izrečena kazna nije prekoračila ograničenja utvrđena tom odredbom (vidi gore citirani predmet *Coëme i drugi*, stavak 145., i *Achour protiv Francuske* [VV], br. 67335/01, stavak 43., ECHR 2006-IV).

...

(c) Predvidljivost kaznenog zakona

91. Kad govori o ‚zakonu‘, članak 7. aludira na isti pojam na koji Konvencija upućuje drugdje pri korištenju tog izraza, pojam koji obuhvaća i zakone i sudsku praksu te podrazumijeva kvalitativne pretpostavke, osobito dostupnost i predvidljivost (vidi gore citirani predmet *Kokkinakis*, stavci 40. – 41.; gore citirani predmet *Cantoni*, stavak 29.; gore citirani predmet *Coëme i drugi*, stavak 145.; i *E.K. protiv Turske*, br. 28496/95, stavak 51., 7. veljače 2002.). Te kvalitativne pretpostavke moraju biti ispunjene i u pogledu definicije djela i u pogledu sankcije propisane za djelo.

92. Logična posljedica načela da se zakoni moraju općenito primjenjivati jest to da tekst zakona nije uvijek precizan. Jedna od standardnih tehnika regulacije pravilima jest korištenje opće kategorizacije umjesto iscrpnih popisa. Sukladno tome, mnogi zakoni neizbježno sadržavaju izraze koji su, u manjoj ili većoj mjeri, neodređeni, a čije tumačenje i primjena ovise o praksi (vidi gore citirani predmet *Kokkinakis*, stavak 40., i gore citirani predmet *Cantoni*, stavak 31.). Međutim, bez obzira na to koliko je jasno napisana pravna odredba, u svakom pravnom sustavu, među ostalim u kaznenom pravu, postoji neizbježan element sudskog tumačenja. Uvijek će postojati potreba za razjašnjenjem spornih pitanja i prilagodbom promjenjivim okolnostima. Ipak, iako se pravna sigurnost uvelike preporučuje, ona može dovesti do pretjerane strogosti, a zakon mora držati korak s promjenjivim okolnostima (vidi gore citirani predmet *Kafkaris*, stavak 141.).

93. Uloga presuđivanja dodijeljena je sudovima upravo kako bi uklonili sve preostale nedoumice u pogledu tumačenja (ibid.). Progresivan razvoj kaznenog prava razvojem sudske prakse čvrsto je ukorijenjen i nužan dio pravne tradicije u državama potpisnicama Konvencije (vidi *Kruslin protiv Francuske*, 24. travnja 1990., stavak 29., Serija A br. 176-A). Članak 7. Konvencije ne može se tumačiti tako da zabranjuje postupno razjašnjavanje pravila kaznene odgovornosti sudskim tumačenjem od predmeta do predmeta, pod uvjetom da je proistekli rezultat dosljedan biti kaznenog djela i da se može razumno predvidjeti (vidi gore citirani predmet *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, stavak 36.; gore citirani predmet *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, stavak 34.; *Streletz, Kessler i Krenz* [protiv Njemačke [VV], br. 34044/96 i dva druga predmeta], stavak 50., [ECHR 2001-II]; *K.-H.W. protiv Njemačke* [VV], br. 37201/97, stavak 85., 22. ožujka 2001.; *Korbely protiv Mađarske* [VV], br. 9174/02, stavak 71., ECHR 2008; i *Kononov protiv Latvije* [VV], br. 36376/04,

stavak 185., ECHR 2010). Nedostatak dostupnog i razumno predvidljivog sudskog tumačenja može čak dovesti do utvrđenja povrede prava optuženika iz članka 7. (vidi, u vezi s bitnim obilježjima djela, *Pessino protiv Francuske*, br. 40403/02, stavci 35. – 36., 10. listopada 2006., i *Dragotoniū i Militaru-Pidhorni protiv Rumunjske*, br. 77193/01 i 77196/01, stavci 43. – 44., 24. svibnja 2007.; u pogledu sankcije vidi *Alimućaj protiv Albanije*, br. 20134/05, stavci 154. – 162., 7. veljače 2012.). Da nije tako, to bi bilo protivno cilju i svrsi te odredbe, odnosno tome da nitko ne smije biti podvrgnut proizvoljnom progonu, osuđivanju ili kažnjavanju.”

61. Sud primjećuje i da opseg pojma predvidljivosti u velikoj mjeri ovisi o sadržaju zakona o kojem je riječ, o području koje treba obuhvaćati te o broju i statusu onih na koje se odnosi. Zakon još uvijek može ispuniti pretpostavku predvidljivosti čak i ako su dotičnoj osobi potrebni odgovarajući pravni savjeti kako bi ocijenila, u mjeri u kojoj je to razumno u danim okolnostima, posljedice koje određena radnja može uzrokovati. To posebice vrijedi za osobe koje se bave profesionalnom djelatnošću, a koje su naviknute na to da moraju postupati s visokim stupnjem opreza pri obavljanju svojeg zanimanja. Iz tog razloga, od njih se može očekivati da uz posebnu pažnju ocjenjuju rizike koje takva djelatnost podrazumijeva (vidi *Vasiliauskas protiv Litve* [VV], br. 35343/05, stavak 157., ECHR 2015).

62. Kao što je već gore navedeno, rezultat koji proistječe iz postupnog pojašnjavanja pravila kaznene odgovornosti sudskim tumačenjem mora biti dosljedan biti djela i mora biti razumno predvidljiv. Sudsko tumačenje koje slijedi uočljivu liniju sudske prakse može se smatrati razumno predvidljivim (vidi predmete *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. studenoga 1995., stavci 41. – 43., Serija A br. 335-B, i *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. studenoga 1995., stavci 39. – 41., Serija A br. 335-C, u kojima je Sud utvrdio da su domaći sudovi, ukidajući običajnopravnu obranu bračnim imunitetom u odnosu na djelo silovanja, slijedili uočljivu liniju sudske prakse koja je u skladu s biti tog djela). Predmetna pretpostavka može biti ispunjena čak i kada domaći sudovi prvi put tumače i primjenjuju neku odredbu (vidi, kao primjer, predmet *Jorgic protiv Njemačke*, br. 74613/01, stavci 106. – 109., ECHR 2007-III, u vezi s prvim tumačenjem od strane domaćih sudova djela genocida kako je definirano u njemačkom domaćem pravu; vidi, kao dodatne primjere, predmete *Kudrevičius i drugi protiv Litve* [VV], br. 37553/05, stavak 115., ECHR 2015, i *Huhtamäki protiv Finske*, br. 54468/09, stavci 46. – 54., 6. ožujka 2012.).

63. Imajući na umu ova opća načela, Sud će se sada baviti pitanjem je li korištenje tehnike „blanketnih odredbi” kao takvo spojivo s člankom 7. Konvencije, bilo u pogledu upućivanja na odredbe izvan kaznenog prava općenito bilo u pogledu upućivanja konkretno na odredbe ustavnog prava.

64. Iako Sud još nije izričito odlučio o tom pitanju, postoje predmeti koji su od interesa u ovom kontekstu jer se u njima otvaraju pitanja na temelju članka 7. u pogledu kaznenopravnih odredbi u kojima se bitna obilježja djela utvrđuju upućivanjem na odredbe ili načela ustavnog prava ili na druga područja prava.

65. Sud konkretno navodi sljedeće predmete: *Kuolelis i drugi protiv Litve* (br. 74357/01 i dva druga predmeta, stavci 51. – 55. i 78., 19. veljače 2008.), koji se odnosi na osude bivših komunističkih političara na temelju, *inter alia*, članka 70. litvanskog Kaznenog zakona, u kojem se upućuje na Ustav, jer su nastavili zagovarati zadržavanje Litve u SSSR-u u razdoblju kada je Litva ponovno uspostavila svoju neovisnost, i *Haarde protiv Islanda* (br. 66847/12, stavci 40. i 42. – 43., 23. studenoga 2017.), koji se odnosi na osudu tadašnjeg premijera Islanda u postupku opoziva zbog krajnje nepažnje na temelju članka 17. Ustava u vezi s člankom 8. točkom (c) Zakona o ministarskoj odgovornosti jer nije održavao ministarske sastanke o „važnim državnim pitanjima”, odnosno o prijetnji islandskom bankovnom sustavu u razdoblju koje je prethodilo njegovu slomu.

66. Ni u jednom od tih predmeta nije izrijekom otvoreno pitanje je li korištenje upućivanja na Ustav (ustavna načela ili konkretne članke) ili druga područja prava u odredbama kaznenog zakona koje sadržavaju definiciju djela kao takvo spojivo s člankom 7. Konvencije. Ispitivanje Suda umjesto toga bilo je usmjereno na pitanje jesu li zakoni (odnosno kazneni zakon u kojem se upućuje na odredbu Ustava i ustavna odredba na koju se upućuje) zajedno dovoljno jasni i predvidljivi u svojoj primjeni (vidi, u pogledu mjerodavnih općih načela koja su utvrđena u sudskoj praksi Suda, gore citirani predmet *Del Río Prada*, stavci 77. – 79. i 91. – 93., i gore citirani predmet *Vasiliauskas*, stavci 153. – 155. i 157.).

67. U dvama gore navedenim predmetima, iako su mjerodavne odredbe domaćeg prava bile prilično opširno sročene, Sud nije utvrdio da nisu dovoljno jasne ili da nisu razumno predvidljive u svojoj primjeni. Uzeo je u obzir, *inter alia*, status optuženika (vidi gore citirani predmet *Kuolelis i drugi*, stavci 120. – 121., u kojem je naglašeno da su podnositelji zahtjeva kao vodeći profesionalni političari morali biti svjesni rizika kojemu su bili izloženi zbog ustrajanja u svojim aktivnostima, i gore citirani predmet *Haarde*, stavak 130., u kojem se navodi da je podnositelj zahtjeva kao premijer i predsjednik vlade bio odgovoran za osiguranje poštovanja pretpostavki relevantnog članka Ustava). U potonjem je predmetu otvoreno još jedno bitno pitanje. Podnositelj zahtjeva tvrdio je da postoji ustavna praksa da se na ministarskim sastancima raspravlja samo o onim pitanjima koja bi se trebala podnijeti predsjedniku Republike na temelju članka 16. stavka 2. Ustava te da, slijedeći tu tradiciju, nije mogao predvidjeti da će biti osuđen zbog neispunjenja obveze iz članka 17. Sud za opoziv odbio je tu tvrdnju temeljito ispitavši povijest tih dvaju članaka Ustava i utvrdivši da njihova različita formulacija nedvosmisleno potvrđuje doslovno tumačenje izraza „važna državna pitanja” iz članka 17. (ibid., stavak 129.). Sud je primijetio da je članak 17. islandskog Ustava odredba od središnje važnosti u ustavnom poretku jer su u njemu utvrđena važna načela o tome kako se očekuje da Vlada djeluje, te da je podnositelj zahtjeva odgovoran za osiguranje poštovanja tih načela. Složio se s utvrđenjem Suda za opoziv da

se ne može smatrati da članak 17. nije dovoljno jasan te je potvrdio zaključak koji je donio Sud za opoziv u pogledu značenja pojma „važnih državnih pitanja”. Sud je prihvatio da je tumačenje tog suda u skladu s biti djela i da je podnositelj zahtjeva mogao razumno predvidjeti da će biti kazneno odgovoran (ibid., stavci 131. – 132.). U oba predmeta na koje je uputio, *Kuolelis i drugi* i *Haarde*, Sud je zaključio da nije došlo do povrede članka 7.

68. Točno je, kako je istaknuo sud koji upućuje zahtjev, da ustavne norme mogu biti apstraktnije od odredbi kaznenog prava. Štoviše, one su u mnogim pravnim sustavima na najvišoj razini hijerarhije normi. Sud je smatrao, u kontekstu ispitivanja toga je li miješanje u prava zajamčena člankom 10. bilo „propisano zakonom” zbog opće prirode ustavnih odredbi, da razina preciznosti koju ustavne odredbe moraju imati može biti niža od one koju moraju imati odredbe ostalog zakonodavstva (vidi *Rekvényi protiv Mađarske* [VV], br. 25390/94, stavak 34., ECHR 1999-III). U kontekstu članka 7. gore citirani predmeti *Haarde* i *Kuolelis i drugi* pokazuju da Sud nije smatrao ni da ustavna priroda odredbi na koje se upućuje ni prilično opširne formulacije spornih odredbi otvaraju same po sebi pitanje na temelju članka 7. Kad je riječ posebice o predvidljivosti kaznenog zakona u kojem se upućuje na odredbe ustavnog prava, Sud je primijenio svoju opću sudsku praksu, koja zahtijeva da sudsko tumačenje nekog djela bude u skladu s biti tog djela (navedena u stavku 60. ovog mišljenja). Također u skladu s općom sudskom praksom Suda (navedenom u stavku 61. ovog mišljenja), čini se da ti predmeti ukazuju na to da se od profesionalnih političara ili visokih dužnosnika može zahtijevati poseban oprez pri ocjenjivanju toga može li konkretno ponašanje povlačiti za sobom kaznenu odgovornost.

69. Sud ima na umu da, kao i u predmetu na kojem se temelji zahtjev za ovim savjetodavnim mišljenjem, ustavne odredbe na koje se upućuje mogu biti sročene kao opća načela, pa stoga mogu biti sročene općenito i vrlo apstraktno. Zbog visoke razine apstrakcije, takve se odredbe često dalje razvijaju aktima niže hijerarhijske razine, nekodificiranim ustavnim običajima i sudskom praksom. U kontekstu temeljnih ustavnih načela kojima je uređena podjela vlasti, Sud je u predmetu *Haarde* (gore citiran, stavci 129. – 131.) presudio da članak 7. Konvencije ne isključuje mogućnost da dokazi o postojećoj ustavnoj praksi mogu biti dio cjelokupne analize od strane nacionalnih sudova predvidljivosti nekog djela koje se temelji na odredbi ustavne prirode. Sud ne vidi razlog za odstupanje od tog utvrđenja.

70. Sudska praksa Suda stoga ukazuje na to da korištenje tehnike „blanketnih odredbi” u kaznenom pravu nije samo po sebi nespojivo s člankom 7. Kako je gore navedeno, u sudskoj praksi Suda mogu se pronaći primjeri slučajeva kada je predmetni kazneni zakon sadržavao upućivanja na druga područja prava, uključujući odredbe ili načela Ustava dotične države. Iako Sud nije dao izričitu izjavu u pogledu spojivosti takve tehnike s člankom 7., implicitno je prihvatio njezino korištenje i utvrdio je li sporni

kazneni zakon dovoljno precizan i predvidljiv u smislu njegove sudske prakse.

71. Nadalje, materijali komparativnog prava ukazuju na to da države članice u svojim kaznenim zakonima uvelike koriste tehniku „blanketnih odredbi”; više od polovice država obuhvaćenih istraživanjem također koristi tu tehniku u odnosu na kaznena djela protiv ustavnog poretka svoje zemlje (vidi stavke 32. – 33. ovog mišljenja).

72. Međutim, kako bi bio u skladu s člankom 7. Konvencije, kazneni zakon u kojem se neko djelo definira korištenjem tehnike „blanketnih odredbi” mora ispunjavati opće pretpostavke „kvalitete prava”, odnosno mora biti dovoljno precizan, dostupan i predvidljiv u svojoj primjeni. S obzirom na to da odredba na koju se upućuje postaje dio definicije kaznenog djela, obje norme (odredba koja upućuje i odredba na koju se upućuje) zajedno moraju omogućiti dotičnim osobama da predvide, ako je potrebno uz odgovarajuće pravno savjetovanje, za koje ponašanje mogu biti kazneno odgovorne. Prema mišljenju Suda, to proizlazi iz općih načela njegove sudske prakse u vezi s pretpostavkama kvalitete prava, a potkrijepljeno je i materijalima komparativnog prava koji su mu dostupni (vidi stavke 34. – 35. ovog mišljenja).

73. Nadalje, Sud smatra da je najdjelotvorniji način osiguravanja jasnoće i predvidljivosti taj da upućivanje bude izričito i da u odredbi koja upućuje budu utvrđena bitna obilježja djela. Nadalje, odredbe na koje se upućuje ne smiju proširiti opseg kriminalizacije kako je utvrđen u odredbi koja upućuje. U svakom slučaju, zadaća je suda koji primjenjuje i odredbu koja upućuje i odredbu na koju se upućuje ocijeniti je li kaznena odgovornost bila predvidljiva u okolnostima predmeta.

74. Sud stoga smatra da korištenje tehnike „blanketnih odredbi” prilikom kriminaliziranja djela i propusta nije samo po sebi nespojivo s pretpostavkama članka 7. Konvencije. Odredba koja upućuje i odredba na koju se upućuje zajedno moraju omogućiti dotičnom pojedincu da predvidi, ako je potrebno uz odgovarajuće pravno savjetovanje, za koje ponašanje može biti kazneno odgovoran. Ta se pretpostavka jednako odnosi na situacije u kojima je odredba na koju se upućuje na višem položaju u hijerarhiji u dotičnom pravnom poretku ili je apstraktnija od odredbe koja upućuje.

Najdjelotvorniji je način osiguravanja jasnoće i predvidljivosti taj da upućivanje bude izričito i da u odredbi koja upućuje budu utvrđena bitna obilježja djela. Nadalje, odredbe na koje se upućuje ne smiju proširiti opseg kriminalizacije kako je utvrđen u odredbi koja upućuje. U svakom slučaju, zadaća je suda koji primjenjuje i odredbu koja upućuje i odredbu na koju se upućuje ocijeniti je li kaznena odgovornost bila predvidljiva u okolnostima predmeta.

IV. ČETVRTO PITANJE

75. Četvrto pitanje koje je postavio Ustavni sud glasi kako slijedi:

„U svjetlu načela zabrane retroaktivnosti kaznenog zakona (članak 7. stavak 1. Konvencije), koji su kriteriji uspostavljeni za usporedbu kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela i izmijenjenog kaznenog zakona kako bi se utvrdile njihove kontekstualne (bitne) sličnosti ili razlike?”

76. Ovo se pitanje odnosi na činjenicu da je g. Kocharyan optužen za rušenje ustavnog poretka iz članka 300.1. KZ-a iz 2009. u odnosu na djela navodno počinjena u veljači i ožujku 2008. (vidi stavak 16. ovog mišljenja), odnosno, prije stupanja na snagu te odredbe. U to su vrijeme djela usmjerena na nasilno rušenje ustavnog poretka bila kažnjiva na temelju članka 300. prethodne verzije KZ-a kao dio kaznenog djela „uzurpacije vlasti” (vidi stavak 25. ovog mišljenja).

77. Ustavni sud tvrdi da se članak 300.1. KZ-a iz 2009. značajno razlikuje od članka 300. verzije KZ-a koja je bila na snazi u relevantno vrijeme. Potonja je odredba bila šira jer je svaka radnja usmjerena na rušenje ustavnog poretka bila kažnjiva, dok je na temelju članka 300.1. KZ-a iz 2009. kažnjivo samo *de facto* ukidanje navedenih temeljnih načela Ustava (i to onih utvrđenih u člancima 1. – 5. i članku 6. stavku 1. Ustava iz 2005.) koje se očituje u ukidanju valjanosti te norme u pravnom sustavu. U ostalim aspektima, članak 300. prijašnjeg Kaznenog zakona bio je uži jer je sadržavao obilježje nasilja koje nedostaje u članku 300.1. KZ-a iz 2009.

78. Upravo u tom kontekstu, odnosno u vezi s izmjenom definicije kaznenog djela rušenja ustavnog poretka, Ustavni sud postavlja pitanje koji se standardi primjenjuju na temelju članka 7. za usporedbu zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela i izmijenjenog kaznenog zakona. Izmjena zakona na kojoj se temelji taj postupak pred Ustavnim sudom ne odnosi se na primjenjivu sankciju, koja je ista na temelju članka 300. prijašnje verzije KZ-a i na temelju članka 300.1. KZ-a iz 2009., odnosno kaznu zatvora u trajanju od deset do petnaest godina.

79. Sud na početku primjećuje da materijali komparativnog prava koji su mu dostupni ukazuju na to da pri ocjenjivanju, u smislu načela zabrane retroaktivnosti kaznenog zakona, toga je li zakon koji je donesen nakon počinjenja djela povoljniji ili nepovoljniji za optuženika od zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela, više od polovice država članica obuhvaćenih istraživanjem koristi načelo konkretnosti (vidi stavke 37. – 38. ovog mišljenja). Vrijedi napomenuti da se načelo konkretnosti snažno odražava i u sudskoj praksi Suda (vidi stavke 86. – 89. ovog mišljenja).

80. Sud ponavlja da je člankom 7. Konvencije bezuvjetno zabranjena retroaktivna primjena kaznenog zakona ako bi to bilo na štetu optuženika (za opća načela o tom načelu vidi predmet *Del Río Prada*, citiran u stavku 60. ovog mišljenja). Načelo zabrane retroaktivnosti kaznenog zakona primjenjuje se i na odredbe kojima se definira djelo (vidi gore citirani predmet

Vasiliauskas, stavci 165. – 166.) i na odredbe kojima se utvrđuju kazne koje se izriču (vidi *M. protiv Njemačke*, br. 19359/04, stavci 123. i 135. – 137., ECHR 2009).

81. Osim toga, može doći do primjene načela retroaktivne primjene blažeg kaznenog zakona. To načelo nije izričito navedeno u članku 7. Konvencije. Prvi je put utvrđeno u predmetu *Scoppola protiv Italije* ((br. 2) [VV], br. 10249/03, 17. rujna 2009.), koji se odnosio na promjene u odnosu na primjenjivu sankciju. Sud je potvrdio da članak 7. stavak 1. Konvencije jamči ne samo načelo zabrane retroaktivnosti strožih kaznenih zakona već i, implicitno, načelo retroaktivnosti blažeg kaznenog zakona. To je načelo sadržano u pravilu da, kad postoje razlike između kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela i naknadnih kaznenih zakona koji su doneseni prije donošenja pravomoćne presude, sudovi moraju primijeniti zakon čije su odredbe najpovoljnije za okrivljenika (ibid., stavci 108. – 109.).

82. Iako je pretpostavka retroaktivne primjene blažeg kaznenog zakona u predmetu *Scoppola* općenito sročena, treba napomenuti da je ta pretpostavka razvijena i naknadno primijenjena u kontekstu promjena važećih sankcija ili sustava odmjeraivanja kazni (vidi, primjerice, *Gouarré Patte protiv Andore*, br. 33427/10, stavci 28. – 36., 12. siječnja 2016., i *Koprivnikar protiv Slovenije*, br. 67503/13, stavak 59., 24. siječnja 2017.). U predmetu *Parmak i Bakir protiv Turske* (br. 22429/07 i 25195/07, stavak 64., 3. prosinca 2019.) Sud je prvi put utvrdio da se načelo retroaktivne primjene blažeg kaznenog zakona primjenjuje i u kontekstu izmjene koja se odnosi na definiciju djela.

83. U ovom postupku pitanje Ustavnog suda zahtijeva od Suda da pruži mišljenje o primjeni načela zabrane retroaktivnosti. Potrebno je razlikovati dvije situacije u kontekstu primjene načela zabrane retroaktivnosti na odredbe kojima se definira kazneno djelo.

Prva situacija odnosi se na slučajeve kada je optuženik, na temelju kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme osude, mogao biti proglašen krivim za djelo koje u vrijeme počinjenja nije predstavljalo kazneno djelo.

Druga situacija odnosi se na slučajeve kada je djelo bilo zabranjeno, čak i ako se drugačije nazivalo, i u trenutku počinjenja kaznenog djela i u trenutku osude. Potonja se situacija odnosi na prekvalifikaciju optužbi u slučaju sukcesije kaznenih zakona tijekom vremena. Uzimajući u obzir kontekst u kojem Ustavni sud postavlja pitanje, Sud smatra da je od posebnog interesa njegova sudska praksa koja se odnosi na prekvalifikaciju optužbi prema izmijenjenoj verziji Kaznenog zakona koja je stupila na snagu nakon počinjenja predmetnog djela. U takvim situacijama Sud prvenstveno nastoji utvrditi postoji li kontinuitet kaznenog djela, uzimajući u obzir trenutak počinjenja djela i trenutak osude.

84. Sud konkretno navodi sljedeće predmete.

U predmetu *G. protiv Francuske* (27. rujna 1995., stavci 25. – 26., Serija A br. 325-B), koji se odnosi na osudu podnositelja zahtjeva za

nedoličan napad uz prisilu i zlouporabu ovlasti prema novoj verziji Kaznenog zakona koja je stupila na snagu nakon počinjenja tih djela, Sud je, uzimajući u obzir tumačenje od strane domaćeg suda odredbi koje su bile na snazi u relevantno vrijeme, utvrdio da su predmetna djela spadala u područje primjene mjerodavnih odredbi prijašnjeg Kaznenog zakona te također u područje primjene nove odredbe.

U predmetu *Ould Dah protiv Francuske* ((odl.), br. 13113/03, ECHR 2009) podnositelj zahtjeva bio je optužen da je počinio djela mučenja i barbarstva koja su, prema Kaznenom zakonu koji je bio na snazi u vrijeme njihova počinjenja, predstavljala otegotne okolnosti u odnosu na neka druga kaznena djela, uključujući kazneno djelo teškog napada. U novoj verziji Kaznenog zakona, koja se primjenjivala u vrijeme njegove osude, djela mučenja bila su kvalificirana kao zasebno kazneno djelo.

U predmetu *Berardi i Mularoni protiv San Marina* (br. 24705/16 i 24818/16, stavci 52. – 56., 10. siječnja 2019.) podnositelji zahtjeva, koji su bili državni službenici odgovorni za nadzor sigurnosti na gradilištima, bili su optuženi za primanje mita jer su prihvatili novac za neizvršenje svojih dužnosti. Mjerodavnom odredbom Kaznenog zakona koji je bio na snazi u relevantno vrijeme primanje mita bilo je definirano kao primanje neopravdane dobiti od strane javnog službenika ili dužnosnika za „izvršenje nekog djela u suprotnosti s dužnostima koje proizlaze iz njegovih funkcija”.

Predmet *Rohlena* (gore citiran) odnosio se na osudu podnositelja zahtjeva za kazneno djelo zlostavljanja osobe koja živi pod istim krovom, počinjeno u razdoblju barem od 2000. do veljače 2008. Osuda se temeljila na odredbi Kaznenog zakona koji je stupio na snagu 1. lipnja 2004. godine.

85. U takvim je predmetima Sud ispitao u biti jesu li predmetna djela već bila kažnjiva na temelju odredbi koje su bile na snazi u vrijeme počinjenja tih djela. Nadalje, smatrao je da izrečena kazna ne može prekoračiti ograničenja utvrđena odredbom koja je bila na snazi u vrijeme počinjenja djela (vidi gore citirani predmet *Berardi i Mularoni*, stavak 41.; vidi i gore citirani predmet *Rohlena*, stavak 56., u pogledu posebnog pitanja produljenog kaznenog djela).

86. U sudskoj praksi Suda ne postoji sveobuhvatan skup kriterija za usporedbu kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela i izmijenjenog kaznenog zakona. Unatoč tome, moguće je izvesti zaključak da Sud uzima u obzir posebne okolnosti predmeta, odnosno konkretne činjenice predmeta koje su utvrdili nacionalni sudovi, kad ocjenjuje jesu li počinjena djela bila kažnjiva na temelju odredbe koja je bila na snazi u vrijeme počinjenja tih djela. Nadalje, u skladu s općim načelima svoje sudske prakse u pogledu predvidljivosti zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja relevantnih djela, Sud uzima u obzir sudsku praksu domaćeg suda, ako postoji, u kojoj se razjašnjavaju pojmovi koji su se koristili u zakonu koji je bio na snazi u to vrijeme (vidi gore citirani predmet *G. protiv Francuske*, stavci 25. – 26., i gore citirani predmet *Berardi i Mularoni*, stavci 46. – 56.).

87. Nasuprot tome, Sud se ne bavi formalnom kvalifikacijom ili nazivima kaznenih djela prema domaćem pravu (vidi, konkretno, predmet *Ould Dah* (gore citiran, *in fine*), u kojem su, u vrijeme počinjenja, djela podnositelja zahtjeva bila kažnjiva ne kao zasebno djelo, već kao otegotna okolnost; vidi i predmet *Rohlana* (gore citiran, stavci 62. – 63.), u kojem su djela koja je podnositelj počinio prije stupanja na snagu odredbe na temelju koje je osuđen bila kažnjiva, no kao drugačija kaznena djela).

88. Stoga usporedbu kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela i izmijenjenog kaznenog zakona treba provesti nadležni sud, i to ne uspoređujući definicije kaznenog djela *in abstracto*, već uzimajući u obzir posebne okolnosti predmeta.

89. U tom kontekstu Sud smatra da je osobito korisno razmotriti način primjene načela zabrane retroaktivnosti u pogledu sankcija, osobito način na koji je to učinjeno u predmetu *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine* ([VV], br. 2312/08 i 34179/08, ECHR 2013 (izvadci)). U tom predmetu primijenjena je metoda usporedbe *in concreto* (ibid., stavak 65.). Taj se predmet odnosio se na osudu podnositelja zahtjeva za ratne zločine. Iako je definicija kaznenih djela o kojima je riječ bila ista na temelju Kaznenog zakona koji je bio primjenjiv kada su djela počinjena i na temelju novog Kaznenog zakona koji je bio primijenjen u predmetima podnositelja zahtjeva (ibid., stavci 67. – 68.), okvir odmjeravanja kazne promijenio se tako što je novim zakonom ukinuta smrtna kazna, ali je predviđena veća najmanja kazna zatvora. Ocjenjujući je li primjena novog zakona bila na štetu podnositelja zahtjeva, Sud je smatrao da kaznena djela za koja su osuđeni nisu uključivala gubitak života te da očitito ne spadaju u kategoriju najtežih predmeta, za koje se smrtna kazna mogla primijeniti na temelju zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja predmetnih kaznenih djela. Sud je uzeo u obzir i činjenicu da je jednom podnositelju izrečena najmanja moguća kazna, a drugom je izrečena kazna nešto veća od najmanje kazne predviđene novim Kaznenim zakonom. Iako su kazne podnositelja zahtjeva bile unutar granica obaju Kaznenih zakona i nije bilo sigurno da bi im bile izrečene manje kazne da je primijenjen prijašnji zakon, postojala je stvarna mogućnost da je retroaktivna primjena novog zakona išla na štetu podnositelja zahtjeva. Sud je zaključio da im nije bila pružena djelotvorna zaštita od izricanja teže kazne, u suprotnosti s člankom 7. Konvencije (ibid., stavci 69. – 70.).

90. Iako je načelo konkretnosti razvijeno u predmetima koji se odnose na izmjenu relevantnih sankcija, Sud, uzimajući u obzir gore navedena razmatranja (vidi stavke 87. – 88.), smatra da se isto načelo primjenjuje i na predmete koji uključuju usporedbu definicije djela u vrijeme njegova počinjenja i naknadne izmjene.

91. Kao što je navedeno u stavku 77. ovog mišljenja, u svom zahtjevu za savjetodavnim mišljenjem Ustavni je sud istaknuo da je definicija kaznenog djela rušenja ustavnog poretka iz članka 300.1. KZ-a iz 2009. u jednom pogledu šira, a u drugom uža u usporedbi s člankom 300. KZ-a koji je bio na

snazi u veljači i ožujku 2008., u vrijeme navodnog počinjenja djela. Uzimajući u obzir gore izložena razmatranja, Sud smatra da se na pitanje bi li primjena članka 300.1. KZ-a iz 2009. povrijedila načelo zabrane retroaktivnosti sadržano u članku 7. Konvencije ne bi trebalo odgovoriti *in abstracto*. Umjesto toga, članak 7. zahtijeva ocjenu *in concreto*, na temelju posebnih okolnosti predmeta. Na nadležnim će domaćim sudovima biti da usporede, u svjetlu navodnih radnji ili propusta optuženika i drugih posebnih okolnosti predmeta, pravne učinke moguće primjene članka 300.1. KZ-a iz 2009. i članka 300. verzije Kaznenog zakona koja je bila na snazi u vrijeme spornih događaja. Konkretno, trebali bi utvrditi jesu li sva bitna obilježja kaznenog djela i drugi uvjeti kažnjivosti bili ispunjeni na temelju odredbi verzije Kaznenog zakona koja je bila na snazi u vrijeme spornih događaja. Ako to nije slučaj, naknadni članak 300.1. KZ-a iz 2009. ne može se smatrati blažim pa se stoga ne može primijeniti u ovom predmetu. Nadalje, ako domaći sudovi utvrde da bi primjena članka 300.1. KZ-a iz 2009. povukla za sobom ozbiljnije posljedice za optuženika nego primjena članka 300. verzije KZ-a koja je bila na snazi u vrijeme događaja, nova se odredba jednako tako ne može primijeniti u ovom predmetu.

92. Sud stoga smatra da je za utvrđivanje toga je li, u smislu članka 7. Konvencije, zakon koji je donesen nakon što je kazneno djelo navodno počinjeno povoljniji ili nepovoljniji za optuženika od zakona koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja djela potrebno uzeti u obzir posebne okolnosti predmeta (načelo konkretnosti). Ako je naknadni zakon stroži od zakona koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja djela, taj se naknadni zakon ne može primijeniti.

IZ TIH RAZLOGA SUD JEDNOGLASNO

donosi sljedeće mišljenje:

1. Sud ne može odgovoriti na prvo i drugo pitanje jer ta pitanja ne ispunjavaju pretpostavke iz članka 1. Protokola br. 16.
2. Korištenje tehnike „blanketnih odredbi” prilikom kriminaliziranja djela i propusta nije samo po sebi nespojivo s pretpostavkama članka 7. Konvencije. Odredba koja upućuje i odredba na koju se upućuje zajedno moraju omogućiti dotičnom pojedincu da predvidi, ako je potrebno uz odgovarajuće pravno savjetovanje, za koje ponašanje može biti kazneno odgovoran. Ta se pretpostavka jednako odnosi na situacije u kojima je odredba na koju se upućuje na višem položaju u hijerarhiji u dotičnom pravnom poretku ili je apstraktnija od odredbe koja upućuje.

Najdjelotvorniji je način osiguravanja jasnoće i predvidljivosti taj da upućivanje bude izričito i da u odredbi koja upućuje budu utvrđena bitna

obilježja djela. Nadalje, odredbe na koje se upućuje ne smiju proširiti opseg kriminalizacije kako je utvrđen u odredbi koja upućuje. U svakom slučaju, zadaća je suda koji primjenjuje i odredbu koja upućuje i odredbu na koju se upućuje ocijeniti je li kaznena odgovornost bila predvidljiva u okolnostima predmeta.

3. Za utvrđivanje toga je li, u smislu članka 7. Konvencije, zakon koji je donesen nakon što je kazneno djelo navodno počinjeno povoljniji ili nepovoljniji za optuženika od zakona koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja djela potrebno je uzeti u obzir posebne okolnosti predmeta (načelo konkretnosti). Ako je naknadni zakon stroži od zakona koji je bio na snazi u vrijeme navodnog počinjenja djela, taj se naknadni zakon ne može primijeniti.

Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku i otpravljeno u pisanom obliku 29. svibnja 2020. godine.

Søren Prebensen
Zamjenik tajnika

Linos-Alexandre Sicilianos
Predsjednik

U skladu s člankom 4. stavkom 2. Protokola br. 16 i pravilom 94. stavkom 2. Poslovnika Suda, izdvojeno mišljenje *ad hoc* suca Sarvariana prilaže se ovom savjetodavnom mišljenju.

L.-A.S.
S.C.P.

SUGLASNO MIŠLJENJE SUCA SARVARIANA

1. Iako sam glasovao za svaki stavak izreke, volio bih da je Veliko vijeće otišlo dalje u svom obrazloženju. Osobito sam svjestan činjenice da je ovaj postupak donošenja savjetodavnog mišljenja nužno doveo do odlaganja od desetak mjeseci u postupku pred Ustavnim sudom, a samim time i u prvostupanjskom postupku. U svjetlu tog razmatranja, smatram svojom dužnošću javno zabilježiti one dodatke savjetodavnom mišljenju za koje sam htio da budu usvojeni kako bih pružio, prema mojem mišljenju, najvrjednije moguće smjernice Ustavnom sudu.

Prethodna pitanja

2. Kad je riječ o stavcima 45. – 47. savjetodavnog mišljenja, pozdravljam stav Velikog vijeća o njegovoj ulozi u odnosu na ulogu odbora. Budući da su autori Protokola br. 16 Sudu prepustili da o brojnim postupovnim pitanjima odluči u svojoj praksi,¹ htio sam da Veliko vijeće razjasni dva pitanja. Kao prvo, treba li odbor obrazložiti svoju odluku o prihvaćanju zahtjeva. Kao drugo, prema kojim bi kriterijima odbor trebao odlučiti o dopuštenosti zahtjeva.

3. Iako članak 2. stavak 1. Protokola br. 16 ne obvezuje odbor da pruži obrazloženje za svoju odluku o prihvaćanju zahtjeva, obrazložena bi odluka podržala „cilj i svrhu”² Protokola br. 16, i to „jačanje dijaloga između Suda i nacionalnih pravosudnih sustava, među ostalim pojašnjenjem tumačenja Suda toga što se podrazumijeva pod „načelnim pitanjima koja se odnose na tumačenje ili primjenu prava i sloboda definiranih Konvencijom ili njenim protokolima”, a kojim pojašnjenjem bi se domaćim sudovima pružile smjernice prilikom razmatranja hoće li podnijeti zahtjev te bi se tako pridonijelo odvratanju od neprimjerenih zahtjeva”.³ Smatram da bi pojašnjenje ovog pitanja promicalo dosljednost i učinkovitost u upravljanju

¹ Npr. – Dzehtsiarou i O’Meara, Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket control? (Savjetodavna nadležnost i Europski sud za ljudska prava: čudesno rješenje za dijalog i upravljanje brojem predmeta?), 34(3) *Legal Studies* (2014.), 444. – 468.; Gerards, Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal (Savjetodavna mišljenja, prethodne odluke i novi Protokol br. 16 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima: usporedna i kritička ocjena), 21 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2014.) 630. – 651.; Loemmens, Protocol no 16 to the ECHR: managing backlog through complex judicial dialogue? (Protokol br. 16 uz EKLJP: upravljanje brojem neriješenih predmeta putem složenog sudskog dijaloga), 15(4) *European Constitutional Review* (2019.) 691. – 713.

² [Bečka konvencija iz 1969. o pravu međunarodnih ugovora](#) (BKPMU), članak 31. stavak 1.

³ Protokol br. 16, članak 1. stavak 3.; [Obrazloženje uz Protokol br. 16](#), stavak 15.

zahtjevima najviših sudova država članica, pružajući im smjernice prilikom razmatranja „nužnosti i korisnosti”⁴ podnošenja takvih zahtjeva.

4. Članak 2. stavak 1. Protokola br. 16 ne obvezuje odbor da pruži obrazloženje, što dokazuje činjenica da je, suprotno tome, ta obveza izriječno propisana u slučajevima odbijanja zahtjeva.⁵ Međutim, smatram da ta odredba odboru ne zabranjuje da obrazloži svoju odluku: u nedostatku izričite zabrane u tekstu, ni njezin „kontekst” ni „cilj i svrha” Protokola br. 16 u cjelini⁶ ne ukazuju na implicitnu namjeru nametanja takvog ograničenja odboru. Korištenje Pojašnjenje uz Protokol br. 16 kako bi se potvrdilo ili pojasnilo značenje članka 2. stavka 1.⁷ potkrepljuje tu pretpostavku:

„Međutim, za razliku od postupka na temelju članka 43., odbor mora navesti razloge za svako odbijanje prihvaćanja zahtjeva domaćeg suda za savjetodavnim mišljenjem. Svrha toga je jačanje dijaloga između Suda i nacionalnih pravosudnih sustava, među ostalim pojašnjenjem tumačenja Suda toga što se podrazumijeva pod „načelnim pitanjima koja se odnose na tumačenje ili primjenu prava i sloboda definiranih Konvencijom ili njenim protokolima”, a kojim pojašnjenjem bi se domaćim sudovima pružile smjernice prilikom razmatranja hoće li podnijeti zahtjev te bi se tako pridonijelo odvratanju od neprimjerenih zahtjeva. Sud bi trebao obavijestiti zainteresiranu visoku ugovornu stranku o prihvaćanju bilo kojih zahtjeva koje su podnijeli njeni sudovi.”⁸

Zaključujem da odbor ima ovlast obrazložiti odluku o prihvaćanju zahtjeva.

5. Usporedba postupaka donošenja savjetodavnih mišljenja međunarodnih sudova pokazuje da je obrazloženje o prihvaćanju zahtjeva za savjetodavnim mišljenjem stalna praksa. Iako Međuamerički sud za ljudska prava (MASLJP) smatra da je dužan pružiti obrazloženje kad odbija prihvatiti zahtjeve,⁹ u praksi MASLJP pruža obrazloženje i kad prihvaća zahtjeve.¹⁰ Iako to nije predviđeno njegovim Poslovníkom Suda, u praksi odbor od pet sudaca odlučuje o dopuštenosti zahtjeva.¹¹ Budući da zahtjeve za savjetodavnim mišljenjem ne podnose nacionalni sudovi, kao što je to slučaj u postupku na temelju Protokola br. 16, već Vlade država stranaka,¹² Sud u punom sastavu može odlučiti o prigovorima koji se mogu podnijeti u pogledu

⁴ Protokol br. 16, članak 1. stavak 3.; Napomena za pojašnjenje uz Protokol br. 16, stavak 11.

⁵ Ibid., stavak 29.; BKPMU, članak 31. stavak 1.

⁶ Ibid.

⁷ BKPMU, članak 32.

⁸ Pojašnjenje uz Protokol br. 16, napomena 4 gore, stavak 15.

⁹ [Savjetodavno mišljenje OC-1/82](#) od 24. rujna 1982., „*Drugi međunarodni ugovori*” na koje se primjenjuje savjetodavna nadležnost Suda (članak 64. Američke konvencije o ljudskim pravima), stavak 30.

¹⁰ Npr. – [Savjetodavno mišljenje OC-23/17](#) od 15. studenoga 2017. koje je zatražila Republika Kolumbija, stavci 13. – 31.; [Zahtjev za savjetodavnim mišljenjem koji je podnijela Međuamerička komisija za ljudska prava](#) (Rješenje od 29. svibnja 2018.), stavci 3. – 4.

¹¹ [Poslovník MASLJP-a](#) iz 2009., članak 75.

¹² [Američka konvencija o ljudskim pravima](#) iz 1969., članak 64.

nadležnosti ili dopuštenosti zahtjeva drugih država stranaka¹³ analogno njegovu kontradiktornom postupku.¹⁴

6. Iako Afrički sud za ljudska prava i prava naroda (ASLJPPN) nije izričito dužan obrazložiti odluke o dopuštenosti,¹⁵ on u praksi daje obrazložene odluke o prihvaćanju ili odbacivanju zahtjeva za savjetodavnim mišljenjima.¹⁶ Međutim, za razliku od MASLJP-a, odluke o dopuštenosti donosi Sud u punom sastavu. Iako se Poslovnik Suda Europske unije ne bavi dopuštenošću zahtjeva za savjetodavnim mišljenjem,¹⁷ u praksi veliko vijeće CJEU-a pruža obrazložene odluke na plenarnoj sjednici o pitanjima dopuštenosti u savjetodavnom mišljenju.¹⁸ Iako se Poslovnik Međunarodnog suda (ICJ) ne bavi dopuštenošću,¹⁹ ICJ pruža obrazložene odluke na plenarnoj sjednici u savjetodavnom mišljenju kad države stranke ospore neki zahtjev.²⁰ Iako se Poslovnik Međunarodnog suda za pravo mora (MSPM) isto tako ne bavi dopuštenošću zahtjeva za savjetodavnim mišljenjem koje „ovlaštena tijela” podnose Vijeću za sporove o morskom dnu ili Sudu u cjelini,²¹ u praksi Vijeće ili Sud u punom sazivu daje obrazložene odluke o pitanjima nadležnosti i dopuštenosti u savjetodavnim mišljenjima.²²

¹³ Npr. – Savjetodavno mišljenje OC-1/82, napomena 9 gore, stavak 29.; *Opini3n consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la Rep3blica del Ecuador, párr. 19, párr. 20* (dostupno samo na španjolskom jeziku).

¹⁴ Poslovnik MASLJP-a, napomena 11 gore, 3lanak 74.: „Sud 3e primijeniti odredbe glave II. ovog Poslovnika na postupke donošenja savjetodavnog mišljenja u mjeri u kojoj ih smatra spojivima.” Ta je odredba dodana Poslovniku u [prvim izmjenama i dopunama iz 1991.](#) i 3ini se da se izravno temelji na izjavi danj u prvom savjetodavnom mišljenju Suda.

¹⁵ [Protokol uz Afri3ku povelju o ljudskim pravima i pravima naroda o osnivanju Afri3kog suda za ljudska prava i prava naroda](#) iz 1998., 3lanak 4.; [Poslovnik ASLJPPN-a](#) iz 2010., 3lanak 39.

¹⁶ Npr. – Br. 002/2013, [Zahtjev za savjetodavnim mišljenjem koji je podnio Afri3ki odbor stru3njaka za prava i dobrobit djeteta o legitimaciji Afri3kog odbora stru3njaka za prava i dobrobit djeteta pred Afri3kim sudom za ljudska prava i prava naroda](#) (Savjetodavno mišljenje od 5. prosinca 2014.), stavci 33. – 43.; Br. 001/2014, [Zahtjev za savjetodavnim mišljenjem koji su podnijeli Koalicija za Međunarodni kazneni sud i drugi](#) (Rješenje od 5. lipnja 2015.), stavci 8. – 13.

¹⁷ [Poslovnik CJEU-a iz 2012.](#), 3lanci 196. – 200. Vidi i Ugovor o funkcioniranju Europske unije iz 2009., 3lanci 218., 256. i 267.

¹⁸ Npr. – [Mišljenje 2/94](#) (28. ožujka 1996.), stavci 1. – 22.; [Mišljenje 2/13](#) (18. prosinca 2014.), stavci 144. – 152. Samo je u jednom slu3aju zahtjev bio proglašen nedopuštenim – [Mišljenje 3/94](#) (13. prosinca 1995.), stavci 14. – 23.

¹⁹ [Poslovnik ICJ-a iz 2019.](#), 3lanci 102. – 109. Vidi i Povelju Ujedinjenih naroda iz 1945., 3lanak 96.

²⁰ Npr. – [Pravne posljedice odvajanja oto3ja Chagos od Mauricijusa 1965. godine](#) (Savjetodavno mišljenje od 25. velja3e 2019.), stavci 54. – 91. Zahtjev za savjetodavnim mišljenjem bio je odba3en samo u jednom slu3aju zbog nenadležnosti – [Zakonitost upotrebe nuklearnog oružja od strane neke države u oružanom sukobu](#) (Savjetodavno mišljenje od 8. srpnja 1996.), stavci 13. – 32.

²¹ [Poslovnik MSPM-a](#) iz 2018., 3lanci 130. – 138.

²² [Predmet br. 17 Odgovornosti i obveze država koje sponzoriraju osobe i subjekte u pogledu aktivnosti u Zoni](#) (Zahtjev za savjetodavnim mišljenjem podnesen Vijeću za sporove o

7. Volio bih da je Veliko vijeće izjavilo da bi odbor trebao pružiti obrazloženje za odluku o prihvaćanju zahtjeva. To bi se moglo učiniti, primjerice, putem internog izvješća koje bi odbor dostavio Velikom vijeću i koje bi u sažetom obliku bilo objavljeno u savjetodavnom mišljenju. To ne bi samo pomoglo Velikom vijeću prilikom ispitivanja pitanja već bi i olakšalo dijalog između Suda i nacionalnih sudova radi učinkovitog upravljanja postupkom na temelju Protokola br. 16.

8. Uzimajući u obzir njegov jedinstveni kontekst, posebice činjenicu da zahtjeve podnose nacionalni sudovi, a ne države stranke ili institucije Vijeća Europe, predlažem sljedeće kriterije koje bi odbori primjenjivali:

- 1) pitanje je li zahtjev podnio nadležan sud;
- 2) kriterij da zahtjev nije apstraktan, već se temelji na postupku koji je u tijeku i o kojem nadležan sud aktivno odlučuje;
- 3) pitanje jesu li bit zahtjeva te njegov pravni i činjenični kontekst dovoljno jasni da Sud može na njega odgovoriti;²³ i
- 4) pitanje otvara li zahtjev novo pitanje konvencijskog prava.

Iako bi se takvi kriteriji mogli usvojiti u okviru izmjene pravila 93. Poslovnika Suda, htio sam da ih Veliko vijeće navede u ovom savjetodavnom mišljenju s ciljem kasnijeg usvajanja u Poslovniku. Čini se da je to doista pristup koji je MASLJP primijenio u početnoj fazi svojeg postupka donošenja savjetodavnog mišljenja.

9. Iako se slažem s odlukom Velikog vijeća da odgovori na treće i četvrto pitanje koje je postavio Ustavni sud, radije bih preoblikovao ta pitanja kako bi bila jasnija.

10. Htio bih da se zahtjev koji je podnio Ustavni sud objavi na stranici HUDOC uz savjetodavno mišljenje. Iako nisam upoznat s postupovnim pravilom o tom pitanju, napominjem da MASLJP, ICJ i MSPM redovito objavljuju takve zahtjeve. Ništa u zahtjevu ne ukazuje na to da je Ustavni sud namjeravao povjerljivo podnijeti zahtjev, koji predstavlja dokument javnopravnog tijela. Čini mi se da je to korisno i načelno i u svrhu pojašnjenja onih odlomaka savjetodavnog mišljenja (npr. – stavci 77. i 91.) u kojima se upućuje na zahtjev.

Četvrto pitanje

morskom dnu) (Savjetodavno mišljenje od 1. veljače 2011.), stavci 25. – 49.; [Predmet br. 21](#) *Zahtjev za savjetodavnim mišljenjem koji je podnijela Komisija za ribarstvo na podregionalnoj razini (KRPR) (Zahtjev za savjetodavnim mišljenjem podnesen Sudu)* (Savjetodavno mišljenje od 2. travnja 2015.), stavci 37. – 79.

²³ Npr. – Stalni međunarodni sud, [Serija B. br. 5](#), *Status Istočne Karelje* (Savjetodavno mišljenje od 23. srpnja 1923.), str. 28.

11. Kad je riječ o stavicima 89. – 92., volio bih da je Veliko vijeće opširnije opisalo primjenjivi standard za usporedbu kaznenog djela koje je bilo propisano u vrijeme počinjenja relevantnog djela ili propusta i izmijenjenog kaznenog djela prema „načelu konkretnosti”. Na temelju sudske prakse Suda, smatram da je to „razumna predvidljivost”, kako je to izraženo u predmetima *Kononov protiv Latvije* (stavak 60. savjetodavnog mišljenja) i *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine* (stavak 89. savjetodavnog mišljenja):

„Sukladno tome, članak 7. nije ograničen na zabranu retroaktivne primjene kaznenog zakona na štetu optuženika: on sadržava i, općenitije uzevši, načelo da se jedino zakonom može definirati kazneno djelo i propisati kaznu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i načelo da se kazneni zakon ne smije široko tumačiti na štetu optuženika, primjerice analogijom. Iz toga proizlazi da kazneno djelo mora biti jasno definirano u zakonu. Ta je pretpostavka ispunjena kada pojedinac može znati iz teksta mjerodavne odredbe, i ako je potrebno uz pomoć tumačenja te odredbe od strane sudova i nakon primanja odgovarajućeg pravnog savjeta, za koja će djela i propuste biti kazneno odgovoran.”²⁴

12. Smatram da je ključno pitanje dodavanje strožeg elementa u izmijenjenu definiciju kaznenog djela. Prema sudskoj praksi Suda, člankom 7. stavkom 1. dopuštena je retroaktivna primjena izmijenjenog kaznenog djela, kao što je ukidanje neke obrane, čija primjena je bila „razumno predvidljiva” uz primanje pravnog savjeta u vrijeme počinjenja djela ili propusta. To je izraženo u predmetima *C.R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i *S.W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (citirani u stavicima 60. – 61. savjetodavnog mišljenja):

„Treba primijetiti da se ključno pitanje u presudi Žalbenog suda (koja je sažeta u stavku 14. ove presude) odnosi na definiciju silovanja u članku 1. stavku 1. točki (a) Zakona iz 1976.: ‚nezakonit spolni odnos sa ženom koja u trenutku snošaja na njega ne pristaje’. Pitanje je bilo bi li ‚ukidanje’ bračnog imuniteta bilo u suprotnosti sa zakonskom definicijom silovanja, posebice bi li ga spriječila riječ ‚nezakonit’. Žalbeni sud pažljivo je ispitao različite linije tumačenja te odredbe u sudskoj praksi, uključujući argument da je izrazom ‚nezakonit’ snošaj u braku isključen iz definicije silovanja. S tim u vezi, Sud podsjeća da je prvenstveno na nacionalnim vlastima, posebice sudovima, da tumače i primjenjuju domaće pravo (vidi, primjerice, *Kemmache protiv Francuske* (br. 3), presuda od 24. studenoga 1994., Serija A br. 296-C, str. 86. – 87., stavak 37.). Ne vidi razlog da se ne složi sa zaključkom Žalbenog suda, koji je naknadno potvrdio Gornji dom (*House of Lords*) (vidi stavak 15. ove presude), da je riječ ‚nezakonit’ u definiciji silovanja samo višak i da ih ne sprječava da ‚ukinu fikciju običajnog prava koja je postala anakronistična i uvredljiva’ i proglase da je ‚silovatelj i dalje silovatelj na kojeg se primjenjuje kazneni zakon, neovisno o njegovu odnosu sa žrtvom’ (vidi stavak 14. ove presude).

Odlukama Žalbenog suda, a zatim i Gornjeg doma samo je nastavljena uočljiva linija razvoja sudske prakse kojom je ukinut imunitet supruga od kaznenog progona zbog

²⁴ [Zahtjev br. 36376/04 Kononov protiv Latvije](#) (Veliko vijeće, presuda od 17. svibnja 2010.), stavak 185. citiran u [zahtjevima br. 2312/08 i 34179/08 Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine](#) (Veliko vijeće, presuda od 18. srpnja 2013.), stavak 66.

silovanja supruge (za opis tog razvoja vidi stavke 14. i 20. – 25. ove presude). Nema sumnje na temelju zakona od 12. studenoga 1989. da bi suprug koji je prisilno imao spolni odnos sa svojom suprugom mogao, u različitim okolnostima, biti proglašen krivim za silovanje. Štoviše, postojao je vidljiv razvoj, koji je bio u skladu sa samom biti kaznenog djela, kaznenog zakona putem sudskog tumačenja u smjeru toga da se općenito smatra da takvo ponašanje spada u opseg kaznenog djela silovanja. Taj je razvoj došao do faze u kojoj je sudsko priznanje nepostojanja imuniteta postalo razumno predvidljiv razvoj zakona (vidi stavak 34. ove presude).”

13. Iako je zadaća Ustavnog suda utvrditi značenje članka 300.1. i prijašnjeg članka 300. stavka 1. Kaznenog zakona (stavak 50. savjetodavnog mišljenja), smatram da postoje tri moguća ishoda u smislu članka 7. Konvencije, i to: 1) kazneno djelo iz članka 300.1. bitno je istovjetno kaznenom djelu iz članka 300. (stavak 84. savjetodavnog mišljenja); 2) kazneno djelo iz članka 300.1. strože je od kaznenog djela iz članka 300.; i 3) kazneno djelo iz članka 300.1. blaže je od kaznenog djela iz članka 300. Kako bi se pružile najvrjednije moguće smjernice, volio bih da je Veliko vijeće detaljno razmotrilo drugu i treću mogućnost.

14. Kako bi se primijenilo načelo konkretnosti, htio sam da Veliko vijeće savjetuje da bi Ustavni sud, ako protumači članak 300.1. Kaznenog zakona na način da sadržava stroži standard kaznene odgovornosti nego prijašnji članak 300. stavak 1., trebao razmotriti je li taj stroži standard u vrijeme počinjenja djela ili propusta bio razumno predvidljiv okrivljeniku koji je dobio pravni savjet. Čimbenici koje treba razmotriti u posebnom kontekstu pravnog sustava Armenije mogli bi uključivati, primjerice, pitanje jesu li se razmatrali nacrti zakona kojima je predviđen taj stroži standard ili je li u odlukama armenskih sudova prijašnji članak 300. već bio protumačen na način koji je spojiv sa standardom naknadno propisanim u članku 300.1.

15. Kad je riječ o trećoj mogućnosti prema kojoj bi Ustavni sud protumačio da je članak 300.1. blaži od članka 300. stavka 1., u novijem predmetu *Parmak i Bakir protiv Turske* (stavak 82. savjetodavnog mišljenja) nacionalnim je zakonodavstvom bilo propisano da se „u slučaju postojanja razlika između zakonskih odredbi koje su bile na snazi na dan kada je kazneno djelo počinjeno i odredbi koje su bile na snazi nakon tog datuma, odredba koja je povoljnija primjenjuje na počinitelja.”²⁵ Tu su odredbu nacionalni sudovi dva puta primijenili kao odgovor na izmjene obilježja kaznenog djela kako bi ukinuli osude podnositelja zahtjeva za kazneno djelo pripadnosti terorističkoj organizaciji.²⁶ Za potrebe ovog mišljenja, ključno utvrđenje vijeća bilo je sljedeće:

„Vlada je tvrdila da je osuda podnositelja zahtjeva bila predvidljiva u skladu s izvornim verzijama članaka 1. i 7. Zakona br. 3713, koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenih djela, s obzirom na to da je u svakom slučaju tim odredbama terorizam bio definiran u širem smislu. Sud se ne može složiti s tom tvrdnjom na temelju

²⁵ [Zahtjevi br. 22429/07 i 25195/07](#) *Parmak i Bakir protiv Turske* (Drugi odjel, presuda od 3. prosinca 2019.), stavak 38.

²⁶ *Ibid.*, stavci 23., 27. i 33.

sljedećih zapažanja. Kao prvo, načelo da se blaže odredbe kaznenog prava moraju retroaktivno primijeniti implicitno je zajamčeno člankom 7. Konvencije. To je načelo sadržano u pravilu da, kad postoje razlike između kaznenog zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja kaznenog djela i naknadnih kaznenih zakona koji su doneseni prije donošenja pravomoćne presude, sudovi moraju primijeniti zakon čije su odredbe najpovoljnije za okrivljenika (vidi, *mutatis mutandis*, *Scoppola protiv Italije* (br. 2) [VV], br. 10249/03, stavak 109., 17. rujna 2009., i *Koprivnikar protiv Slovenije*, br. 67503/13, stavak 49., 24. siječnja 2017.). Sud s tim u vezi primjećuje i da je u turskom kaznenom pravu propisano da se sudovi moraju pridržavati članka 7. stavka 2. Kaznenog zakona, u skladu s kojim se primjenjuju odredbe koje su najpovoljnije za počinitelja (vidi i *Başkaya i Okçuoğlu protiv Turske* [VV], br. 23536/94 i 24408/94, stavak 51., ECHR 1999-IV).²⁷

16. U predmetu *Parmak i Bakır*, kazneni postupak protiv podnositelja zahtjeva bio je u tijeku kad je donesena svaka uzastopna izmjena. Vremenski učinak zakonodavstva kojim se retroaktivno mijenjaju obilježja kaznenog djela jest taj da djelo ili propust nisu mogli predstavljati kazneno djelo u vrijeme kada su počinjeni, osim ako to tako nije određeno izmijenjenom definicijom. Prema tome, povredu članka 7. stavka 1. predstavljala je upravo *osuda* podnositelja zahtjeva koju je donijela država stranka, a da nije primijenila izmijenjenu definiciju kaznenog djela, kako je to propisano njezinim nacionalnim zakonodavstvom.

17. Prema mojem mišljenju, ključni je čimbenik postojanje nacionalnog zakonodavstva kojim je propisano da država stranka retroaktivno primjenjuje blažu definiciju kaznenog djela na sve osobe koje još nisu osuđene za staro djelo. Ako takvo zakonodavstvo postoji, kao što je postojalo u predmetu *Parmak i Bakır*, tada je država stranka dužna na temelju članka 7. stavka 1. primijeniti ga na osobe koje još nisu osuđene za kazneno djelo. Ako je država stranka to učinila, sljedeće je pitanje je li to zakonodavstvo primijenila na „razumno predvidljiv” način.²⁸ Ako država stranka nema takvo zakonodavstvo, tada je članak 7. stavak 1. ne obvezuje da retroaktivno primijeni blažu definiciju. To je stoga što država stranka, *osuđujući* osobe za kazneno djelo, ne bi povrijedila pravilo *nullum crimen* zbog činjenice da obilježja kaznenog djela koja su bila na snazi u vrijeme počinjenja djela ili propusta ne bi bila retroaktivno izmijenjena nacionalnim zakonodavstvom.

Prevela prevoditeljska agencija Alkemist



²⁷ Ibid., stavak 64.

²⁸ *Parmak i Bakır*, napomena 25. gore, stavci 65. – 76.