

Dr. sc. Igor Martinović*

KAZNENO DJELO POVREDE DJETETOVIH PRAVA – AKTUALNE MATERIJALNOPRAVNE I PROCESNOPRAVNE DVOJBE

Temeljna je svrha rada dati doktrinarno tumačenje kaznenog djela povrede djetetovih prava iz čl. 177. Kaznenog zakona, s naglaskom na sporna pitanja koja se očituju u sudskoj praksi. Na početku se istražuje pitanje zaštićenog pravnog dobra u okviru zakonske glave kaznenih djela protiv braka, obitelji i djece kako bi se time zadali okviri sustavnog i teleološkog tumačenja. Nakon toga iznosi se historijat te zakonske odredbe s ciljem da se time stvori osnova za povijesno tumačenje. U središnjem se dijelu rada analiziraju pojedina obilježja ovog kaznenog djela, najprije djela iz st. 1., a zatim i djela iz st. 2. te kvalificiranih oblika iz st. 3. i 4. Osobita se pozornost pridaje radnjama zanemarivanja i zlostavljanja djeteta. Osim objektivnih obilježja djela obrađuje se i pitanje počiniteljeve namjere, dok se pri kraju materijalnopravnog dijela rada analizira složena problematika vezana za institut stjecaja. U procesnopravnom dijelu rada razmatraju se načelo ne bis in idem i pozitivne obveze države u kontekstu ovog kaznenog djela, uz zaključak da radikalno tumačenje načela ne bis in idem više nije prihvatljivo. U cijelom se radu kritički prikazuje praksa redovnih sudova i Europskog suda za ljudska prava, uključujući i recentan predmet Galović protiv Hrvatske.

Ključne riječi: povreda djetetovih prava, zanemarivanje djeteta, zlostavljanje djeteta, ne bis in idem

1. UVOD

Surova je stvarnost da su djeca, često i u vrlo mladoj dobi, žrtve različitih kaznenih djela. Prema kriminalnopolitičkoj važnosti i statističkim pokazate-

* Dr. sc. Igor Martinović, izvanredni profesor na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta u Rijeci; igor.martinovic@pravri.hr; ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7648-2443>

ljima¹ među njima se ističe kazneno djelo povrede djetetovih prava (čl. 177. Kaznenog zakona²), koje, iako na to više ne upućuje sam naziv kaznenog djela, obuhvaća i vrlo teške oblike zlostavljanja djeteta. Ono je u mnogočemu pravno atipično, dijelom zbog neuobičajene legislativne tehnike, ali još više zbog toga što je nerijetko riječ o dugotrajnim i ponavljanim postupanjima. Zato se pri tumačenju postavlja niz složenih materijalnopravnih pitanja, od kojih se naročito ističe pitanje stjeca. Osim toga ovdje se u svojoj punini očituje problem dosega načela *ne bis in idem*, koje je već postalo *evergreen* u hrvatskoj pravnoj doktrini i praksi. Ono je iznova aktualizirano recentnom praksom Europskog suda za ljudska prava, koji ne samo da je potvrdio ovlast države da u slučajevima zlostavljanja djece provodi i prekršajni i kazneni postupak nego tu problematiku sve češće promatra kroz prizmu pozitivnih obveza države, a osobito proceduralne obveze provođenja učinkovite istrage.

2. U POTRAZI ZA STANDARDIMA TUMAČENJA: KOJE SE PRAVNO DOBRO ŠTITI KAZNENIM DJELIMA „PROTIV DJECE“?

Za razliku od krivičnih zakonika iz 1929. i 1951., u kojima je kazneno djelo koje se analizira u ovom radu bilo sadržano u glavi krivičnih djela protiv braka i porodice, u kasnijem je zakonodavstvu naslov glave dopunjen pojmom omladine,³ mladeži,⁴ odnosno djece.⁵ Geneza nadopune naslova ove zakonske glave može se naslutiti iz literature objavljujane sedamdesetih i osamdesetih godina XX. stoljeća. Tako Šeparović ističe da „djeca i omladina uživaju zaštitu kao ljudska bića jednako kao i svaki drugi građanin“, no osim toga imaju „specifičnu zaštitu kojom se izrijekom štiti integritet i ličnost, prava i interesi malodobne osobe. To su one inkriminacije kojima je objekt zaštite dijete ili maloljetnik.“⁶ Prema mišljenju tog autora, uvođenjem

¹ U 2021. za povredu djetetovih prava osuđeno je 311 punoljetnih počinitelja. V. Državni zavod za statistiku, Osuđeni punoljetni počinitelji prema kaznenim djelima, spolu, pokušaju i izrečenim kaznama i drugim mjerama u 2020. i 2021., dostupno na: <https://podaci.dzs.hr/>.

² NN br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 (u daljnjem tekstu: KZ ili KZ/11).

³ U Krivičnom zakonu SRH iz 1977. (u daljnjem tekstu: KZH), NN, br. 25/77 i dr.

⁴ U Kaznenom zakonu iz 1997. (u daljnjem tekstu: KZ/97), NN, br. 110/97 i dr.

⁵ Zamjena pojma „omladina“, odnosno „mladež“, pojmom „djeca“ bila je prouzročena proširenjem zakonske definicije djeteta, koja je prije obuhvaćala samo osobe mlađe od 14 godina (čl. 89. st. 9. KZ/97), dok sada obuhvaća sve osobe koje nisu navršile 18 godina života (čl. 87. st. 7. KZ/11). Navedeno je proširenje pojma djeteta poduzeto radi terminološkog ujednačavanja s Konvencijom o pravima djeteta.

⁶ Šeparović, Zvonimir, *Krivičnopravna zaštita djece i maloljetnika*, Naša zakonitost 7–10/1983, 135.

kaznenih djela „protiv omladine“ u naslov tadašnje glave XI., „pojačana je zaštita djece i omladine“.⁷

Pri uvođenju riječi „omladine“ u naslov glave očito je prevladao kriminološki, a ne kaznenopravni pristup problematici jer su se u vidu imali specifični pojavnici oblici štetnih ponašanja čija je žrtva dijete, a ne apstraktne vrijednosti koje se tim ponašanjima povređuju. Iz akademske perspektive pravnim se dobrom doduše može smatrati dobrobit djeteta, no taj je pojam suviše širok da bi mogao biti od veće koristi pri razrješavanju konkretnih dvojbi u praksi. Ni pogled u komparativno pravo ne nudi odgovor na pitanje koje bi se pravno dobro štitilo specifičnim kaznenim djelima „protiv djece“. Ekvivalent glave XVIII. KZ-a u švicarskom je pravu glava Kaznenog zakonika pod nazivom Zločini i prijestupi protiv obitelji (*Verbrechen und Vergehen gegen die Familie*), u austrijskom je pravu to odsjek Kaznenog zakonika pod nazivom Kaznena djela protiv braka i obitelji (*Strafbare Handlungen gegen Ehe und Familie*), a u njemačkom pravu odsjek Kaznenog zakonika pod nazivom Kaznena djela protiv osobnog statusa, braka i obitelji (*Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie*). Indikativno je da se u tim zakonskim glavama nalaze kaznena djela kojima se povređuje dužnost uzdržavanja, skrbi i podizanja djeteta (čl. 217. i 219. švicarskog KZ-a, § 198. i 199. austrijskog KZ-a te § 170. i 171. njemačkog KZ-a), no ne i kaznena djela kojima se dijete spolno zlostavlja, koja su smještena među seksualne delikte, niti kaznena djela kojima se ono tjelesno zlostavlja, koja su smještena u glavu kaznenih djela protiv života i tijela (§ 92. i 93. austrijskog KZ-a; § 225. njemačkog KZ-a). To je i logično jer se zlostavljanjem djeteta, ovisno o tome u čemu se ono konkretno sastoji, povređuju djetetova individualna pravna dobra klasičnog tipa, osobito njegov tjelesni i spolni integritet, zbog čega se i počinjeno kazneno djelo u tim pravnim porecima pravno označava u skladu s tim pravnim dobrom. To je slučaj i u hrvatskom KZ-u kada je riječ o seksualnim deliktima na štetu djece, koji su predmet zasebne zakonske glave, no ne i kada je riječ o tjelesnom zlostavljanju djeteta, u pogledu kojeg postoji dvojstvo između uobičajenih kaznenih djela protiv života i tijela i kaznenog djela iz čl. 177. st. 2. Navedenim se legislativnim pristupom, doduše, nije ugrozila sama legitimnost inkriminacija propisanih u glavi XVIII. KZ-a, pa tako ni kaznenog djela iz čl. 177.,⁸ ali je značajno umanjena mogućnost sustavnog tumačenja, npr. kod pitanja je li u pojedinom slučaju riječ o pravom ili prividnom stjecaju ili o produljenom kaznenom djelu i tko sve ulazi u krug mogućih počinitelja. Stoga je kod svakog pojedinog

⁷ Šeparović, 1983, 137.

⁸ O naravi koncepta pravnog dobra, uključujući i kritičke glasove te usporedbu s angloameričkim *harm principle*, v. Hefendehl, Roland, von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang (ur.), *Die Rechtsguttheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

oblika povrede djetetovih prava potrebno pronaći pravno dobro koje je zaštićeno u konkretnom slučaju. Kao oslonac pri tome mogu poslužiti povijesno i teleološko tumačenje.

3. HISTORIJAT

U Kaznenom zakonu o zločinima, prijestupima i prekršajima iz 1852., u okviru delikata kojima se povređuje ili ugrožava tjelesna sigurnost, bile su propisane posebne odredbe (§ 413.–421.) kojima je inkriminirano zlostavljanje djece od strane osoba koje su prema njima imale disciplinsko pravo (roditelji, skrbnici, učitelji, odgajatelji, majstori i gospodari). U turbulentnom razdoblju kraja 1918. banskom naredbom sa zakonskom snagom bila je uvedena i odredba kojom je inkriminirano zanemarivanje dužnosti počinitelja „da uzgaja ili uzdržava nedorasloga ili mlađahno lice premda je može ispunjavati (...) tako da se rečeno lice izvrgne pogibelji i zapuštanju ili da se za njegov uzgoj ili uzdržavanje moraju tražiti javna sredstva“. Prema tome do stupanja na snagu Krivičnog zakonika iz 1929. inkriminirani su bili i zlostavljanje i zanemarivanje djeteta, ali ne u okvirima iste odredbe ni iste zakonske glave.

U sljedećem razdoblju naziru se obrisi sadašnjeg zakonskog rješenja, po-najprije u pogledu toga što su zanemarivanje i zlostavljanje smješteni u istu zakonsku odredbu, koja je pak smještena među kaznena djela protiv braka i porodice. U čl. § 294. Krivičnog zakonika iz 1929. propisana je kaznena odgovornost za roditelje i druge osobe kojima je povjerena skrb o djetetu ako „zapuste ili prekoračujući svoje pravo kažnjavanja zlostavljaju dijete koje je pod njihovom vlašću ili nadzorom“. U ondašnjoj doktrini i praksi smatralo se da djelo može biti počinjeno i prema djetetu u dobi od 14 do 17 godina, unatoč tome što je u § 14. dijete bilo određeno kao osoba koja nije navršila 14 godina.⁹ Prema Čubinskom, prvi alternativni oblik, zapuštanje djeteta, sastoji se u neispunjavanju „zakonske i prirodne obaveze“ počinitelja da se brine o djetetu, ne ostavlja ga bez potrebnog nadzora i pouke, daje mu prema svojim sredstvima krov nad glavom, hranu, odjeću i školovanje i da se uopće brine o njegovu dobrom i časnom odgoju.¹⁰ Drugi oblik djela sastoji se u prekoračenju roditeljskog prava na disciplinsko kažnjavanje djeteta „koje se rđavo vlada, ne ispunjava svoje dužnosti ili se ne pokorava naredbama pretpostavljenih“, a to pravo roditeljima daju „zakon i vekovni običaj“, ali samo „u neophodno potrebnim slučajevima“. Disciplinska kazna mora biti zaslužena, umjerena, neškodljiva po zdravlje i nezabranjena zakonom; ako je *a priori* zabranjena,

⁹ Čubinski, Mihailo, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Geca Kon, Beograd, 1934, 499.

¹⁰ Čubinski, 1934, 499–500.

kao što je slučaj sa školskim nastavnicima, tada je svako batinanje ujedno i zlostavljanje, neovisno o tome koje mu je ponašanje povod.¹¹

U čl. 196. Krivičnog zakonika iz 1951. ovo je kazneno djelo opstalo usprkos tome što je i sam zakonopisac, nakon analize švicarskog, poljskog, danskog, njemačkog, talijanskog i čehoslovačkog kaznenog zakona, zaključio da „među novijim stranim zakonodavstvima ne nalazimo ni jedno“ koje bi sadržavalo takav opis kaznenog djela.¹² Biće djela ostvaruje „roditelj, staralac ili druga osoba koja zlostavlja dijete ili grubim zanemarivanjem svoje dužnosti skrbi i odgoja zapusti dijete za koje je dužna starati se“. Kritizirajući dio prakse, *Zlatarić* je smatrao da pod pojmom djeteta „treba razumjeti svaku osobu do punoljetnosti“ iako je u čl. 64. pojam djeteta bio sužen na osobe koje nisu navršile 14 godina.¹³ Ta je dilema razriješena time što je riječ „dijete“ novelom iz 1959. zamijenjena riječju „maloljetnik“.¹⁴ Počinitelj može biti samo osoba „na koju pada dužnost skrbi i odgoja za dijete“; takav položaj prema ondašnjem zakonodavstvu nije npr. imao bivši očuh prema djetetu svoje razvedene žene, zbog čega ne može biti počinitelj.¹⁵ U pogledu tumačenja pojma zlostavljanja pravilno je u to vrijeme *Singer* isticao da to ne znači da počinitelj mora imati određeni stav prema žrtvi, tj. da „nije neophodno“ da postupa „bezosjećajno, bezdušno, zlurado, nečovječno ili surovo“;¹⁶ umjesto toga zlostavljanje se čini „hotimičnim nanošenjem znatne fizičke ili psihičke neugode maloljetniku“, i to bez obzira je li ono „motivirano odgojnim svrhama“.¹⁷ Pozivajući se na *Živanovića*, *Singer* ističe da „pravo pedagoškog kažnjavanja djece od roditelja i odgojitelja“ ne isključuje biće djela, nego protupravnost zlostavljanja.¹⁸ Disciplinsko kažnjavanje djece od strane roditelja u to je vrijeme općeprihvaćeno kao razlog isključenja protupravnosti, pod uvjetom da je neškodljivo, primjereno, čovječno, u interesu djece, da ne prerasta u mučenje i sl.¹⁹ Nasuprot tome disciplinsko kažnjavanje djece od strane učitelja, majstora i poslodavca u to vrijeme više nije bilo dopušteno ni u kojem obujmu. Ispravno zaključuje

¹¹ Čubinski, 1934, 500.

¹² Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ, Službeni list FNRJ, Beograd, 1951, 340. Zanimljivo, samo pri izradi ovog kaznenog djela tadašnji je zakonopisac konzultirao šest stranih zakona, dok se u obrazloženjima drugih kaznenih djela spominju i daljnji strani zakoni, uključujući i anglosaksonsko pravo. U novije vrijeme konzultiranje stranih zakonskih rješenja, osobito u većem broju, pretvara se, nažalost, u iznimku.

¹³ *Zlatarić*, Bogdan, *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, II. svezak: Posebni dio*, Narodne novine, Zagreb, 1958, 244.

¹⁴ *Singer*, Mladen, *Pravni i kriminalno-politički aspekt krivičnog djela zlostavljanja i zapuštanja maloljetnika*, Naša zakonitost 6/1967, 495.

¹⁵ *Zlatarić*, 1958, 245.

¹⁶ *Singer*, 1967, 496.

¹⁷ *Singer*, 1967, 496–497.

¹⁸ *Singer*, 1967, 497.

¹⁹ Opširnije v. *Singer*, 1967, 497, gdje navodi i stavove Krausa, Tahovića i dr.

Singer da je moguće i zlostavljanje nečinjenjem, npr. kada majka „tolerira nečovječan odnos svog priležnika prema svom djetetu“.²⁰ Kao jedan od oblika psihičkog zlostavljanja djeteta *Singer* navodi i njegovu prisutnost pri fizičkom zlostavljanju drugog člana obitelji (najčešće očevu nasilju prema majci),²¹ što je i danas u praksi čest pojavni oblik kaznenog djela povrede djetetovih prava iz čl. 177. st. 2. *Zlatarić* pravilno navodi da je obljuba s maloljetnom osobom (čl. 181. Krivičnog zakonika) u prividnom stjecaju sa zlostavljanjem i zapuštanjem djeteta, koje u tom odnosu otpada zbog konsumpcije, ali samo ako se zapuštenost iscrpljivala u samoj toj spolnoj zlouporabi, odnosno ako se „nije manifestirala još u nekom drugom vidu“, u kojem bi slučaju stjecaj bio pravi.²² U pogledu tumačenja radnje zapuštanja djeteta postojale su stanovite dvojbe o tome treba li kod djeteta doista i nastupiti posljedica zapuštenosti.²³ One su otklonjene u kasnijem zakonodavstvu, ali je i prije toga prevladavao stav, koji je prihvaćao Savezni vrhovni sud (Kz-45/59), prema kojem pojam zapuštanja ne treba shvatiti restriktivno, zbog čega npr. napuštanje maloljetnika (ostavljanje kod treće osobe ili na javnom mjestu itd.) već samo po sebi predstavlja zapuštanje djeteta grubim zanemarivanjem dužnosti. *Zlatarić* je pak smatrao da djelo nije dovršeno (s time da je pokušaj tada bio nekažnjiv) ako ne dođe do zapuštenosti djeteta, npr. u slučaju da jedan roditelj napusti svaku brigu o djetetu, ali tu propuštenu dužnost nadomjesti drugi roditelj. Razlog za to je što „nije inkriminirano napuštanje djeteta, već njegovo zapuštanje“.²⁴

U KZH iz 1977. kazneno djelo zapuštanja i zlostavljanja maloljetnika razdvojeno je u dva stavka. Za oba su oblika propisani isti kazneni okviri, a uveden je i kvalificirani oblik. Prvi oblik (zapuštanje, čl. 101. st. 1. KZH) čini roditelj, usvojitelj, staratelj ili druga osoba koja grubo zanemaruje svoje dužnosti zbrinjavanja i odgoja maloljetnika iako je svjesna, ili je mogla i morala biti svjesna, da se time ozbiljno ugrožava njegov odgoj, razvitak ili zdravlje. Drugi oblik (zlostavljanje, čl. 101. st. 2. KZH) čini roditelj, usvojitelj, staratelj ili druga osoba koja zlostavlja maloljetnika ili ga sili na rad koji ne odgovara dobi maloljetnika, ili na pretjerani rad, ili na prosjačenje, ili ga iz koristoljublja navodi na vršenje drugih radnji koje su štetne za njegov razvitak. Kvalifikatorne su okolnosti (čl. 101. st. 3. KZH) teško oštećenje zdravlja maloljetnika i odavanje vršenju krivičnih djela, prostituciji ili drugom asocijalnom načinu života. U čl. 101. st. 1. KZH nije se više tražilo da roditelj dijete (odnosno

²⁰ *Singer*, 1967, 497.

²¹ *Singer*, 1967, 497.

²² *Zlatarić*, 1958, 246; slično, za vrijeme dok je na snazi bio KZH, Bačić, Franjo/Šeparović, Zvonimir, *Krivično pravo – posebni dio*, Narodne novine, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1992, 134–135.

²³ *Singer*, 1967, 501–503.

²⁴ *Zlatarić*, 1958, 244–245.

maloljetnika) mora zapustiti, pa je postalo jasno da roditelj koji svoju dužnost grubo zanemaruje odgovara i u slučaju da tu propuštenu dužnost nadomješta drugi roditelj.²⁵ Konfuziju je izazivao subjektivni element u zakonskom opisu („iako je svjesna, ili je mogla i morala biti svjesna, da se time ozbiljno ugrožava“), za koji Šeparović navodi da je „neka kombinacija umišljajno-nehatnog odnosa spram moguće posljedice“.²⁶ Bačić s pravom ističe da se takvom konstrukcijom dovodi u pitanje „princip određenosti zakonskih opisa, kao izraz načela zakonitosti i garantivne funkcije krivičnog zakona“ te da je to „jako neuspjao pravnotehnički način formuliranja krivičnog djela“.²⁷ U to vrijeme disciplinsko kažnjavanje smatra se zlostavljanjem ako „ozbiljno prelazi granice dopuštenog“.²⁸ Kao primjer „drugih radnji“ štetnih za razvoj djeteta Šeparović navodi gatanje, sviranje i pjevanje po ulicama ili lokalima,²⁹ dok kao primjere odavanja asocijalnom životu (u kontekstu kvalificiranog oblika) navodi da su to „različiti oblici parazitskog načina života, skitnja, izbjegavanje rada i školovanja, hazardne igre i sl.“ U odnosu na prijašnje zakonodavstvo značajne je razlike pretrpjelo i zlostavljanje djeteta, koje ne samo što je izdvojeno u zaseban stavak (čl. 101. st. 2. KZH) nego su mu pridodane i druge radnje počinjenja. Osim toga taj je oblik pretvoren u *delictum communium* jer je otpao uvjet da počinitelj može biti samo osoba koja je bila „dužna starati se“ o djetetu koje je zlostavljala. Na taj je način krug mogućih počinitelja radikalno proširen jer se pitanje eventualnog postojanja dužnosti prema zlostavljanom djetetu na razini bića kaznenog djela prestalo postavljati. Time je postalo moguće da počinitelj bude bilo koja punoljetna osoba, pa i dijete (mlađi ili stariji maloljetnik) koje zlostavlja drugo dijete. Prestala je postojati akcesornost između ovog oblika kaznenog djela s normama obiteljskog prava i upravnog prava koje regulira odgoj, obrazovanje i sl., čime je djelo dobilo poprilično širok i fluidan kriminalnopolitički značaj.

U čl. 213. KZ/97 nalazilo se kazneno djelo zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe. U st. 1. brisana je neuobičajena formulacija koju je sadržavao prijašnji zakon („iako je svjesna, ili je mogla i morala biti svjesna, da se time ozbiljno ugrožava njegov odgoj, razvitak ili zdravlje“), čime su otklonjene određene dvojbe o tome što mora obuhvatiti počiniteljeva namjera, odnosno nehaj, te je pojednostavljen zakonski izričaj. Time međutim ovo kazneno djelo nije pretvoreno u delikt apstraktnog ugrožavanja, nego je i dalje nastavilo egzistirati kao delikt konkretnog ugrožavanja; to što je posljedica ugrožavanja

²⁵ Bačić, Šeparović, 1992, 134.

²⁶ Bačić, Šeparović, 1992, 134.

²⁷ Bačić, Franjo, *Nekoliko nestandardnih modela zakonskih opisa krivičnih djela u KZH*, Naša zakonitost 3/1983, 24 i 27.

²⁸ Bačić, Šeparović, 1992, 135.

²⁹ Bačić, Šeparović, 1992, 135.

prestala biti zasebno obilježje kaznenog djela još uvijek ne znači da je radnja počinjenja transformirana u apstraktno ugrožavanje. U doktrini i praksi potpuno je prevladalo stajalište da je u slučaju propuštanja skrbi nad djetetom biće djela dovršeno neovisno o tome što je „brigu preuzeo drugi roditelj ili neko drugo tijelo socijalne skrbi“.³⁰ U st. 2. uvedeni su novi oblici djela („ili je općeopasnim radnjama ili na drugi način izloži pogibelji“). Manje važne izmjene pretrpio je i kvalificirani oblik (st. 3.).

U izvornom je čl. 177. KZ/11 ovo kazneno djelo bilo naslovljeno kao zanemarivanje i zlouporaba djetetovih prava, da bi u noveli iz 2012., koja je stupila na snagu kada i sam zakon, preimenovano u povredu djetetovih prava. Preimenovanje je predlagatelj obrazlagao time što su tim kaznenim djelom „obuhvaćene i situacije psihičkog zlostavljanja djeteta pa je shodno tome i naslov članka izmijenjen“.³¹ To je obrazloženje promašeno jer je zlostavljanje, koje nedvojbeno može biti i psihičko, ranije bilo izrijeком spomenuto u nazivu kaznenog djela. Odabirući tako apstraktan naslov, zakonodavac ga je učinio irrelevantnim za tumačenje zakonskih obilježja djela i određivanje njegova odnosa s drugim kaznenim djelima kojima se povređuju prava djeteta. Ujedno je taj naziv neuspio jer bi iz njega proizlazila i sloboda djeteta da se tim svojim pravom ne posluži, tj. da pristane na zanemarivanje ili zlostavljanje, a tu slobodu dijete, dakako, nema.³² Osim samog naslova u KZ/11 mijenjano je i biće djela. Najvažnija razlika u odnosu na prijašnje zakonodavstvo jest uvođenje generalne klauzule u st. 2. („ili na drugi način grubo povrijedi djetetova prava“). Taj je novitet oslabio jasnoću zakonskog teksta i doveo u pitanje zahtjev određenosti (*nullum crimen sine lege certa*).³³ Uvođenje generalne klauzule i njezin odnos prema djelu iz st. 1. predlagatelj zakona nije ni pokušao obrazložiti, pa *ratio legis* ostaje nepoznat.

³⁰ Turković, Ksenija u: Novoselec, Petar (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2007, 209. Tako i Hirjan, Franjo, Singer, Mladen, *Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002, 302; Bačić, Franjo/Pavlović, Šime, *Komentar Kaznenog zakona*, Organizator, Zagreb, 2004, 746.

³¹ Vlada RH, Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, prosinac 2012., 29.

³² Novi naziv kritiziraju i Cvjetko, Božica, Singer, Mladen, *Kaznenopravna zaštita djece*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2013, 260, tvrdeći da je njime „umanjena kriminalnopreventivna funkcija te norme“.

³³ Za ostale izmjene v. Vlada RH, Konačni prijedlog Kaznenog zakona, listopad 2011., 203–204.

4. GRUBO ZANEMARIVANJE DUŽNOSTI PODIZANJA, ODGOJA I OBRAZOVANJA DJETETA

Djelo iz st. 1. čini roditelj, posvojitelj, skrbnik ili druga osoba koja grubo zanemaruje svoje dužnosti podizanja, odgoja i obrazovanja djeteta. Propisana je kazna zatvora od jedne do tri godine.

Riječ je o kaznenom djelu konkretnog ugrožavanja, što znači da ne mora doći do povređivanja (npr. do izazvane tjelesne ozljede ili duševne smetnje), ali i da nije dovoljno samo apstraktno ugrožavanje. Da je radnja počinjenja opisana samo kao zanemarivanje dužnosti, to bi jasno upućivalo na apstraktno ugrožavanje jer bi se svakim propuštanjem neke od propisanih dužnosti ostvarivala obilježja djela. Zakonodavac međutim traži da zanemarivanje dužnosti bude *grubo* (krupno, ozbiljno, teško), a do zaključka da je dužnost grubo povrijeđena može se doći jedino ako je propust počinitelja doveo do neke posljedice koja u najmanju ruku mora biti konkretno ugrožavanje. U prilog tome govori i historijat djela, osobito čl. 101. st. 1. KZH, u kojem se ugrožavanje izrijeком spominjalo (v. gore, 3.). Od nespretne formulacije koja je u tom propisu upućivala na konkretno ugrožavanje u kasnijim se zakonima odustalo, no to još ne znači da je djelo transformirano u delikt apstraktnog ugrožavanja, kao što se tvrdi u dijelu literature.³⁴ Da je riječ o konkretnom ugrožavanju, smatra i praksa, npr. kada se navodi da „posljedice koje su kod djece nastupile (...) očito pokazuju da je ponašanjem optuženika ugrožen njihov pravilan psihofizički i emotivni razvoj, a optuženik je na tu posljedicu barem pristao“ (VSRH, Kžzd-29/19).

Ovo je pravo kazneno djelo nečinjenja,³⁵ kod kojeg nema mogućnosti ublažavanja kazne na temelju čl. 20. st. 3. Preraste li zanemarivanje u činjenje (zlostavljanje itd.), počinitelj će odgovarati za neko kazneno djelo činjenja, npr. za čl. 177. st. 2. (tako, u kontekstu ondašnjeg zakona, VSRH, I Kž-613/91). Ono je *delictum proprium* jer počinitelj može biti samo onaj tko je povrijedio svoju osobnu dužnost. Budući da sve osobe nemaju jednake dužnosti prema djetetu (npr. djetetov učitelj i roditelj), ne odgovaraju sve jednako, nego svatko odgovara za vlastiti propust u granicama vlastite krivnje. To vrijedi i za slučaj zajedničkih dužnosti kao što je roditeljska skrb: svaki roditelj odgovara za svoje zanemarivanje, no ako oboje zanemaruju dijete na temelju zajedničke odluke, odgovaraju kao supočinitelji. Osobe koje nemaju neku od triju dužnosti iz st. 1. ne mogu biti počinitelji, ali mogu biti poticatelji ili pomagači. Djelo iz st. 1. trajno je kazneno djelo (v. dolje, 7. 3.), koje je formalno dovršeno kada zanemarivanje dosegne intenzitet grubog zanemarivanja, a materijalno kada prestane protupravno stanje.

³⁴ Turković, u: Novoselec (ur.), 2007, 208.

³⁵ Frommel, Monika, u: Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid, Paeffgen, Hans-Ullrich, Saliger, Frank (ur.), *Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2017, § 171., rubni broj 6.

Dužnosti podizanja, odgoja i obrazovanja djeteta uvelike se isprepliću, a obuhvaćaju cijeli spektar konkretnijih dužnosti koje pripadaju pojedinim subjektima. Česta je istodobna povreda više dužnosti, npr. roditelji koji su povrijedili dužnost skrbi o obrazovanju i zdravlju (a time i o podizanju) djeteta (OS u Rijeci, Ksm-52/06)³⁶ ili roditelji koji su u razdoblju od četiri godine propustili voditi brigu o školovanju djeteta te su „uporno odbijali suradnju sa školom ne odazivajući se njihovim pozivima“ (OS u Rijeci, Ksm-205/06).³⁷ Podizanje djeteta isto je što i njegovo zbrinjavanje, što je pojam koji se koristio u prijašnjem zakonodavstvu (čl. 213. st. 1. KZ/97 itd.); doktrina i praksa određuju ga kao „brigu o osnovnim potrebama egzistencije djeteta, o prehrani, njezi, zdravlju, odijevanju, stanovanju itd.“ (npr. ŽS u Šibeniku, Kžzd-27/17).³⁸ Svakako se mora raditi o pravnoj, a ne tek etičkoj dužnosti, no u zakonskom opisu nije specificirano koji sve pravni akti mogu predstavljati izvor tih pravnih dužnosti. To je u prvom redu Obiteljski zakon,³⁹ i to osobito čl. 92.–107., gdje su detaljnije uređene pojedine dužnosti roditelja koje su dio roditeljske skrbi. Relevantni su i drugi obiteljskopравни propisi, npr. Zakon o udomiteljstvu.⁴⁰ To mogu biti i propisi koji uređuju područje predškolskog i školskog odgoja i obrazovanja (npr. Zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju⁴¹ te Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi⁴²), propisi iz područja socijalne skrbi (npr. Zakon o socijalnoj skrbi⁴³) i propisi koji uređuju izvršenje prekršajnih i kaznenih sankcija prema maloljetnicima (npr. Zakon o izvršavanju sankcija izrečenih maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje⁴⁴). Međunarodni ugovori, uključujući Konvenciju UN-a o pravima djeteta, obvezuju ugovorne stranke na poduzimanje određenih mjera i proklamiraju, s većom ili manjom razinom konkretnosti, određena prava djeteta, ali ne uspostavljaju izravno pravne dužnosti fizičkih i pravnih osoba, zbog čega ne mogu predstavljati neposredan izvor dužnosti iz čl. 177. Oni ipak mogu poslužiti pri tumačenju, što vrijedi osobito za čl. 18. st. 1. Konvencije UN-a o pravima djeteta, gdje je propisano

³⁶ Cit. prema Marinović, Dunja, Žarković Palijan, Tija, Kovačević, Dražen, Kovač, Marina, *Kazneno djelo zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe u praksi Općinskog suda u Rijeci*, Policija i sigurnost 4/2010, 444.

³⁷ Cit. prema Marinović, Žarković Palijan, Kovačević, Kovač, 2010, 443.

³⁸ Vrlo slično Singer, 1967, 501; Srzentić, Nikola i dr., *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Savremena administracija, Beograd, 1986, 384; Turković, u: Novoselec (ur.), 2007, 209; Cvjetko, Singer, 2013, 296; Pavlović, Šime *Kazneni zakon*, Libertin naklada, Rijeka, 2015, 816.

³⁹ NN br. 103/15, 98/19, 47/20.

⁴⁰ NN br. 115/18, 18/22.

⁴¹ NN br. 10/97, 107/07, 94/13, 98/19, 57/22.

⁴² NN br. 87/08, 86/09, 92/10, 105/10, 90/11, 5/12, 16/12, 86/12, 126/12, 94/13, 152/14, 07/17, 68/18, 98/19, 64/20.

⁴³ NN br. 18/22, 46/22, 119/22.

⁴⁴ NN br. 133/12.

da roditelji ili zakonski skrbnici snose najveću odgovornost za odgoj i razvoj djeteta. Dužnost može biti zasnovana ne samo zakonom nego i pojedinačnim pravnim aktom, npr. odlukom suda, upravnim aktom ili pravnim poslom, pa tako počiniteljica može biti dadilja koja povređuje svoju dužnost podizanja djeteta zasnovanu na ugovoru sklopljenom s njegovim roditeljima. Dužnost može imati i pravna osoba, pa i ona može biti počinitelj, npr. školska ustanova sukladno čl. 67. Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi; u takvu slučaju za kazneno djelo odgovara i fizička osoba kojoj je bilo povjereno obavljanje konkretne dužnosti, npr. učitelj ili pedagog. Predmet ovog kaznenog djela može biti jedino dužnost koja ima ili je trebala imati stanovitu trajnost,⁴⁵ što znači da su dužnosti kratkotrajne naravi isključene, npr. ako dužnost grubo zanemari član obitelji koji je dijete primio na čuvanje na par sati.

Za ocjenu je li dužnost zanemarena mjerodavni su objektivni standardi, npr. „uvriježena očekivanja roditeljskog ponašanja“, dok „osobno shvaćanje optuženika o tome što je dobro ili nije za njegovu djecu, ovdje nije relevantno“ (VSRH, Kžzd-29/19). Kao i kod ostalih delikata nečinjenja vrijedi da se ni od koga ne može zahtijevati ono što je iznad njegovih mogućnosti (*ultra posse nemo tenetur*). Potrebna je opća, ali i individualna sposobnost za radnju,⁴⁶ zbog čega ne odgovara za zapuštanje „obrazovnog aspekta razvoja ličnosti“ svojeg djeteta majka koja je završila samo osnovnu školu, pa „zbog vlastitog neznanja ne može pomoći oštećenima glede svladavanja njihovih školskih obveza“ (ŽS u Koprivnici, Kžm-2/08). Radnje zanemarivanja moraju se pojedinačno utvrditi, tj. nije dovoljno utvrditi općeniti nedostatak posvećenosti djetetu.⁴⁷ Zanemarivanje je grubo kada od propisanih dužnosti postoje značajna odstupanja,⁴⁸ a je li ta razina dosegnuta u konkretnom slučaju, pitanje je koje se u konačnici svodi na vrijednosnu ocjenu suda. Pritom treba imati u vidu da se *ratio legis* uvođenja atributa „grubo“ u zakonski opis sastoji u ograničavanju kaznenopravne represije, tj. u ideji da je kazneno pravo *ultima ratio*.⁴⁹ Pri ocjeni je li zanemarivanje grubo valja uzeti u obzir i objektivne okolnosti (posljedice, trajanje, jačina, vanjske okolnosti) i subjektivne okolnosti (mržnja, bezobzirnost, egoizam, sadizam i sl.).⁵⁰ I lakše povrede dužnosti mogu prerasti u grubo zanemarivanje ako dugo traju ili se ponavljaju, no kod

⁴⁵ Tako Srzentić i dr., 1986, 387, pozivajući se na odluku VSH, Kzz-25/70. Isto i njemačka literatura, npr. Sternberg-Lieben, Detlev, u: Schönke, Adolf, Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch*, Beck, München, 2019, § 225., rubni broj 7.

⁴⁶ Opširnije o općoj i individualnoj sposobnosti za radnju v. Novoselec, Petar, Martinović, Igor, *Komentar Kaznenog zakona, I. knjiga: Opći dio*, Narodne novine, Zagreb, 2019, 106–107.

⁴⁷ Bosch, Nikolaus, Schittenhelm, Ulrike, u: Schönke, Schröder, 2019, § 171., rubni broj 4.

⁴⁸ Bosch, Schittenhelm, u: Schönke, Schröder, 2019, § 171., rubni broj 4.

⁴⁹ Ritscher, Christian, u: Erb, Volker, Schäfer, Jürgen (ur.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Beck, München, 2021, § 171., rubni broj 9.

⁵⁰ Singer, 1967, 500; Srzentić i dr., 1986, 384.

težih oblika ta razina zanemarivanja može biti dosegnuta vrlo brzo, pa i samo jednom radnjom.⁵¹ U grubo zanemarivanje mogu prerasti i povrede dobrobiti djeteta koje su propisane kao samostalno kazneno djelo, npr. čl. 171., čl. 172., čl. 173. ili čl. 176; stoga majka koja grubo zanemari dijete tako što ga na dulje vrijeme ili trajno napusti odgovara za čl. 177. st. 1., a ne za napuštanje djeteta (tako i VSRH, Kžzd-11/19; slično OS u Zagrebu, Kzm-65/00). Među trima dužnostima navedenima u st. 1. u praksi je najčešće zanemarivanje dužnosti odgoja. Prema jednoj formulaciji, koja je zastupljena i u doktrini i u praksi, „zanemariti odgoj djeteta znači propustiti poduzeti radnje i napore koji su prijeko potrebni za njegov odgoj ili za sprečavanje nastupanja odgojnih devijacija ili svojom nezainteresiranošću omesti odgoj djeteta, odnosno razviti djelovanje koje je posredno ili neposredno usmjereno na ugrožavanje odgoja djeteta“ (ŽS u Bjelovaru, Kžzd-20/16, Izbor odluka 1/2017, 229; vrlo slično ŽS u Šibeniku, Kžzd-27/17).⁵² Primjeri su grubog zanemarivanja dužnosti sljedeći: otac je dopuštao i odobravao da kći u dobi od trinaest godina održava spolne odnose s muškarcima, čime je ugrozio njezin pravilan psihofizički razvoj (VSRH, I Kž-589/19); otac se u razdoblju od četiri godine samo dva ili tri puta susreo s djecom, što je objasnio time što su se on i bivša supruga „malo udaljili“ (ŽS u Splitu, Kžzd-50/17); majka dvije godine nije upisala svoje četvero djece u osnovnu školu, zbog čega je nisu pohađala (ŽS u Bjelovaru, Kžzd-7/16); majka je sinu starom deset godina i kćerki staroj devet godina dopustila da žive u nehygienjskim uvjetima (ostavljala ih bez struje, vode i grijanja) i nije vodila brigu o njihovoj prehrani (ŽS u Zagrebu, Kzm-3/04). Da bi se radilo o grubom zanemarivanju, „nije potrebno nastupanje posljedice u vidu odgojne zapuštenosti, asocijalnog ponašanja ili drugih devijacija“ (VSRH, Kžzd-11/19).

U prijašnjoj je doktrini i praksi bilo zastupljeno stajalište da djelo nije počinjeno ako propuštena dužnost počinitelja ne izazove zapuštenost djeteta, npr. ako je jedan roditelj napustio svaku brigu o svojoj djeci, ali je o njima na odgovarajući način skrbio drugi roditelj ili socijalne službe (v. gore, 3.). Tada je to shvaćanje bilo donekle prihvatljivo s obzirom na zakonsku formulaciju koju je sadržavao Krivični zakonik iz 1951., no prema aktualnom je zakonu dovoljno da počiniteljeva dužnost bude grubo povrijeđena, što je oblik konkretnog ugrožavanja. Stoga je ispravna odluka OS u Zagrebu, Kzm-60/00, prema kojoj ostvaruje obilježja ovog kaznenog djela majka koja ostavi četverogodišnjeg sina nezaposlenom ocu, zbog čega je dijete naposljetku bilo stavljeno pod skrbništvo.⁵³

Kažnjiva je samo namjera, koja podrazumijeva svijest počinitelja o tome da ima dužnost prema konkretnom djetetu. Dovoljna je i laička svijest o sadržaju

⁵¹ Bosch, Schittenhelm, u: Schönke, Schröder, 2019, § 171., rubni broj 4.

⁵² Vrlo slično Singer, 1967, 501.

⁵³ Tako i Turković, u: Novoselec (ur.), 2007, 209.

dužnosti, npr. otac koji zna da i očevi moraju skrbiti o djeci svjestan je svojih dužnosti neovisno o tome što drži da bi se, prema običajima u sredini u kojoj živi, o djetetu primarno trebala brinuti djetetova majka. Ako počinitelj nije svjestan svojeg svojstva, npr. ne zna da je djetetov otac, nalazi se u zabludi o biću djela. Mjerodavno je počiniteljevo znanje o tome da je otac djeteta u pravnom smislu, tj. da ga ocem smatra pravni poredak, pa se ne nalazi u zabludi o biću djela (nego u pravno irelevantnoj zabludi o supsumpciji) počinitelj koji zna da je u ispravama naveden kao otac djeteta, ali pretpostavlja da je biološki otac djeteta netko treći, zbog čega smatra da nije dužan skrbiti o tom „tuđem“ djetetu. Namjera mora obuhvatiti i samu radnju zanemarivanja: tko dijete zanemari iz nehaja, npr. zaboravi ga u automobilu na ljetnim vrućinama, ne odgovara za ovo kazneno djelo, što ne isključuje odgovornost za neko drugo kazneno djelo koje propisuje i nehajnu odgovornost, npr. za prouzročenje smrti iz nehaja. Pri ocjeni je li riječ o namjernom zanemarivanju treba imati u vidu da je riječ o kaznenom djelu konkretnog ugrožavanja, zbog čega je za namjeru dovoljno da je počinitelj bio svjestan da svojim propuštanjem dužnosti ugrožava dijete i da na to ugrožavanje pristaje; tako postupa sud kada utvrđuje da s neizravnom namjerom postupa počiniteljica koja je bila „svjesna da gruba nebriga može ugroziti pravilan razvoj djece i na to je pristala“ (VSRH, Kžzd-11/19). Počinitelj mora biti (makar i laički) svjestan da propušta neku dužnost, ali pritom ne mora znati da to njegovo propuštanje pravni poredak smatra grubim zanemarivanjem.⁵⁴ Namjeru zanemarivanja ne treba miješati s počiniteljevim motivom. Motivi zanemarivanja mogu biti raznoliki, npr. osveta bivšem bračnom drugu, ali ne moraju ni postojati, npr. kada počinitelj zanemaruje dijete zato što je lijen ili neodgovoran ili ga naprosto nije briga za dobrobit djeteta.

5. ZLOSTAVLJANJE DJETETA

Djelo iz st. 2. čini tko zlostavi dijete, ili ga prisili na pretjerani rad ili rad koji ne odgovara njegovoj životnoj dobi, na prosjačenje, ili ga navodi na drugo ponašanje koje je štetno za njegov razvoj, ili na drugi način grubo povrijedi djetetova prava. Propisana je kazna zatvora od jedne do pet godina.

Na samom je početku važno naglasiti da je riječ o trajnom kaznenom djelu. Stoga brojnost radnji počinjenja koje su poduzete u vremenu između započinjanja i završetka protupravnog stanja (npr. višekratno zlostavljanje djeteta) predstavlja otegotnu okolnost, ali ne pretvara trajno kazneno djelo u realni stjecaj niti u produljeno kazneno djelo. To vrijedi i kada je tijekom navedenog razdoblja došlo do kraćih vremenskih prekida, npr. kada je zlostavljač bio od-

⁵⁴ Tako i Sternberg-Lieben, u: Schönke, Schröder, 2019, § 225., rubni broj 15.

sutan pola godine zbog posla.⁵⁵ Budući da je riječ o trajnom kaznenom djelu, ono je materijalno dovršeno prestankom protupravnog stanja. Ovo nije *delictum proprium* kao djelo iz st. 1., nego je *delictum communium*, što znači da počinitelj može biti i osoba koja nema nikakvih posebnih zakonskih dužnosti prema djetetu. Zbog toga za supočiniteljstvo i posredno počiniteljstvo vrijede uobičajena pravila.

Zlostavljanje djeteta prva je primjerično navedena radnja počinjenja, koja je ujedno i najčešća u praksi. Pravno dobro koje se njome povređuje jest tjelesni i duševni integritet djeteta.⁵⁶ Radnja je opisana svršenim glagolom („zlostavi“, a ne „zlostavlja“), čime je zakonodavac naglasio da je i jednokratno zlostavljanje dovoljno da bi djelo bilo dovršeno (tako i VSH, I Kž-978/86).⁵⁷ To međutim još uvijek ne znači da je svako zadiranje u tjelesni integritet djeteta ujedno i zlostavljanje. Svako je tjelesno kažnjavanje djeteta zabranjeno (čl. 94. st. 2. Obiteljskog zakona) i predstavlja nasilje u obitelji (čl. 10. toč. 2. Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji⁵⁸), no u zlostavljanje prerasta samo ono tjelesno kažnjavanje koje ima određeni intenzitet. Okolnost da je počiniteljica kao odgajateljica u vrtiću u „pojedinačnim izdvojenim slučajevima nepedagoškog pristupa“ djetetu disciplinski kažnjavala tako što ih je na kraće vrijeme zatvarala u mračnu prostoriju još uvijek nije dostatna da bi se radilo o zlostavljanju jer bi za to bio nužan „znatan stupanj fizičke ili psihičke neugode“ (VSRH, Kzz-34/06). Zlostavljanje se može definirati kao prouzročenje trajnije ili ponavljane tjelesne boli ili duševne patnje značajnijeg intenziteta,⁵⁹ tj. kao prouzročenje „znatnog stupnja psihičke ili fizičke neugode“ (VSRH, Kzz-30/04; Kzz-34/06; ŽS u Šibeniku, Kžzd-27/17; ŽS u Bjelovaru, Kžzd-12/21; Kžzd-26/21). Dovoljna je i „psihička neugoda“ ako je dovoljnog intenziteta (VSRH, Kžm-28/06). Psihički zlostavlja osmogodišnju kćer otac koji joj šalje SMS poruke u kojima govori neprimjerene stvari o majci, npr. da će mama završiti u zatvoru, da je morao otići jer bi inače morao ubiti mamu i sl., čime je „svjesno i hotimično prouzrokovao znatan stupanj psihičke neugode kod maloljetne kćerke“ (ŽS u Bjelovaru, Kžzd-20/16, Izbor odluka 1/2017, 229). Primjeri su takva zlostavljanja i dulje zatvaranje djeteta u tamnom podrumu ili pobuđivanje smrtnog straha.⁶⁰ Nije zlostavila dijete majka koja ga je jednom prilikom polila hladnom vodom

⁵⁵ Tako i Sternberg-Lieben, u: Schönke, Schröder, 2019, § 225., rubni broj 12.

⁵⁶ Sternberg-Lieben, u: Schönke, Schröder, 2019, § 225., rubni broj 1/2.

⁵⁷ Turković, u: Novoselec (ur.), 2007, 210.

⁵⁸ NN br. 70/17, 126/19, 84/21, 114/22.

⁵⁹ Sternberg-Lieben, u: Schönke, Schröder, 2019, § 225., rubni broj 12. Slično Srzentić i dr., 1986, 385; Šeparović, Zvonimir, Cvitanović, Leo, u: Horvatić, Željko, Šeparović, Zvonimir, *Kazneno pravo – posebni dio*, Masmedia, Zagreb, 1999, 253, naglašavajući da kod zlostavljanja ne mora nastupiti tjelesna ozljeda ili narušenje zdravlja.

⁶⁰ Sternberg-Lieben, u: Schönke, Schröder, 2019, § 225., rubni broj 12, pozivajući se na praksu.

da ga smiri jer to nije „prouzrokovanje znatnog stupnja psihičke i fizičke neugode“ (ŽS u Bjelovaru, Kžzd-26/21). Zlostavljanje je moguće počinuti i nečinjenjem,⁶¹ npr. dugogodišnjim zanemarivanjem djeteta koje prouzroči kod djeteta tjelesne ili duševne posljedice koje bitno nadilaze razinu koja je tipična za grubo zanemarivanje dužnosti opisano u st. 1. Ne poduzme li majka ništa da spriječi daljnje spolno zlostavljanje svoje trinaestogodišnje mentalno zaostale kćeri od strane očuha, iako joj se na to kći pritužila, ona time ne samo da grubo zanemaruje svoje dužnosti iz st. 1. nego i zlostavlja dijete nečinjenjem, zbog čega djelo treba pravno označiti prema st. 2. (odnosno čl. 213. st. 2. KZ/97 kao u odluci VSRH, I Kž-256/01). Djelo je moguće počinuti i poduzimanjem više sukcesivnih radnji koje same za sebe nemaju dovoljnu razinu da bi predstavljale zlostavljanje, no tu razinu dosežu kada se promatraju u ukupnosti.

U praksi se kao zlostavljanje djeteta često označavaju slučajevi tjelesnih napada na druge osobe u prisutnosti djeteta, npr. djed koji pred šestogodišnjom unukom ubada invalida u kolicima odgovara ne samo za pokušaj ubojstva nego i za kazneno djelo iz čl. 177. st. 2. jer je znao da dijete „promatra njegovo grubo i agresivno ponašanje prema oštećenicima“ te je nastavio s takvim ponašanjem „iako zna da to kod djeteta mora izazvati osjećaj izuzetnog straha i nesigurnosti“ (VSRH, Kžzd-34/19); počinitelj koji je pred djetetom ubio njegova djeda i ozlijedio majku, nakon čega je s djetetom raspravljao o tome da li da se ubije ili da pobjegne, odgovara i za djelo iz čl. 177. st. 2. jer je „predmetni događaj visoko traumatizirajući za devetogodišnje dijete“ te je „kod njega izazvao izrazitu psihičku neugodu, na što se optuženik ne obazire“ (VSRH, Kžzd-2/19); počinitelj koji je izazvao strah četverogodišnjeg djeteta time što je višekratno bacao na krevet, davio i udarao izvanbračnu suprugu pristajući na moguće posljedice za psihofizički razvoj djeteta, osim kaznenog djela počinjenog prema majci odgovara i za psihičko zlostavljanje djeteta (VSRH, Kžm-38/16); počinitelj koji je silovao majku pred dvoje djece odgovara i za silovanje i za dva kaznena djela zapuštanja i zlostavljanja djeteta iz čl. 213. KZ/97 (VSRH, I Kž-1069/03).⁶² Žalbeni navod da se ova kaznena djela „ne mogu počinuti na način da se maloljetna djeca izlažu zlostavljanju majke od strane oca“ VSRH (I Kž-754/13) odbacuje prihvaćajući zaključak prvostupanjskog suda „da se takav način postupanja prema jednom roditelju u nazočnosti djece smatra emocionalnim i psihičkim zlostavljanjem djece“.

Zlostavljanje postoji samo kada je počinjeno s namjerom, makar i neizravnom, npr. kada počinitelj višekratno zlostavlja kćer vrijeđanjem i fizičkim nartanjem, uz „pristanak (...) da joj time nanese znatan stupanj fizičke i psihičke

⁶¹ Tako i Srzentić i dr., 1986, 386.

⁶² Opširnije o posljednjem predmetu Novoselec, Petar, *Stjecaj silovanja, zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe i nasilničkog ponašanja u obitelji (sudska praksa)*, HLJKPP 2/2005, 889–892.

neugode“ (VSRH, Kžm-11/13). Namjera zlostavljanja ne podrazumijeva nužno zle pobude jer zlostavljanje može biti i odgojno motivirano. Kada roditelj „kontinuirano grubo fizički kažnjava svoje dijete na način da to objektivno nadilazi u društvu prihvaćene odgojne metode, i time mu zadaje fizičke, a nadasve psihičke patnje, tada postaje irelevantno je li takvo ponašanje optuženika bilo isprovocirano ponašanjem djeteta ili (...) motivirano odgojnim svrhama, jer se niti u jednom od ovih slučajeva takav intenzitet psihičke neugode kod djeteta ne može opravdati“ (VSRH, Kžm-32/08; slično Kžm-3/08). Kada se zlostavljanje djeteta sastoji u tome što prisustvuje nasilju u obitelji, namjerom počinitelja mora biti obuhvaćen ne samo napad na treću osobu nego i zlostavljanje djeteta koje to promatra; obično je to neizravna namjera, npr. muž višekratno maltretira ženu pred njihovim djetetom pristajući da mu time prouzroči duševnu patnju. Počinitelj koji teško fizički kažnjava dijete misleći da kao roditelj ima na to pravo nalazi se u zabludi o protupravnosti, koja će u pravilu biti otklonjiva.⁶³

6. OSTALI OBLICI POVREDE DJETETOVIH PRAVA

6.1. Prisila na pretjerani rad, ili rad koji ne odgovara djetetovoj životnoj dobi, ili na prosjačenje

Ova radnja kvalificirani je oblik kaznenog djela prisile (čl. 138.). Pojam pretjeranog rada i rada koji ne odgovara životnoj dobi djeteta treba tumačiti u skladu s međunarodnim izvorima o pravima djeteta. Konvencija UN-a o pravima djeteta ne zabranjuje svaki dječji rad, nego priznaje „pravo djeteta na zaštitu od ekonomske eksploatacije i rada na poslu koji može biti opasan ili ometati obrazovanje djeteta ili štetiti zdravlju djeteta, odnosno njegovu fizičko-mentalnome, duhovnome, moralnome ili socijalnom razvoju“ (čl. 32. st. 1. Konvencije). Konvencija Međunarodne organizacije rada o zabrani i trenutnim djelovanjima za ukidanje najgorih oblika dječjeg rada u čl. 3. definira pojam „najgorih oblika dječjeg rada“. U te oblike rada ulaze i one djelatnosti kojima se prema hrvatskom pravu ostvaruju teža kaznena djela (ropstvo, trgovanje ljudima, iskorištavanje djece za pornografiju, iskorištavanje djece za pornografske predstave, neovlaštena proizvodnja i promet drogama itd.), ali i „rad koji bi, zbog svoje naravi i okolnosti u kojima se obavlja, mogao štetiti zdravlju, sigurnosti i moralu djece“. Iz navedenoga proizlazi da pri ocjeni je li rad djeteta u konkretnom slučaju pretjeran, odnosno neprimjeren djetetovoj dobi, treba uzeti u obzir ne samo utjecaj tog rada na zdravlje nego i na druge aspekte dobrobiti djeteta. To što je petnaestogodišnjak pomagao ocu oko slaganja drva,

⁶³ Tako i Cvjetko, Singer, 2013, 308.

prekrivanja krovništva i kuhanja hrane svinjama ne predstavlja rad koji je nepri-
mjeren dobi djeteta; „upravo suprotno, pomaganje ocu u obavljanju poslova na
domaćinstvu zapravo ukazuje na to da su kod oštećenika razvijene određene
radne navike“ (ŽS u Koprivnici, Kžm-2/08). Ovo kazneno djelo otpada kao
supsidijarno pred težim kaznenim djelima koja u sebi sadrže obilježje dječjeg
rada, npr. pred ropstvom (čl. 105.), trgovanjem ljudima (čl. 106.), iskorištava-
njem djece za pornografiju (čl. 163.), iskorištavanjem djece za pornografske
predstave (čl. 164.) ili kvalifikatornim oblikom neovlaštene proizvodnje i pro-
meta drogama (čl. 190. st. 3.).

Pojam prosjačenja valja tumačiti onako kako se to čini u svakodnevnom
jeziku, kao obraćanje drugima s ciljem dobivanja milostinje (na ulici, na terasi
ugostiteljskog objekta i sl.). Korištenje dojenčadi i male djece za prosjačenje
(npr. prosjakinja doji dijete na ulici kako bi izazvala samilost prolaznika) ne
predstavlja prisilu na prosjačenje.

6.2. Navođenje djeteta na drugo ponašanje koje je štetno za njegov razvoj

Štetna su za razvoj ponajprije ona ponašanja koja štete tjelesnom zdravlju
djeteta (npr. pušenje, opijanje, prejedanje, nedovoljna ili neprimjerena prehra-
na), ali i duševnom zdravlju te drugim oblicima dobrobiti djeteta (npr. kockanje,
socijalna isključenost, delinkvencija). Je li ponašanje štetno, ovisi i o dobi i dru-
gim osobnim značajkama djeteta (npr. zdravstvenom stanju). Pojam navođenja
obuhvaća nagovaranje, apeliranje, obećanje nagrade i sl. Navođenje mora biti
počinjeno s namjerom, što nije slučaj kada roditelj svojim ponašanjem daje loš
primjer djetetu (npr. pije veće količine alkohola), ali ne želi niti pristaje da te
obrasce ponašanja preuzme dijete. Navede li počinitelj dijete na kazneno djelo,
postoji odgovornost za poticanje ili posredno počiniteljstvo u tom kaznenom dje-
lu; tada je moguć stjecaj čl. 177. st. 2. i sudioništva u tom kaznenom djelu.

U KZ/97 kao sastavni element ovog oblika djela bio je propisan i motiv ko-
ristoljublja, čijim je izostavljanjem u KZ/11 opseg djela znatno proširen. Osim
toga je ispred riječi „ponašanje“ dodana riječ „drugo“, čime se – vjerojatno re-
dakcijskom greškom – prouzročilo to da više nije obuhvaćeno bilo koje navo-
đenje na ponašanje štetno za razvoj djeteta, nego samo navođenje na ponašanje
koje je „drugo“, tj. koje je različito od onoga koje je u zakonu prethodno opisa-
no (pretjerani rad, rad koji ne odgovara djetetovoj životnoj dobi, prosjačenje).
Time je proizveden paradoksalan rezultat da se navođenjem na prekomjeren
ili neprimjeren rad, odnosno navođenjem na prosjačenje, ne ostvaruju obiljež-
ja ovog modaliteta; ipak se i takvi slučajevi navođenja mogu podvesti pod
generalnu klauzulu, zbog čega opisana zakonska izmjena, premda nespretno
provedena, ne dovodi do logički i teleološki neodrživih rezultata.

6.3. Gruba povreda djetetovih prava na drugi način

Ova je generalna klauzula uvedena u zakonodavstvo stupanjem na snagu KZ/11. To je učinjeno „po uzoru na čl. 114.“ tadašnjeg Obiteljskog zakona,⁶⁴ u čijem je st. 2. bilo primjerično navedeno devet slučajeva u kojima će sud roditelja lišiti prava na roditeljsku skrb, dok je u toč. 10. bila sadržana generalna klauzula („na drugi način grubo zlorabi djetetova prava“).⁶⁵ Primjerično su bile navedene sljedeće grube povrede: tjelesno ili duševno nasilje nad djetetom, uključujući izloženost nasilju među odraslim članovima obitelji; spolno iskorištavanje djeteta; izrabljivanje djeteta prisilom na pretjerani rad ili na rad koji nije primjeren njegovoj dobi; dopuštanje uživanja alkoholnih pića, droge ili drugih opojnih sredstava; navođenje djeteta na društveno neprihvatljivo ponašanje; napuštanje djeteta; propuštanje skrbi o djetetu s kojim počinitelj ne živi dulje od tri mjeseca; nestvaranje uvjeta za zajednički život s djetetom s kojim počinitelj ne živi u roku od godine dana, a da za to počinitelj nema osobito opravdan razlog; propuštanje skrbi za osnovne životne potrebe djeteta s kojim počinitelj živi; nepridržavanje mjera koje je radi zaštite prava i dobrobiti djeteta prethodno donijelo nadležno tijelo. Aktualni Obiteljski zakon ne sadrži takvu odredbu, no već sama okolnost da je zakonodavac uzor potražio u odredbi o lišenju prava na roditeljsku skrb važna je za tumačenje ovog oblika kaznenog djela povrede djetetovih prava: ona upućuje na zaključak da „grubom povredom djetetovih prava na drugi način“ treba smatrati samo onu povredu koja je toliko ozbiljna da može predstavljati osnovu za lišenje prava na roditeljsku skrb.

Aktualni Obiteljski zakon u čl. 171. propisuje „posebne pretpostavke za određivanje mjere“ lišenja prava na roditeljsku skrb, u kojoj se odredbi dijelom navode i slučajevi iz nekadašnjeg čl. 114. st. 2., no preklapanje je tek djelomično; razlika je, između ostaloga, i u tome što je čl. 171. lišenje propisano kao fakultativno („može lišiti“), dok je u nekadašnjem čl. 114. st. 2. (u vezi sa st. 1.) bilo propisano kao obligatorno, kao i to što se u sadašnjem čl. 171. navode i slučajevi oduzimanja djeteta koji ne podrazumijevaju bilo kakvu povredu djetetovih prava, npr. slučaj iz toč. 6. („ako su mentalne sposobnosti roditelja u tolikoj mjeri ograničene da nije trajno u stanju ostvarivati niti jedan sadržaj roditeljske skrbi, pri čemu je ugrožena dobrobit djeteta“). Iz toga slijedi da je kao temelj za povijesno i teleološko tumačenje pojma „grube povrede djetetovih prava“ ispravnije uzeti odredbu prijašnjeg čl. 114. st. 2. Obiteljskog zakona negoli sadašnjeg čl. 171.

Od nabrojanih grubih povreda iz obiteljskog zakonodavstva neke predstavljaju samostalno kazneno djelo koje je teže od povrede djetetovih prava: te

⁶⁴ Vlada RH, Konačni prijedlog Kaznenog zakona, listopad 2011., 204.

⁶⁵ NN br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15.

povrede treba pravno označiti prema tom težem propisu, npr. kao spolnu zloporabu djeteta mlađeg od petnaest godina (čl. 158.) ili osobito tešku tjelesnu ozljedu (čl. 119.), pri čemu ta djela mogu biti u stjecaju s čl. 177. st. 2. ako se gruba povreda djetetovih prava ne iscrpljuje u tom težem deliktu. Od ostalih su povreda neke već primjerično navedene u čl. 177. st. 2. (npr. prisila na pretjerani rad ili rad koji ne odgovara životnoj dobi djeteta), pa njihova pravna oznaka nije upitna. Neke su pak povrede propisane kao lakša kaznena djela, npr. roditelj koji se ne pridržava odluke za zaštitu dobrobiti djeteta ostvaruje obilježja kaznenog djela iz čl. 173. st. 1. U takvu slučaju prednost treba dati kaznenom djelu iz čl. 177. st. 2., ali samo pod uvjetom da se povreda u konkretnom slučaju može označiti kao gruba, tj. ako je dovela do lišenja roditeljske skrbi ili bi prema svojoj naravi i intenzitetu, prema ocjeni kaznenog suda, bila dostatna za lišenje prava na roditeljsku skrb. U svakom je slučaju prilikom podvođenja pojedinačnih povreda pod generalnu klauzulu iz čl. 177. st. 2. nužno upotrijebiti restriktivno tumačenje; samo se pod tom pretpostavkom ova, vrlo apstraktna, generalna klauzula može smatrati usklađenom s ustavnim i zakonskim načelom određenosti (*nullum crimen sine lege certa*). Navedena je restriktivnost nužna i u kontekstu razgraničenja grubog zanemarivanja dužnosti iz st. 1. i grube povrede prava iz st. 2.: kao djelo iz st. 2. treba pravno označiti samo one povrede koje su toliko snažne i koje imaju takve posljedice za dijete da su dovoljne i za oduzimanje roditeljske skrbi. Inače bi se, uz primjenu ekstenzivnog tumačenja generalne klauzule iz st. 2., pod tu odredbu mogle podvesti gotovo sve povrede iz st. 1., čime bi bila dovedena u pitanje pravna sigurnost. U tom smislu, ispravno uočava VSRH, Kžzd-25/18, da su u st. 2. sadržane „radnje koje prelaze okvire“ st. 1., pa osuđuje za čl. 177. st. 2. i 4. roditelje koji su, „nakon suočavanja s početnom suspektom teškom malignom bolesti djeteta, koju je nužno i žurno trebalo dijagnostičkim i terapijskim postupcima diferencirati i liječiti“, odbijali liječenje „rukovodeći se svojom laičkom prosudbom o prihvatljivosti liječenja isključivo alternativnim metodama“, čime su „grubo povrijedili pravo djeteta na liječenje“, što je u konačnici dovelo do djetetove smrti.

6.4. Kvalificirani oblici (čl. 177. st. 3. i 4. KZ-a)

Za odavanje prosjačenju, prostituciji ili drugim oblicima društveno neprihvatljivog ponašanja nije dovoljno jednokratno ponašanje, nego je potrebno učestalo ponavljanje (tako, u kontekstu prekršaja odavanja prosjačenju, prekršajni sudovi, npr. Visoki prekršajni sud RH, Jž-2075/17; slično Jž-250/17).⁶⁶ Mora postojati uzročna veza između počiniteljeve radnje i odavanja neprihvat-

⁶⁶ Tako i Cvjetko, Singer, 2013, 315.

ljivom ponašanju; ako roditelj grubo zanemaruje dužnosti, ali se dijete odalo takvom ponašanju neovisno o propustu roditelja, on odgovara za temeljni oblik djela. Djetetovo neprihvatljivo ponašanje mora biti obuhvaćeno namjerom počinitelja, makar i neizravnom. Društveno je neprihvatljivo ponašanje i počinjenje kaznenih djela, npr. kada otac nagovara sina da čini krađe, pa sin postane profesionalni kradljivac; tada postoji stjecaj čl. 177. st. 3. i sudioništva u počinjenom djelu.

Druga je kvalifikatorna okolnost teška tjelesna ozljeda (st. 3.), a najteža je okolnost smrt (st. 4.). Između povrede iz st. 1. ili 2. i težih posljedica mora postojati uzročna veza; nju ne isključuje uzročni doprinos trećih osoba, npr. suodgovornost zdravstvenih ustanova, koje su, prema sudu počinitelja, doprinjele smrti djeteta (VSRH, Kžzd-25/18). Osim toga ozljeda ili smrt mora biti obuhvaćena nehajem počinitelja; ako je obuhvaćena namjerom, počinitelj će odgovarati za kazneno djelo protiv života i tijela, koje će biti u pravom stjecaju s čl. 177. st. 1. ili 2. ako se nepravo ne iscrpljuje u toj namjerno prouzročenoj posljedici. Za djelo iz st. 4. odgovara počiniteljica koja je dvadeset i četiri dana staru kći iz nehaja usmrtila time što je, iako je „kao majka troje djece školskog i vrtićkog uzrasta“ imala „dostatno životno iskustvo i znanje o potrebi posebne skrbi za novorođenčće“, polegla dijete na zajednički madrac umjesto u poseban krevetić, zbog čega se ono ugušilo, čime je „grubo zanemarila svoju dužnost roditeljske skrbi o temeljnoj životnoj potrebi za sigurnim okruženjem novorođenog djeteta“. Ocjeni o grubom zanemarivanju osobito je doprinijelo to što počiniteljica „izbiva iz stana nekoliko sati tijekom noći bez odgovarajuće provjere i brige o sigurnosti novorođenog djeteta“ (VSRH, Kžzd-11/19).

7. STJECAJ

7.1. Homogeni idealni stjecaj

Odgovor na pitanje je li povreda djetetovih prava počinjena prema više djece jedinstveno kazneno djelo ili je riječ o stjecaju onoliko kaznenih djela koliko je oštećene djece ovisi o naravi konkretne dužnosti koja je zanemarena, odnosno prava koje je povrijeđeno. Najčešće je riječ o pravom stjecaju, što znači da je kaznenih djela onoliko koliko je oštećene djece. To osobito vrijedi kada je riječ o zlostavljanju, npr. otac odgovara za četiri kaznena djela iz čl. 213. st. 2. KZ/97 (sada čl. 177. st. 2.) kada zlostavlja četvero djece fizičkim nasiljem, prijetnjama i vrijeđanjem (VSRH, I Kž-419/09); otac odgovara za tri kaznena djela iz čl. 213. st. 2. KZ/97 (sada čl. 177. st. 2.) kada fizički maltretira dvoje djece pred trećim djetetom, koje pak time psihički zlostavlja (ŽS u Osijeku, Kž-350/05). Za dva kaznena djela iz čl. 213. st. 2. KZ/97 (sada čl. 177. st. 2.) počinjena psihičkim zlostavljanjem odgovara srednjoškolski nastavnik

koji je jednoj učenici govorio da ne vjeruje da je djeвица, pitao bi li ga „primila preko reda“ i s koliko je njih spavala te je grlio preko ramena, dok je drugoj učenici govorio da je privlačna, iskusna, sponzoruša i da bi s njom išao „u akciju“, tražio od nje da oblači dekoltirane majice i uske hlače, naslanjao se na njezina ramena itd. (ŽS u Bjelovaru, Kžm-21/12). U slučaju povređivanja dužnosti iz st. 1. prema više djece stjecaj je pravi kada je riječ o individualiziranim dužnostima, tj. o onima koje zasebno postoje prema svakom pojedinom djetetu, kao što je dužnost roditeljske srbi. Stoga za tri djela iz st. 1. odgovara majka koja je grubo zanemarila dužnosti prema troje djece tako što je, „ne mareći o potrebama djece“, „bez da se prethodno uvjeri ili na primjeren način osigura odgovarajuću skrb o djeci“, kao jedini roditelj na dulje od mjesec dana napustila stan u kojem je bila živjela s njih troje te sa svojim bratom i ocem (VSRH, Kžzd-11/19), dok za četiri kaznena djela iz st. 1. odgovara majka koja dvije godine nije upisala svoje četvero djece u osnovnu školu (ŽS u Bjelovaru, Kžzd-7/16). Nasuprot tome, kada je više djece obuhvaćeno jednom zajedničkom dužnošću počinitelja, radit će se o jedinstvenom kaznenom djelu, npr. ako učitelj grubo zanemaruje dužnost odgoja i obrazovanja, koja postoji na temelju istog ugovora o radu, prema većem broju djece iz više razrednih odjela; ako pak djecu zlostavlja, riječ je o pravom stjecaju (jer je pravo svakog djeteta na tjelesnu cjelovitost strogo individualno).

Prividan je stjecaj između kaznenih djela iz st. 1. i 2., npr. ako roditelj godinama ne skrbi na odgovarajući način o prehrani i higijeni djeteta, a u isto ga vrijeme prisiljava na prosjačenje. Točan je stav žalbenog suda da „kazneno djelo iz st. 2. čl. 177. KZ/11 nije kvalificirani oblik kaznenog djela iz st. 1.“, odnosno da su to „dva različita kaznena djela, sa različitim obilježjima“, no pogrešan je zaključak da se kod njih „ne može primijeniti načelo konsumpcije, već se može raditi jedino o stjecaju“ (ŽS u Šibeniku, Kžzd-27/17). Sud ovdje gubi iz vida da je djelo iz st. 1. pravi delikt nečinjenja, koji će kao nekažnjivo prethodno djelo otpasti u prividnom idealnom stjecaju sa st. 2.

7.2. Heterogeni idealni stjecaj

Stjecaj s drugim kaznenim djelima protiv braka, obitelji i djece u pravilu je prividan, a prednost ima čl. 177. st. 1. kao teže kazneno djelo. To uključuje prividni stjecaj s ostavljanjem u teškom položaju bliske osobe (čl. 171.), povredom dužnosti uzdržavanja (čl. 172.), neprovođenjem odluke za zaštitu dobrobiti djeteta i drugih ranjivih skupina ili postupanjem protivno pravilima struke (čl. 173.) i napuštanjem djeteta (čl. 176.). Stjecaj s oduzimanjem djeteta (čl. 174.) ipak je pravi jer se tim kaznenim djelom štite i prava roditelja, odnosno druge osobe kojoj je dijete povjereno. Stjecaj sa seksualnim deliktima je pravi, npr. sa spolnom zlorabom djeteta mlađeg od petnaest godina (VSRH, I Kž-589/19;

Kžzd-5/20), pod uvjetom da povreda djetetovih prava u konkretnom slučaju nadilazi samu spolnu zlouporabu tog djeteta,⁶⁷ npr. ako počinitelj spolno iskorištava dijete i grubo zanemaruje njegovo školovanje. Isto vrijedi i za stjecaj s kaznenim djelima protiv života i tijela: ako se povreda djetetovih prava sastoji isključivo u nanošenju neke tjelesne ozljede, odnosno u prouzročenju smrti, stjecaj je prividan, a prednost ima ono kazneno djelo koje za konkretan slučaj propisuje strožu kaznu, npr. kazneno djelo teške tjelesne ozljede počinjeno prema bliskoj osobi (čl. 118. st. 2.) ili teško ubojstvo djeteta ranjivog zbog dobi (čl. 111. toč. 2.). No ako se povreda djetetovih prava ne iscrpljuje samo u tome, tj. ako sadrži relevantnu razinu neprava i nakon što se izluče počinjena kaznena djela protiv života i tijela, tada postoji pravi stjecaj, npr. stjecaj s ubojstvom ako majka godinu dana grubo zanemaruje dijete, a naposljetku ga odluči usmrtniti tako što ga prestane hraniti. Najčešće je prividan stjecaj djela iz st. 2. s prijetnjom, uvredom i drugim verbalnim deliktima jer oni u pravilu otpadaju kao tipična prateća djela (slično i VSRH, Kžm-47/07, koji navodi da prijetnja otpada jer se radi o konsumpciji zbog „inkluzije pratećeg kaznenog djela“).

7.3. Trajno kazneno djelo, realni stjecaj i produljeno kazneno djelo

S obzirom na to da je riječ o trajnom kaznenom djelu, počinitelj koji zanemaruje, odnosno zlostavlja dijete tijekom duljeg vremenskog razdoblja odgovara za jedno kazneno djelo, a ne za realni stjecaj niti za produljeno kazneno djelo.⁶⁸ Otac koji godinama zlostavlja troje djece (tuče ih, viče na njih, uništava njihove stvari, izbacuje ih na hladnoću, uskraćuje im hranu i grijanje, odbija ih odvesti liječniku, pred njima tuče njihovu majku itd.) odgovara za tri kaznena djela iz čl. 213. st. 2. KZ/97 (sada čl. 177. st. 2.), tj. za onoliko kaznenih djela koliko je djece, pri čemu nijedno od tih djela nije produljeno. To vrijedi i kada je tijekom tog razdoblja došlo do kraćih vremenskih prekida u kojima počinitelj ne povređuje djetetova prava. Ako je pak prekid bio trajnije naravi, u mjeri da su prestali objektivni i subjektivni sjedinjujući elementi između više pojedinačnih povreda, radit će se o realnom stjecaju, koji se može pravno označiti kao produljeno kazneno djelo ako su zadovoljene pretpostavke iz čl. 52. U tom je kontekstu sud ocijenio da je prekid u nasilnom ponašanju u trajanju od osam mjeseci dovoljno dug da bi se počiniteljevo ponašanje označilo kao produljeno (a ne kao standardno trajno) kazneno djelo, pri čemu su sjedinjujući elementi ipak bili dovoljno snažni da bi se odbacio žalbeni navod tužitelja da počinitelja

⁶⁷ Tako i Zlatarić, 1958, 245–246. Da stjecaj ne mora biti prividan, smatra i Rittossa, Dalida, *Seksualni delikti na štetu djece*, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i MUP RH, Zagreb, 2007, 128–129.

⁶⁸ Tako i Bosch, Schittenhelm, u: Schönke, Schröder, 2019, § 171., rubni broj 12.

treba osuditi za dva kaznena djela u realnom stjecaju (VSRH, Kžm-15/15). Kada se u istom vremenskom razdoblju prema troje djece čine i radnje iz st. 1. (grubo zanemarivanje roditeljske dužnosti) i radnje iz st. 2. (zlostavljanje), riječ je o stjecaju tri kaznena djela iz st. 2., a ne o stjecaju ukupno šest kaznenih djela (tri iz st. 1. i tri iz st. 2.); to je pravilno uočio VSRH, Kžm-3/08, ali je nepravilno ta tri kaznena djela označio kao produljena kaznena djela. Iako upornost u činjenju ne pretvara ovo kazneno djelo u produljeno kazneno djelo, to je svakako otegotna okolnost (VSRH, I Kž-606/09; ŽS u Splitu, Kžzd-75/20).

8. KAZNENI PROGON POČINITELJA POVREDE DJETETOVIH PRAVA KOJI JE VEĆ OSUĐEN ZA PREKRŠAJ: NAČELO *NE BIS IN IDEM* I POZITIVNE OBVEZE DRŽAVE

8.1. Uvodno o povijesnim modelima odnosa kaznenog i prekršajnog postupka te promjenama u praksi Europskog suda za ljudska prava

Nasilje u obitelji, uključujući i nasilje prema djeci, čest je predmet prekršajnih postupaka u kojima se ti događaji razmatraju kroz prizmu prekršajnih odredaba Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji. Prije nego što je ESLJP donio presude *Maresti protiv Hrvatske* od 25. VI. 2009. i *Tomasović protiv Hrvatske* od 18. X. 2011., u hrvatskoj doktrini i praksi nije bilo sporno da je u takvim slučajevima moguće pokretanje i vođenje kaznenog postupka i nakon što je okrivljenik već pravomoćno osuđen za prekršaj čiji se činjenični opis u određenoj mjeri „preklapa“ s kaznenom optužbom. Smatralo se da načelo *ne bis in idem* za takve slučajeve ne vrijedi jer se ne radi o istoj vrsti postupaka. To što je ipak riječ o istim djelima (*idem factum*) valoriziralo se pri odmjeravanju kazne u kaznenom postupku, i to na temelju odredbe koja je propisivala da se kazna za prekršaj „uračunava (...) u kaznu za kazneno djelo ako opis tog djela odgovara prekršaju zbog kojeg je izrečena kazna“ (čl. 63. st. 2. KZ/97).

To što je prije presude *Maresti protiv Hrvatske* dualitet prekršajnog i kaznenog postupka bio uobičajen u praksi, pa i zakonom reguliran, nije bilo odraz represivnih tendencija zakonodavca, nego logičan ishod sustavnih legistativnih odabira još od uspostave trodiobe delikata na zločine, prijestupe i prekršaje. U tom kontekstu § 437. Kaznenog postupnika iz 1875. propisivao je: „Ako je tko osuđen bio zarad kakova prekršaja, pak kašnje izidju na vidjelo takove okolnosti, koje pokazuju, da je kažnjivo djelo, pronadjeno prekršajem, bilo zločinstvo ili prestupak, imadu se uporabljati propisi, dani za slučaj obnove postupka kaznenoga.“ To je bila obnova kaznenog postupka na štetu okrivljenika „u svrhu da se čin, poradi kojega je obtuženik osuđen bio, prosudi po strožijem kaznenom zakonu“ (§ 297.). Nakon što je donošenjem Krivičnog

zakonika i Zakonika o sudskom krivičnom postupku iz 1929. ukinuta trodioba kažnjivih djela na zločine, prijestupe i prekršaje, a prekršaji (tj. istupi) prepusteni upravnopravnoj domeni, prekršajno materijalno i procesno pravo prestali su biti dijelom kaznenopravnog sustava, čime je, dakako, prestala i mogućnost obnove kaznenog postupka u gore opisanom primjeru. Međutim time nije dokinuta mogućnost konsekutivnog vođenja prekršajnog i kaznenog postupka za isto djelo, nego je prekršajno pravo „dekriminalizirano“, pa se u međuodnosu prekršajnog i kaznenog postupka prestalo primjenjivati načelo *ne bis in idem*, čime je mogućnost usporednog ili konsekutivnog vođenja prekršajnog i kaznenog postupka postala nesporna. Izdvajanjem prekršaja iz sustava kažnjivih djela započelo je njihovo „posebno, nekriminalno tretiranje“,⁶⁹ što znači da je u slučaju dvostrukog vođenja prekršajnog i kaznenog postupka samo potonjem priznata punitivna narav. Stoga je bilo logično prekršajnu i kaznenu odgovornost ocjenjivati „odvojeno i nezavisno jedno od drugog“,⁷⁰ kao što je slučaj u mnogim europskim državama. Primjerice takav paralelizam i dalje postoji u Austriji, koja je kaznenopravnom reformom iz 1974./75. napustila trihotomiju kaznenih delikata, koju je bila uvela još 1852. Zakonom o zločinima, prijestupima i prekršajima, te je prekršaje prepustila tzv. kaznenom upravnom pravu (*Verwaltungsstrafrecht*), s mogućnošću dualiteta postupaka. Ta je zamisao izdržala pritisak recentne prakse ESLJP-a, a austrijski je Ustavni sud još 2009., referirajući se na slučajeve *Zolotuhin* (eng. *Zolotukhin*) protiv Rusije od 10. II. 2009. i *Oliveira protiv Švicarske* od 30. VII. 1998., zaključio da postoji „fundamentalna usklađenost postojećeg sustava odvojenosti kaznenog prava i kaznenog upravnog prava u Austriji s EKLJP-om“ te da zato „nema potrebe za potpunim preustrojem“ sustava delikata.⁷¹

Nasuprot tome nekritičkom recepcijom presuda *Maresti* i *Tomasović* u hrvatskom su pravnom sustavu poništena višedesetljetna zakonodavna nastojanja da se prekršaji i njihovi počinitelji isključe iz kaznenopravnog sustava. Vraćanjem prekršajnog prava pod okrilje kaznenog prava u širem smislu formalno su ojačana procesna prava okrivljenika, ali su izazvani sistemski problemi na koje hrvatski kaznenopravni sustav, koji je počivao na premisi da prekršajno pravo nije dio kaznenog prava, nije bio posve spreman. Jedini zakonodavni pokušaj prilagodbe novonastaloj situaciji bilo je brisanje odredbe o uračunavanju kazne izrečene u prekršajnom postupku, čime se htjela normativno uobličiti ideja da će potreba za dualitetom postupaka, a time i za uračunavanjem, prestati kada se prekršaji i kaznena djela bolje razgraniče i poboljša koordinacija ovlaštenih tužitelja u prekršajnom postupku s državnim odvjetnikom. Te su

⁶⁹ Bačić, Franjo, *Kazneno pravo – opći dio*, Informator, Zagreb, 1998, 131.

⁷⁰ Vučković, Milorad, Ocokoljić, Negoslav, *Osnovni zakon o prekršajima sa komentarom*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951, 7.

⁷¹ Verfassungsgerichtshof (VfGH), B559/08 od 2. VII. 2009.

zamisli međutim unaprijed bile osuđene na propast jer je, i uz najbolju volju i najminuciozniji zakonodavni rad, nemoguće propisati takve zakonske opise koji bi *a priori* bili međusobno „razgraničeni“. U takvoj bi hipotetskoj pravnoj realnosti institut idealnog stjecaja prestao postojati jer ne bi bilo moguće jednom radnjom ostvariti obilježja više delikata, što je nezamislivo. Jednako tako, navedena se problematika ne može razriješiti ni najboljom mogućom koordinacijom policije i državnog odvjetnika jer uvijek postoji mogućnost da se prvotna pravna oznaka djela kasnije pokaže promašenom, npr. zbog novih dokaza.

Nesnalaženje hrvatskog zakonodavstva i prakse u prvim je godinama nakon presuda *Maresti* i *Tomasović* dovelo do masovnih obustava kaznenih postupaka i odbijajućih presuda na temelju radikalnog shvaćanja načela *ne bis in idem*, zbog čega su i osude za vrlo lake prekršaje eksculpirale počinitelja odgovornosti za kazneno djelo koje je, u potpunosti ili dijelom, vremenski koincidiralo s presuđenim prekršajem.⁷² U sljedećem je stadiju međutim hrvatska praksa počela primjenjivati fleksibilniji stav te je ponovno počela dopuštati pokretanje i vođenje kaznenog postupka i nakon okončanog prekršajnog postupka, što je obrazloženo na različite načine.⁷³

Nakon presude *A. i B. protiv Norveške* od 15. XI. 2016.⁷⁴ ESLJP je u nekoliko postupaka protiv RH trasirao put „postmarestijevskom“ shvaćanju načela *ne bis in idem*. Njima nije doveden u pitanje kriterij *Engel*, sukladno kojem je i prekršajni postupak u konvencijskom smislu optužba za kazneno djelo, a nastavljena je i primjena kriterija *Zolotuhin* u pogledu pitanja što je to *idem*, tj. i dalje se smatra mjerodavnim je li predmet prekršajnog i kaznenog postupka bilo isto djelo u činjeničnom smislu (isti povijesni događaj), a ne je li predmet tih postupaka bila ista pravna kvalifikacija.⁷⁵ Drugačije stoje stvari u pogledu elementa *bis*, koji je doživio značajnu evoluciju u odnosu na poimanje koje se očitivalo u presudama *Maresti* i *Tomasović*.⁷⁶ Prva je među tim presudama

⁷² Za primjere v. Martinović, Igor, *Načelo ne bis in idem nakon presude A. i B. protiv Norveške: mogućnost kaznenog progona za djelo o kojem je već odlučeno u prekršajnom postupku*, HLJKZP 2/2019, 611–612; Ivičević Karas, Elizabeta, Kos, Damir, *Primjena načela ne bis in idem u hrvatskom kaznenom pravu*, HLJKPP 2/2012, 566–576. Za manifestacije presude *Maresti* na odnos između prekršaja i upravnih mjera v. Bonačić, Marin, Tomašić, Tomislav, *Implementacija standarda Europskog suda za ljudska prava u hrvatskom prekršajnom pravu i praksi*, HLJKZP 2/2017, 402–404; Josipović, Ivo, Novak Hrgović, Karmen, *Načelo ne bis in idem u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava*, HLJKZP 2/2016, 497–505.

⁷³ Martinović, 2019, 613–615.

⁷⁴ Opširnije o značenju i sadržaju te presude v. Martinović, 2019, 600–602.

⁷⁵ Za prikaz spomenutih dvaju kriterija i najvažnije prakse ESLJP-a i Europskog suda pravde u vezi s načelom *ne bis in idem*, zaključno s 2014., v. Ivičević Karas, Elizabeta, *Načelo ne bis in idem u europskom kaznenom pravu*, HLJKPP 2/2014, 271–293.

⁷⁶ Za kritiku shvaćanja elementa *bis* u presudi *A. i B. protiv Norveške* v. Burić, Zoran, *Načelo ne bis in idem iz europske perspektive*, u: Bejatović, Stanko, Novaković, Nataša (ur.),

Bajčić protiv Hrvatske od 8. X. 2020., gdje je ESLJP ocijenio da pokretanjem kaznenog postupka u slučaju prometne nesreće za čije je izazivanje počinitelj već osuđen u prekršajnom postupku nije povrijeđeno načelo *ne bis in idem*. Unatoč tome što činjenični opis sadržan u pravomoćnom prekršajnom nalogu, za razliku od kaznene optužbe, nije sadržavao smrtnu posljedicu, Sud je ocijenio da se u oba postupka radilo o istom djelu, što pokazuje da je u pogledu opstojnosti elementa *idem* ključno je li riječ o istom povijesnom događaju, a ne kojim je riječima taj događaj opisan u optužnom aktu odnosno presudi. Ocjenjujući je li povrijeđen element *bis*, ESLJP je, u skladu sa standardima proklamiranim u presudi *A. i B. protiv Norveške*, utvrđivao postoji li između prekršajnog i kaznenog postupka „dovoljno bliska povezanost u naravi i vremenu“.⁷⁷ Zaključio je da su u predmetnom slučaju prekršajni i kazneni postupak činili koherentnu cjelinu te da su kao takvi predstavljali dio integriranog sustava sankcija prema hrvatskom pravu. Prema mišljenju Suda, „podnositelj ne bi bio kažnjen za cjelokupno svoje postupanje, uzimajući u obzir sve činjenice i ukupnu razinu njegove krivnje“ kada „kaznenom sudu ne bi bilo dopušteno osuditi podnositelja za teže djelo, koje uključuje činjenice za koje nije bio, i nije mogao biti osuđen u prekršajnom postupku“ (§ 38.).

8.2. Presuda *Galović protiv Hrvatske* i novi trendovi u zaštiti djece u kontekstu pozitivnih obveza države

Presudom u predmetu *Bajčić* ESLJP je, pod stanovitim pretpostavkama, odobrio dualitet prekršajnog i kaznenog postupka. Navedeni je smjer promišljanja potvrđen i presudom *Galović protiv Hrvatske* od 31. VIII. 2021., koja je indikativna u pogledu razjašnjenja elemenata *idem* i *bis* u slučajevima nasilja prema djeci i općenito nasilja u obitelji. U tom je slučaju podnositelj bio više puta osuđivan za prekršaje nasilja u obitelji, da bi zatim bio optužen, pa osuđen za četiri kaznena djela nasilničkog ponašanja u obitelji (čl. 215.a KZ/97) i jedno kazneno djelo zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe (čl. 213. KZ/97). Nakon što je primjenom kriterija *Engel* ocijenio da su i prekršajni postupci imali kaznenu narav, strazburški je sud analizirao ima li među spomenutim osudama takvih koje se odnose na isto djelo (*idem*). Pritom je jedan nasilni događaj prvo presuđen kao prekršaj, a potom implicite uključen u kazneni postupak (jer nije bio izrijeком spomenut u činjeničnom opisu kaznene

Načelo *ne bis in idem* i pravna sigurnost građana, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2022, 125–127, koji smatra da je time „ravnoteža moći u srazu između države i pojedinca opet (...) prevagnula na stranu države, a jednom jasni kriteriji za primjenu načela *ne bis in idem* ponovno su zamućeni“.

⁷⁷ Opširnije o tom elementu Martinović, 2019, 601–602.

optužbe i presude, ali se dogodio tijekom razdoblja na koje se taj činjenični opis odnosi), dok je drugi nasilni događaj koji je prethodno bio presuđen kao prekršaj, štoviše, bio i eksplicite spomenut u činjeničnom opisu kaznene optužbe i presude. ESLJP je na taj slučaj primijenio kriterij uspostavljen u presudi *Zolotuhin* te je utvrdio da su činjenice koje su bile predmet naknadnog kaznenog postupka „dijelom identične“ činjenicama koje su bile predmet prethodno okončanih prekršajnih postupaka, i to kako u pogledu događaja koji je izriječno bio spomenut u kaznenoj presudi tako i u pogledu događaja koji je bio samo implicite uključen. Iz toga slijedi da, kao ni u presudi *Bajčić*, Sud ni ovdje nije pojam djela učinio ovisnim o tome kako su pojedine događaje činjenično opisala državna tijela, nego je mjerodavnim smatrao to što je riječ o istom povijesnom događaju.⁷⁸ U pogledu elementa *bis* ESLJP je razmatrao postoji li bliska povezanost postupaka u naravi i vremenu te je u konačnici zaključio da je ona bila dovoljna. Kao pokazatelj povezanosti dvaju postupaka Sud je naročito cijenio to što je kazneni sud „imao u vidu“ (*took note of*) sve mjerodavne prekršajne presude, kao i to što su, u određenoj mjeri, prikupljeni i cijenjani isti dokazi, kada je riječ o ispravama (zapisnik o utvrđivanju prisutnosti al-

⁷⁸ U domaćoj je literaturi i praksi nakon presude *Maresti* bio raširen stav da se „jedan u osnovi jedinstveni događaj, koji započinje kao remećenje javnog reda i mira, a završava kao teška tjelesna ozljeda, može vremenski i sadržajno podijeliti na dvije zasebne cjeline, dva različita činjenična stanja, jedno u prekršajnom, a drugo u kaznenom postupku“, čime bi se navodno spriječila povreda načela *ne bis in idem* (Novosel, Dragan, Rašo, Marko, Burić, Zoran, *Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske*, HLJKPP 2/2010, 793). Kada bi se takav stav prihvatio, bilo bi moguće „razdvojiti“ činjenice istog povijesnog događaja, pa okrivljeniku najprije suditi za jedno kazneno djelo, a nakon okončanja tog postupka i za drugo kazneno djelo, koje je s prvim u idealnom stjecaju, što bi bilo protivno smislu materijalne pravomoćnosti, i to ne samo s aspekta procesne ekonomičnosti nego i iz perspektive zaštite okrivljenika od reaktivacije kaznenog postupka uz pomoć „kreativnosti“ tužitelja pri oblikovanju činjeničnog opisa djela i njegove pravne oznake. Pravomoćne odluke koje bi se mogle dovoditi u pitanje optužnim aktima za isti događaj s izmijenjenim činjeničnim opisom sličile bi na nekadašnje odluke kojima se okrivljenik otpušta od suđenja (*absolutio ab instantia*), koje su neprihvatljivima činili „obziri prema okrivljeniku kao čovjeku, dakle razlozi humanosti“ (Bayer, Vladimir, *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja*, Knjiga II., MUP RH, Zagreb, 1995, 118). Stoga pojam djela, koji je temelj elementa *idem*, treba shvatiti onako kako to čine i domaća i komparativna kaznenopravna teorija, kao „vremenom, prostorom i sudionicima određeni događaj u stvarnosti“ (Krapac, Davor, *Kazneno procesno pravo*. Prva knjiga: Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2020, 88), a ne kao ovaj ili onaj činjenični opis na način kako je uobličen i stiliziran u određenom optužnom aktu ili sudskoj odluci. U tom smislu Vasiljević navodi da je djelo „isto ako je isti historijski događaj (...) i ostaje isto i ako se jave neke razlike u konkretnom biću dela u pogledu vremena, mesta, sredstva i sl. na taj način što će se neke činjenice oduzeti ili dodati“, dok je djelo „drugo ako su razlike takve da se javlja kao sasvim drugi historijski događaj“ (Vasiljević, Tihomir, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Zavod za izdavanje udžbenika SR Srbije, Beograd, 1971, 662).

kohola u krvi itd.), dok se dvostrukost ispitivanja istih svjedoka nije smatrala protivnom uvjetu bliske povezanosti, nego se promatrala u svjetlu zaštite prava okrivljenika u provedenim postupcima (§ 120.). Ne ulazeći u pojedinosti analize elementa *bis*, valja istaknuti da je Sud svoja promišljanja proširio i izvan gabarita konkretnog predmeta navodeći da je „hrvatsko zakonodavstvo (...) odlučilo urediti društveno nepoželjno (...) nasilno ponašanje prema članovima obitelji kao integrirani dvojni postupak (*integrated dual process*)“ (§ 117.), a taj dualitet predstavlja „komplementaran odgovor“ na nasilno ponašanje (§ 118.). Time je sud i na načelnoj razini odobrio model odnosa prekršajnog i kaznenog postupka u kojem je, s aspekta generalne i specijalne prevencije, dvostrukost postupaka katkad neumitna. U prilog tvrdnji da hrvatsko pravosuđe nije povrijedilo zabranu dvostrukog suđenja ESLJP je naveo i to što je kazneni sud uračunao (*deducted from his sentence*) kaznu koja je bila izrečena u prekršajnom postupku (§ 121.). Treba napomenuti da je u predmetnom kaznenom postupku uračunavanje izvršeno u izreci presude, na temelju tadašnjeg čl. 63. st. 2. KZ/97, dok je danas, budući da je ta odredba, nažalost, brisana iz KZ/11, uračunavanje moguće učiniti jedino „neformalnijim“ i „zaobilaznim“ putem, tako da se u obrazloženju presude navede da je pri odmjeravanju kazne uzeto u obzir i to što je počinitelju već bila izrečena kazna u prekršajnom postupku.

Pri analizi elementa *bis* Sud je učinio i kratku, ali dalekosežnu digresiju. Naglasio je naime da države „imaju pozitivnu obvezu sukladno čl. 3. i 8. Konvencije osigurati i održavati adekvatan pravni okvir koji pruža zaštitu od obiteljskog nasilja“ (§ 114.), što podrazumijeva i to da sankcije za nasilje u obitelji moraju biti djelotvorne, razmjerne i odvrćajuće.⁷⁹ Mišljenje je Suda da hrvatsko zakonodavstvo pruža mogućnost da se slučajevi nasilja sankcioniraju na odgovarajući način, pa i uz dualitet prekršajnog i kaznenog postupka, od kojih prvi osigurava promptnu reakciju i usmjeren je na pojedini nasilni čin (*incident-focused*) (§ 117.), dok drugi omogućava primjereno sankcioniranje nasilja koje dosegne određenu razinu ozbiljnosti (*the threshold of seriousness*) (§ 111.).⁸⁰

⁷⁹ Sud se pritom pozvao i na predmet *Ž. B. protiv Hrvatske* od 11. VII. 2017., gdje je bila utvrđena povreda pozitivnih obveza iz čl. 8. EKLJP-a. Ta odluka neće se detaljnije prikazivati jer je specifično vezana za okolnost da nakon stupanja na snagu KZ/11 u jednom razdoblju nije postojalo samostalno kazneno djelo nasilja u obitelji, zbog čega su sudovi – često i pogrešno – zaključivali da izostaje pravni kontinuitet, slijedom čega bi obustavljali kazneni postupak.

⁸⁰ Nasuprot tome u presudi *Urh protiv Hrvatske* od 13. I. 2022. ESLJP je ocijenio da je čl. 4. Protokola 7 bio povrijeđen u slučaju u kojem je podnositelj za isti događaj (udaranje na javnom mjestu) bio prvo osuđen za prekršaj protiv javnog reda i mira na novčanu kaznu, a potom i za kazneno djelo tjelesne ozljede na uvjetnu osudu. Ne ulazeći u podrobija obrazlaganja, Sud je istaknuo da „ne smatra da se vođenjem tih dvaju postupaka nastojalo ostvariti komplementarne svrhe“. Navedena bi se odluka teorijski mogla opravdati time što je, u konkretnom slučaju, prekršajnom osudom već bilo konzumirano cjelokupno relevantno nepravno.

Doktrina pozitivnih obveza u području zaštite djece od zlostavljanja s vremenom poprima sve veće značenje u praksi ESLJP-a, pri čemu u praktičnom smislu najveće značenje ima judikatura razvijena u okviru čl. 3. EKLJP-a kako u pogledu supstancijalne obveze države da pruži odgovarajuću zaštitu od nasilja tako i u kontekstu proceduralne obveze učinkovite istrage u tim slučajevima.⁸¹ To vrijedi za različite oblike nasilja prema djetetu, uključujući seksualno (koje se u pravilu ne podvodi pod kazneno djelo iz čl. 177. KZ-a), ali i tjelesno nasilje, uključujući nasilje u obitelji, školi ili predškolskoj ustanovi⁸² itd. Tu ulaze i slučajevi tjelesnog kažnjavanja (od strane roditelja, učitelja itd.) pod uvjetom da dosižu razinu intenziteta koja je potrebna za utvrđenje povrede iz čl. 3. EKLJP-a,⁸³ pa i psihičkog nasilja.⁸⁴ Pri razmatranju supstancijalnih obveza države Sud naročito uzima u obzir to što su djeca ranjive osobe, zbog čega imaju osobito pravo na zaštitu države, u obliku učinkovitog odvracanja, od ozbiljnih narušavanja osobnog integriteta.⁸⁵

S obzirom na navedene tendencije nije teško zamisliti da bi u budućnosti Sud mogao utvrditi povredu obiju pozitivnih obveza, ili barem proceduralne obveze iz čl. 3. EKLJP-a, ako bi domaća tijela kaznenog progona, na tragu radikalnog shvaćanja koje je bilo zastupljeno nakon presude *Maresti*, bila suviše „široke ruke“ prema okrivljenicima za zlostavljanje djeteta pri primjeni načela

⁸¹ Za supstancijalnu i proceduralnu obvezu u okviru čl. 3. u slučajevima tjelesnog zlostavljanja djece v. *Z. i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 10. V. 2001.; *E. i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 26. XI. 2002.; *E. S. i dr. protiv Slovačke* od 15. IX. 2009.; *D. P. protiv Litve* od 22. X. 2013.; *Talpis protiv Italije* od 2. III. 2017.; *V. K. protiv Rusije* od 7. III. 2017.; *D. M. D. protiv Rumunjske* od 3. X. 2017.; *Association Innocence en Danger protiv Francuske i Association Enfance et Partage protiv Francuske* od 4. VI. 2020.; *De Giorgio protiv Italije* od 16. VI. 2022. Često se radi o povredama obveza koje obuhvaćaju i supstancijalni i proceduralni aspekt. Osim obveza iz čl. 3. u predmetima koji se tiču zaštite djece pronađene su i povrede obveza iz čl. 2., 4. i 8., npr. povreda pozitivnih obveza iz čl. 8. utvrđena u presudi *F. O. protiv Hrvatske* od 22. IV. 2021., u predmetu koji se ticao uznemiravanja od strane profesora u srednjoj školi. Opširnije o pozitivnim obvezama u kontekstu čl. 3. EKLJP-a v. Pleić, Marija, *Zabrana mučenja u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske i praksu Ustavnog suda RH*, HLJKZP 2/2016, 255–256 i 271–277. Za pozitivnu obvezu provođenja učinkovite istrage v. Đurđević, Zlata, *Pravo na učinkovitu istragu u kaznenim predmetima: analiza hrvatske prakse i prava*, u: Krapac, Davor (ur.), *Profil hrvatskog kaznenog zakonodavstva*, HAZU, Zagreb, 2014, 105–149; Novokmet, Ante, Sršen, Zoran, *Neučinkoviti kazneni postupak pred sudovima – implementacija presuda Europskog suda za ljudska prava*, HLJKZP 2/2017, 293–334. O tim i ostalim pozitivnim obvezama opširnije Batistić Kos, Vesna, *Pozitivne obveze prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine, Zagreb, 2012.

⁸² *V. K. protiv Rusije* od 7. III. 2017.

⁸³ *V. npr. A protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 23. IX. 1998.

⁸⁴ *Z. i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 10. V. 2001.; *E. i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 26. XI. 2002.

⁸⁵ *A. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 23. IX. 1998., § 22.

ne bis in idem. Na tom je tragu, doduše u nešto drugačijem kontekstu i nevezano za doseg ovog načela, u presudi *M. i M. protiv Hrvatske* od 3. IX. 2015. istaknuto da je proceduralna obveza iz čl. 3. EKLJP-a povrijeđena ne samo time što je kazneni postupak predugo trajao nego i zato što su „domaće vlasti odlučile progoniti samo (...) jedan u nizu nasilnih čina protiv prve podnositeljice umjesto optuživanja njezina oca i za kaznena djela ili prekršaje kojima se mogu obuhvatiti svi slučajevi maltretiranja koje je navodno pretrpjela (...), što bi omogućilo tim vlastima da situaciju sagledaju u cjelini“ (§ 145.). Štoviše, upravo je blagonaklonost u primjeni zabrane dvostrukog suđenja dovela do utvrđene povrede proceduralne obveze iz čl. 3. EKLJP-a u presudi *Sabalić protiv Hrvatske* od 14. I. 2021., gdje je Sud, u kontekstu homofobno motiviranog zlostavljanja, istaknuo da „nacionalni sudovi ni u kojem slučaju ne bi smjeli biti spremni dopustiti da teški napadi na tjelesni i moralni integritet prođu nekažnjeno ili da teška kaznena djela budu kažnjena pretjerano blagim kaznama“ (§ 97.), a upravo se to dogodilo u spomenutom slučaju jer nije proveden kazneni postupak, nego je u prekršajnom postupku, u kojem se nije razmatralo obilježje zločina iz mržnje, počinitelju „izrečena zanemariva novčana kazna“, koja je bila „očigledno nerazmjerna težini zlostavljanja“ (§ 108.–110.). Replicirajući tvrdnji Vlade da su državno odvjetništvo i sudovi upravo zbog prakse ESLJP-a u predmetu *Maresti* primijenili načelo *ne bis in idem*, Sud je naveo da je, čak i pod cijenu da se prihvate takva tumačenja, svejedno bilo nužno provesti učinkovitu istragu, za što je kao temelj mogao poslužiti i čl. 4. st. 2. Protokola 7, u kojem se državama omogućava „ponovno razmatranje slučaja“ ako je došlo do „bitnih povreda“. Iako se predmet *Sabalić* nije ticao zlostavljanja djece, argumenti koje je Sud iznio kako bi otklonio neopravdano pozivanje državnih tijela na načelo *ne bis in idem* mogu se bez značajnijih razlika preslikati i na ovo područje.

9. ZAKLJUČNO O DOSEGU NAČELA *NE BIS IN IDEM* U KONTEKSTU KAZNENOG DJELA POVREDE DJETETOVIH PRAVA

Predviđati buduće smjerove i meandre u praksi ESLJP-a, koja je obilježena „holističkim“, „dinamičkim“ i „evolutivnim“ pristupom, nezahvalan je zadatak. No kada se ima u vidu da djeca, kao ranjiva skupina, uživaju poseban obzir u okviru doktrine pozitivnih obveza, kao i da je Sud uvidio do kakvih sve negativnih posljedica može dovesti radikalno shvaćanje zabrane dvostrukog suđenja, jasno je da se prekršajna osuda u pravilu ne može smatrati preprekom za pokretanje kaznenog postupka za povredu djetetovih prava iz čl. 177. KZ-a. To vrijedi i za slučaj da se činjenično stanje u postupcima jednim dijelom „preklapa“, npr. kada kaznena optužba, između ostaloga, obuhvaća jedan ili

više nasilnih čina koji su već presuđeni kao prekršaj. Istini za volju, ESLJP i dalje ne odobrava dualitet prekršajnog i kaznenog postupka u apsolutno svim slučajevima, ali se na temelju recentne prakse može zaključiti da su utvrđenja povrede tog konvencijskog načela, kada je riječ o predmetima protiv RH, svedena na slučajeve u kojima je doista upitno ostvaruju li se prekršajnim i kaznenim postupkom „komplementarne svrhe“ ili je već osudom u prekršajnom postupku iscrpljeno cjelokupno nepravo određenog djela. To se pak pitanje u slučajevima iz čl. 177. KZ-a i ne postavlja jer nepravo kaznenog djela povrede djetetovih prava ne može ni hipotetski biti obuhvaćeno osudom za neki prekršaj, uključujući i prekršaj nasilja u obitelji, na što upućuje i radikalna razlika u kaznenim okvirima. Kazneni progon u takvim slučajevima ne samo da nije protivan načelu *ne bis in idem* na način kako to načelo poimaju i pravna doktrina i praksa visokih sudova nego je i dužnost državnih tijela koja proizlazi iz načela legaliteta. To da je država „dužna na sebe preuzeti brigu o zaštiti svojih građana i stvoriti propise koji omogućuju državni progon i osudu počinitelja“⁸⁶ ne bi smjelo biti sporno ni u našem pravnom poretku jer upravo državi pripada monopol sile, a njegovim razvodnjavanjem ne dolazi do jačanja ljudskih prava i ublažavanja autoritarnih tendencija, nego do slabljenja pravne države i njezine postupne zamjene zakonom jačega. U takvoj antiutopiji priča o pravima djece pretvorila bi se u puku floskulu.

POPIS LITERATURE

1. Bačić, Franjo, Kazneno pravo – opći dio, Informator, Zagreb, 1998.
2. Bačić, Franjo, Nekoliko nestandardnih modela zakonskih opisa krivičnih djela u KZH, Naša zakonitost 3/1983, 23–36.
3. Bačić, Franjo, Pavlović, Šime, Komentar Kaznenog zakona, Organizator, Zagreb, 2004.
4. Bačić, Franjo, Šeparović, Zvonimir, Krivično pravo – posebni dio, Narodne novine, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1992.
5. Batistić Kos, Vesna, Pozitivne obveze prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Zagreb, 2012.
6. Bayer, Vladimir, Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II., MUP RH, Zagreb, 1995.
7. Bonačić, Marin, Tomašić, Tomislav, Implementacija standarda Europskog suda za ljudska prava u hrvatskom prekršajnom pravu i praksi, HLJKZP 2/2017, 382–411.
8. Burić, Zoran, Načelo *ne bis in idem* iz europske perspektive, u: Bejatović, Stanko, Novaković, Nataša (ur.), Načelo *ne bis in idem* i pravna sigurnost građana, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2022, 119–129.
9. Cvjetko, Božica, Singer, Mladen, Kaznenopravna zaštita djece, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2013.

⁸⁶ Fischer, Thomas, u: Hannich, Rolf (ur.), *Karlsruher Kommentar zur StPO*, Beck, München, 2019, Einleitung, rubni broj 1. Slično Roxin, Claus, Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 2022, 2.

10. Čubinski, Mihailo, Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, Geca Kon, Beograd, 1934.
11. Đurđević, Zlata, Pravo na učinkovitu istragu u kaznenim predmetima: analiza hrvatske prakse i prava, u: Krapac, Davor (ur.), Profili hrvatskog kaznenog zakonodavstva, HAZU, Zagreb, 2014, 105–149.
12. Erb, Volker, Schäfer, Jürgen (ur.), Münchener Kommentar zum StGB, Beck, München, 2021.
13. Hannich, Rolf (ur.), Karlsruher Kommentar zur StPO, Beck, München, 2019.
14. Hefendehl, Roland, von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang (ur.): Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos, Baden-Baden, 2003.
15. Hirjan, Franjo, Singer, Mladen, Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002.
16. Horvatić, Željko, Šeparović, Zvonimir, Kazneno pravo – posebni dio, Masmedia, Zagreb, 1999.
17. Ivičević Karas, Elizabeta, Načelo *ne bis in idem* u europskom kaznenom pravu, HLJKPP 2/2014, 271–293.
18. Ivičević Karas, Elizabeta, Kos, Damir, Primjena načela *ne bis in idem* u hrvatskom kaznenom pravu, HLJKPP 2/2012, 555–584.
19. Josipović, Ivo, Novak Hrgović, Karmen, Načelo *ne bis in idem* u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava, HLJKZP 2/2016, 469–507.
20. Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid, Paeffgen, Hans-Ullrich, Saliger, Frank (ur.), Strafgesetzbuch, Nomos, Baden-Baden, 2017.
21. Krapac, Davor, Kazneno procesno pravo. Prva knjiga: Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2020.
22. Marinović, Dunja, Žarković Palijan, Tija, Kovačević, Dražen, Kovač, Marina, Kazneno djelo zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe u praksi Općinskog suda u Rijeci, Policija i sigurnost 4/2010, 431–446.
23. Martinović, Igor, Načelo *ne bis in idem* nakon presude A. i B. protiv Norveške: mogućnost kaznenog progona za djelo o kojem je već odlučeno u prekršajnom postupku, HLJKZP 2/2019, 591–620.
24. Novokmet, Ante, Sršen, Zoran, Neučinkoviti kazneni postupak pred sudovima – implementacija presuda Europskog suda za ljudska prava, HLJKZP 2/2017, 293–334.
25. Novosel, Dragan, Rašo, Marko, Burić, Zoran, Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske, HLJKPP 2/2010, 785–812.
26. Novoselec, Petar (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2007.
27. Novoselec, Petar, Stjecaj silovanja, zapuštanja i zlostavljanja djeteta ili maloljetne osobe i nasilničkog ponašanja u obitelji (sudska praksa), HLJKPP 2/2005, 889–892.
28. Novoselec, Petar, Martinović, Igor, Komentar Kaznenog zakona, I. knjiga: Opći dio, Narodne novine, Zagreb, 2019.
29. Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ, Službeni list FNRJ, Beograd, 1951.
30. Pavlović, Šime, Kazneni zakon, Libertin naklada, Rijeka, 2015.
31. Pleić, Marija, Zabrana mučenja u praksi Europskog suda za ljudska prava s posebnim osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske i praksu Ustavnog suda RH, HLJKZP 2/2016, 247–279.
32. Rittossa, Dalida, Seksualni delikti na štetu djece, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i MUP RH, Zagreb, 2007.

33. Roxin, Claus, Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, Beck, München, 2022.
34. Schönke, Adolf, Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Beck, München, 2019.
35. Singer, Mladen, Pravni i kriminalno-politički aspekt krivičnog djela zlostavljanja i za-
puštanja maloljetnika, Naša zakonitost 6/1967, 490–507.
36. Srzentić i dr., Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine, Savre-
mena administracija, Beograd, 1986.
37. Šeparović, Zvonimir, Krivičnopravna zaštita djece i maloljetnika, Naša zakonitost
7–10/1983, 135–157.
38. Vasiljević, Tihomir, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Zavod za izdavanje udžben-
ika SR Srbije, Beograd, 1971.
39. Vučković, Milorad, Ocokoljić, Negoslav, Osnovni zakon o prekršajima sa komentarom,
Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951.
40. Zlatarić, Bogdan, Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, II. svezak: Posebni dio, Narodne
novine, Zagreb, 1958.

Summary

Igor Martinović, PhD*

CRIMINAL OFFENCE OF VIOLATION OF THE RIGHTS OF THE CHILD: CURRENT LEGAL ISSUES

This paper seeks to provide an interpretation of the criminal offence of violation of the rights of the child prescribed in Article 177 of the Croatian Criminal Code, with an emphasis on controversial issues that appear in everyday legal practice. First, the issue of legally protected good is investigated to set the framework for a systematic and teleological interpretation. Next, the history of this legal provision is presented with the aim of creating a basis for historical interpretation. In the main part of the paper, specific elements of this criminal offence are analysed. Particular attention is paid to the acts of neglect and child abuse. The question of the perpetrator's intention is also addressed, as are complex issues which appear in situations where one and the same act constitutes an offence against several statutory provisions. Finally, the principle of *ne bis in idem* and the positive obligations of the state in the context of this criminal offence are considered, with the conclusion that a radical interpretation of the principle of *ne bis in idem* is no longer acceptable. Throughout the paper, the case law of Croatian courts and the ECtHR is presented and analysed, including the recent case of *Galović v. Croatia*.

Keywords: violation of the rights of the child, child neglect, child abuse, *ne bis in idem*

* Igor Martinović, PhD, Associate Professor, Chair of Criminal Procedure Law, University of Rijeka, Faculty of Law; igor.martinovic@pravri.hr; ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7648-2443>.