

BITNA POVREDA ODREDABA KAZNENOG POSTUPKA - NEZAKONITI DOKAZI -

Autor članka bavi se materijom bitne povrede odredaba kaznenog postupka, na koje drugostupanjski sudovi paze i po službenoj dužnosti, a koja se ogleda u primjeni odredbe čl. 367. st. 2. Zakona o kaznenom postupku. Radi se o utemeljenosti ili ne utemeljenosti presude na dokazu za koji sud utvrđuje da je nezakonit. Odredba čl. 9. Zakona o kaznenom postupku izrijeком uvodi pojam nezakonitog dokaza sa naznakom posljedice njegovog korištenja, uz istovremeno određenje koji dokaz se ima smatrati nezakonitim. Članak daje pregled odluka prvenstveno Vrhovnog suda Republike Hrvatske o pitanjima nezakonitih dokaza razvrstan po kriteriju osobnih dokaza, dokaze čiji su nosilac predmeti o čijoj zakonitosti prikupljanja i sačinjavanja ovisi zakonitost izvođenja samog dokaza te dokaza do kojih tijelo kaznenog postupka ne bi došlo bez podataka iz nezakonitih dokaza (tzv. plodovi otrovne voćke). Svaki od ovih segmenata potkrijepljen je izvadcima iz pojedinih odluka u kojima se obrađuje upravo promatrana materija.

Cilj je kaznenog postupka zakonsko uređenje postupanja suda, stranaka i drugih sudionika u postupku, a sve sa ciljem utvrđenja jeli neka osoba počinila kazneno djelo ili nije, te ako je da mu se za počinjeno kazneno djelo u zakonitom postupku izrekne primjerena kaznena sankcija.

* Sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

U ostvarenju ove zadaće, polazište je odredba čl. 3. st. 1. Zakona o kaznenom postupku, te je prvenstvena zadaća upravo ovlaštenog tužitelja dokazati krivnju optuženiku. Kako naš kazneni postupak nije isključivo akuzatorski, to čl. 8. st. 1. Zakona o kaznenom postupku, u okviru načela kaznenog postupka, obavezuje sud da sa jednakom pažnjom ispituje, ali i utvrđuje¹, kako činjenice koje terete okrivljenika tako i one činjenice koje mu idu u korist.

Kazneni postupak ne određuje formalna procesna pravila i propisuje da ocjene postojanja ili ne postojanja određenih činjenica nije vezana niti ograničena posebnim formalnim dokaznim pravilima². Slobodna ocjena dokaza naravno ne predstavlja arbitrarnost u ocjeni dokaza. Ocjena dokaza mora biti utemeljena na logičnosti, pravilima posebnosti pojedinih struka i određenoj životnoj zakonomjernosti uzroka i posljedica.

Iako zakonodavac ne određuje što može biti dokaz u određenom kaznenom predmetu, ograničenje ipak postoji. Ona su međutim postavljena u negativnom smislu. Naime, zakonodavac određuje da se sudska odluka ne može temeljiti na nezakonitom dokazu³. Takvom odrednicom zakonodavac ne određuje zatvoren broj dokaza koji bi se smatrali nezakonitim. Za samo definiranje pojma nezakonitog dokaza zakonodavac ponovno koristi negativnu odrednicu. On propisuje u čl. 9. st. 2. Zakona o kaznenom postupku da bi se radilo o dokazima koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, kao i oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni Zakonom o kaznenom postupku.

Zakonodavac u Republici Hrvatskoj, donoseći novi Zakona o kaznenom postupku, čija primjena je počela 1. siječnja 1998. godine, problematiku nezakonitih dokaza znatno proširuje u odnosu na ranije zakonske odredbe, i to kako u opisanom definiranju pojma nezakonitog dokaza, čega ranije nije bilo, tako posebno i u drugačijem tretiranju sudske odluke, ako je u postupku izveden dokaz za koji je utvrđeno da je nezakonit.

U samom definiranju pojma nezakonitog dokaza, u čl. 9. st. 2. Zakona o kaznenom postupku, kako je već istaknuto, označava koji dokazi bi se imali smatrati nezakonitim dokazima. Značajno proširenje opsega mogućeg utvrđenja dokaza nezakonitim proizlazi iz odrednice da se nezakonitim dokazima imaju smatrati i svi oni dokazi koji ne spadaju u ranije odrednice nezakonitog dokaza, ali se za njih saznalo iz dokaza koje sud utvrdi nezakonitim dokazom. Ovako proširenom definicijom u kazneno procesno zakonodavstvo Republike Hrvatske uvedena je doktrina plodova otrovne voćke, od ranije poznata anglosaksonskom pravu.

Kako je već navedeno, daljnji drugačiji stav zakonodavca u odnosu na nezakonite dokaze ogleda se i u normama koje propisuju moguće posljedice izvedenog nezakonitog dokaza. Tako je Zakon o krivičnom postupku propisivao bitnom povredom odredaba kaznenog postupka u čl. 354. st. 1. toč. 8. situaciju kada bi se presuda temeljila na dokazu na kojem se prema odredbama zakona ona ne može temeljiti. Međutim, isti zakon je propisivao značajnu iznimku time što je ovu bitnu povredu otklanjao naznakom da ona ne postoji "ako je s obzirom na druge dokaze očito da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda".

¹ čl. 287. st. 3. i čl. 340. Zakona o kaznenom postupku

² čl. 8. st. 2. Zakona o kaznenom postupku

³ čl. 9. st. 1. Zakona o kaznenom postupku.

Zakon o kaznenom postupku bitno zaoštrava pitanje izvođenja nezakonitih dokaza. Osim samog definiranja pojma nezakonitog dokaza, čl. 9. st. 1. Zakona o kaznenom postupku određuje da se na takvom dokazu ne može utemeljiti bilo koja sudska odluka, a ne samo presuda, a u naznaci bitnih povreda odredaba kaznenog postupka, pitanje nezakonitih dokaza pozicionira u poseban stavak članka 367. Zakona o kaznenom postupku, dajući i time drugačije značenje ovom problemu. Tako sada Zakon o kaznenom postupku u čl. 367. st. 2. razrađuje pitanje bitne povrede kaznenog postupka uvijek ako se presuda temelji na nezakonitom dokazu, izostavljajući onaj dio "osim ako je s obzirom na druge dokaze očito da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda".

Prema tome postaje nevažno za utvrđivanje zakonitosti sudske odluke da li bi ona bila ista donesena i da nije izveden dokaz utvrđen nezakonitim. Postaje jedino relevantno pitanje je li odluka utemeljena na tako nezakonitom dokazu. U sudskoj praksi bilo je slučajeva da je u dokaznom postupku izveden dokaz za koji drugostupanjski sud utvrdi da je nezakonit, ali prvostupanjski sud ovaj dokaz uopće ne koristi u argumentaciji svoga stava za sudska odluku. Tako Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj presudi kojom odbija žalbu državnog odvjetnika broj I KŽ-850/03 izrijekom navodi:

"Točno tvrdi državni odvjetnik da je B. R. pred sudom iskazivala i kao svjedok na listovima 37., 80. i 81 spisa (iako je pogrešno pročitana i njen zapisnik o ispitivanju kao okrivljenice – list 32. i 36. spisa, ali na njemu nije utemeljena presuda), te nakon što je opisala nepoznatu osobu supočinitelja ..."

Isto i u odluci I KŽ-94/00:

"Osim toga, iako je sud prvog stupnja u tijeku postupka pročitao četiri pisma optuženika i naveo bitni sadržaj, svoju odluku nije utemeljio na sadržaju tih pisama, nego na iskazima svjedoka A. P., T. V. i D.. K., zatim na rezultatima provedenih vještačenja (psihijatrijskom i toksikološkom) u povezanosti s optuženikovom obranom."

O ovoj problematici, izvedenog dokaza koji je nezakonit, ali njegovom ne korištenju u obrazlaganju svojih utvrđenja Vrhovni sud još je jasniji u odluci broj I K-160/01:

"Presuda ni ne mora sadržavati prijepis nekog dokaza, ovdje iskaza svjedoka, već samo ono što je bitno iz tog iskaza. Na takav način je izložen i iskaz svjedoka B. (str. 4. st. 5. presude). Točno je to da u presudi nije naveden i onaj dio iskaza svjedoka o tome što mu je kritične zgođe rekao optuženik (vezano za postojanje oko 13 kg droge marihuane ispod poklopca motora), ali to samo govori o tome da se na tom dijelu iskaza ni ne temelji presuda, pa onda ni ne postoji bitna postupovna povreda iz čl. 367. st. 2. ZKP, kako se to neosnovano tvrdi u žalbi optuženika, jer citirani iskaz svjedoka nije nezakonit dokaz u smislu čl. 9. st. 2. ZKP."

Također u svojoj odluci, nakon što je utvrdio je problematičan dokaz zakonit, Vrhovni sud ukazuje da nije dopustivo zakonitost dokaza ocjenjivati povezujući ga sa ostalim dokazima na način da nezakonitost bude relativizirana, ako iste činjenice proizlaze i iz drugog dokaza. I K-27/02:

"Takvo postupanje uređujućih policajaca ne prelazi ovlasti koje oni imaju kod pregleda vozila, pa se tu i ne radi o pretrazi vozila zbog koje je potrebno ishoditi sudski nalog, u smislu odredbe čl. 213. st. 1. ZKP-a."

Ipak treba primijetiti da navodi iz obrazloženja pobijane presude u kojima sud prvog stupnja uvjetuje postojanje zakonitosti postupanja redarstvenih vlasti pronalaskom droge (str. 6 pobijane presude), te posebno, da eventualno nezakonita pretraga vozila nije od odlučnog značaja, budući da opt. F. J. priznaje da je posjedovao navedenu količinu droge (str. 7 pobijane presude), nisu prihvatljivi za ovaj Vrhovni sud, jer postojanje nezakonitog dokaza (čl. 9. st. 2. ZKP-a) ne može biti u nikakvoj relaciji sa priznanjem optuženika, a niti situacijom da li aktivnost djelatnika policije treba ili ne treba podvrgnuti kritici. Nezakoniti dokaz postoji ili ne postoji. Sve ostalo je irelevantno."

Pitanje utemeljenja odluke na nezakonitom dokazu znatno je šire u odnosu na ranija zakonska rješenja i u vezi primjene doktrine plodova otrovane voćke, ali jednako tako i u nalaganju obaveze sudu da takve dokaze što prije izdvoji iz spisa predmeta kako oni ne bi opterećivali sud.

Obaveza izdvajanja takvih dokaza sada je izrijekom određena u fazi istrage⁴ i to kako na prijedlog stranaka tako i po službenoj dužnosti. Također, ista norma proširuje i opseg onoga što je istražni sudac dužan izdvojiti iz spisa predmeta. Dok su odredbe Zakona o krivičnom postupku opseg izdvajanja ograničavale samo na službene zabilješke o obavijesnim razgovorima redarstvenih vlasti sa okrivljenicima i tzv. privilegiranim svjedocima, odredbe Zakona o kaznenom postupku ovaj opseg proširuju na sve obavijesti koje su u skladu sa člankom 174. stavkom 4. i člankom 177. stavkom 3. Zakona državnom odvjetniku, odnosno redarstvenim vlastima dali građani, odnosno osumnjičenik koji je bio ispitan protivno odredbama članka 177. stavka 5. Zakona o kaznenom postupku.

Ako je ovu radnju propustio izvršiti istražni sudac, izvanraspravno vijeće rješavajući povodom prigovora protiv optužnice vrši ponovnu kontrolu postoje li u spisu predmeta nezakoniti dokazi⁵. Njihova obaveza je također izdvajanje nezakonitih dokaza, bilo po prijedlogu stranaka, bilo po službenoj dužnosti.

Moguće je ne uočavanje nezakonitih dokaza i od izvanraspravnog vijeća, odnosno postoje situacije kada prigovor protiv optužnice nije niti uložen, ili se radi o skraćenom postupku. Međutim, zakonodavac pitanje izdvajanja nezakonitih dokaza u spisu predmeta ne zaboravlja⁶. On stavlja u zadaću predsjednika vijeća u vrijeme zakazivanja glavne rasprave da ponovno razmotri ovu problematiku i nalaže mu obavezu izdvajanja nezakonitih dokaza iz spisa predmeta.

Valja imati u vidu da opća odredba zakonodavca u naravi predstavlja razradu ustavne kategorije o nedopuštenosti korištenja nezakonitih dokaza⁷. Dakle, zabrana upotrebe nezakonitih dokaza ne predstavlja samo propisanu zakonodavnu normu, već ista spada u red ustavnih kategorija kao što su pravo na život, jednakost svih pred zakonom, načelo nedužnosti, nepovredivost doma, sloboda mišljenja, zabrana cenzure i slično⁸.

Protiv svakog od ovih rješenja bilo da se radi o izdvajanju nezakonitog dokaza ili odbijanju prijedloga stranke za izdvajanje određenog dokaza kao nezakonitog dopuštena je posebna žalba.

⁴ čl. 78 Zakona o kaznenom postupku

⁵ čl. 274. st. 4. Zakona o kaznenom postupku

⁶ čl. 284. st. 3. Zakona o kaznenom postupku

⁷ čl. 29. st. 4. Ustava Republike Hrvatske.

⁸ čl. 14. do 40. Ustava Republike Hrvatske

Ako bi glavna rasprava došla do faze dokaznog postupka, to ne znači da više ne postoji mogućnost izdvajanja određenog dokaza kao nezakonitog. Vrlo čest slučaj je izdvajanje nezakonitog dokaza upravo u ovoj fazi, kada se drugim dokazima, upravo u okvirima dokaznog postupka, utvrđuju određene činjenice od čijeg utvrđenja će i ovisiti je li neki dokaz nezakonit ili nije. Stoga zakonodavac i u ovoj fazi kaznenog postupka ostavlja mogućnost izdvajanja iz spisa predmeta nezakonitog dokaza⁹. Jednina razlika u odnosu na ranije situacije je u opsegu prava na žalbu nezadovoljne strane. Naime, dok je u ostalim slučajevima odlučivanja o nezakonitom dokazu uvijek dopuštena posebna žalba, kada tu odluku donosi raspravno vijeće, ono može dati posebno pravo na žalbu, ali i ne mora, već može nastaviti sa dokaznim postupkom. Međutim, time nije isključena mogućnost pobijanja odluke prvostupanjskog suda, samo je ona ograničena na pobijanje ovakve odluke suda u okvirima žalbe protiv presude.

Nezakoniti dokaz inficira spis predmeta i postoji obaveza njegovog izdvajanja do pravomoćnog okončanja postupka. Stoga zakonodavac stavlja u nadležnost i drugostupanjskom sudu prije odlučivanja u meritumu da kontrolira postoje li u spisu predmeta dokazi koji se moraju izdvojiti¹⁰. Ovaj puta tu kontrolu ne vrši vijeće već sudac izvjestitelj, koji će utvrdi li da se u spisu predmeta nalaze dokazi koje treba izdvojiti spis predmeta vraća prvostupanjskom sudu da izvrši izdvajanje i po pravomoćnosti tog rješenja i stvarnom izdvajanju dokaza iz spisa predmeta isti vrati na odlučivanje drugostupanjskom sudu.

Iz izloženog vidljivo je da je volja zakonodavca bila u svakom slučaju izbjeći situaciju u kojoj bi vijeće koje meritorno odlučuje o nečijoj krivnji moglo biti inficirano spoznajama iz dokaza na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka. Kako Zakon o kaznenom postupku kao pravilo postavlja odlučivanje vijeća, to ovo inficiranje može postati problematično ako bi se vijeće, a ne samo predsjednik vijeća upoznali sa sadržajem dokaza koji treba izdvojiti iz spisa predmeta. Upravo stoga u drugostupanjskom postupku kontrolu provodi sudac izvjestitelj, koji će spis predmeta vratiti predsjedniku prvostupanjskog vijeća radi odluke o izdvajanju dokaza.

U situacijama kada odluku o izdvajanju, bilo pozitivnu ili negativnu, donosi prvostupanjsko vijeće na glavnoj raspravi, zakonodavac izrijeком određuje mogućnost da povodom izjavljene žalbe na takvu odluku prvostupanjskog suda, drugostupanjski sud odlučujući povodom žalbe, odluči da će se nova glavna rasprava održati pred potpuno izmijenjenim vijećem. Ova norma uvedena u odredbe Zakona o kaznenom postupku predstavlja značajan iskorak u zaštiti zakonitosti postupanja i odlučivanja suda, a sve s ciljem onemogućavanja uvođenja "na mala vrata" u spoznajne okvire suda koji odlučuje o krivnji dokaza na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka¹¹.

⁹ čl. 331. st. 2. Zakona o kaznenom postupku

¹⁰ čl. 373. st. 4. Zakona o kaznenom postupku

¹¹ Prilikom izrade Novele Zakona o kaznenom postupku 2002. godine u radnoj grupi bilo je razmišljanja da se kao bitna povreda na koju se pazi po službenoj dužnosti predvidi sama okolnost da u spisu predmeta je kao dokaz ostavljeno nešto za što drugostupanjski sud utvrdi da predstavlja dokaz na kojem se ne može utemeljiti sudska odluka, ali je ovaj prijedlog kao restriktivan odbačen.

Međutim, pitanja inficiranja spoznaja suda nezakonitim dokazima na znatno restriktivniji način od Zakona o kaznenom postupku u Republici Hrvatskoj postavlja kazneno procesno zakonodavstvo susjedne Republike Slovenije. Oni u odredbama o izuzeću od postupanja u čl. 39. toč 4a izrijeком određuju da je sudac ili porotnik izuzet od postupanja u kaznenom predmetu "ako se u postupku pri odlučivanju o bilo kojem pitanju upoznao s dokazom koji se mora po odredbama toga zakona izdvojiti iz spisa, ne može u istom predmetu odlučivati o optužbi odnosno žalbi ili izvanrednom pravnom sredstvu protiv odluke kojom je odlučeno o optužbi,

Valja imati u vidu da opća odredba zakonodavca u naravi predstavlja razradu ustavne kategorije o nedopuštenosti korištenja nezakonitih dokaza¹². Dakle, zabrana upotrebe nezakonitih dokaza ne predstavlja samo propisanu zakonodavnu normu, već ista spada u red ustavnih kategorija kao što su pravo na život, jednakost svih pred zakonom, načelo nedužnosti, nepovredivost doma, sloboda mišljenja, zabrana cenzure i slično¹³.

Iz izloženoga uočljivo je da pitanje nezakonitih dokaza možemo svrstati u tri osnovne kategorije¹⁴. To su:

a/ dokazi pribavljeni povredama određenih temeljnih prava i sloboda¹⁵

b/ dokazi za koje je izričito u ovom zakonu predviđeno da se ne smiju uporabiti kod donošenja sudske odluke u kaznenom postupku¹⁶

c/ dokazi do kojih tijelo kaznenog postupka ne bi došlo bez podataka iz nezakonitih dokaza (tzv. plodovi otrovne voćke).

Drugi mogući oblik razgraničavanja nezakonitih dokaza je razgraničenje

a/ na osobne dokaze na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka i

b/ dokaze čiji su nosilac predmeti o čijoj zakonitosti prikupljanja i sačinjavanja ovisi zakonitost izvođenja samog dokaza.

c/ dokazi do kojih tijelo kaznenog postupka ne bi došlo bez podataka iz nezakonitih dokaza (tzv. plodovi otrovne voćke).

U svjetlu ranije istaknutog osvrnuo bih se na pitanje pravne valjanosti ili nevaljanosti dokaza u kaznenom postupkovnom pravu Republike Hrvatske prema kriteriju osobnih dokaza i dokaza čiji su nositelji predmeti, a njihova valjanost bi ovisila o zakonitosti pribavljanja tih predmeta te na stavove sudske prakse u odnosu na pravno nevaljale dokaze izražene kroz neke odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske.

Pojam "pravne nevaljalosti dokaza" izvodi se iz zakonske posljedice, procesne sankcije, ukidanja prvostupanjske odluke od strane drugostupanjskog suda i utvrđenja njene nevaljalosti ako bi se ista temeljila na nezakonitom dokazu, a sve pozivom na odredbu čl. 367. st. 2. Zakona o kaznenom postupku.

osima ako sadržaj dokaza očito nije takav da bi mogao utjecati na njegovu odluku". ("če se je v postupku pri odločanju o katerem koli vprašanju seznanil z dokazom, ki se mora po določbah tega zakona izločiti iz spisov (83. člen), ne more v isti zadevi odločiti o obtožbi oziroma o pritožbi ali izrednem pravnem sredstvu zoper odločbo, s katero je bilo odločeno o obtožbi, razen če vsebina dokaza očitno ni takšna, da bi lahko vplivala na njegovo odločitev")

¹² čl. 29. st. 4. Ustava Republike Hrvatske.

¹³ čl. 14. do 40. Ustava Republike Hrvatske

¹⁴ Dr. Davor Krapac: "Kazneno procesno pravo – knjiga prva", Informator, Zagreb, 2000. g., str. 267,268

¹⁵ radi se o postupcima državnih vlasti koje predstavljaju povrede navedenih ustavnih prava građana, a istovremeno su i kazneno djelo protiv temeljnih ustavnih prava i sloboda.

¹⁶ čl. 182. st. 6.; čl. 217.; čl. 218. st. 11.; čl. 225. st. 10.; čl. 235. i čl. 250 Zakona o kaznenom postupku

1. OSOBNI DOKAZI

Način izvođenja dokaza strogo je propisan pravilima Zakona o kaznenom postupku i povreda ovih pravila kao posljedicu za sobom povlači izdvajanje takvih dokaza iz spisa predmeta kao nezakonitih dokaza. Samo izdvajanje, kako je već ranije istaknuto, dužan je izvršiti već istražni sudac, a ako je on to propustio, tada to čini bilo predsjednik vijeća kada zakazuje glavnu raspravu ili izvanraspravno kazneno vijeće pri odlučivanju o prigovoru protiv optužnice, a najzad vijeće prije zaključenja glavne rasprave.

Govorimo li o osobnim dokazima, pri tome se prvenstveno imaju u vidu iskazi i to

1. okrivljenika
2. svjedoka
3. vještaka

Za svaku od ovih osoba zakon propisuje stroga pravila njihovog ispitivanja, kako u fazi koja prethodi kaznenom postupku, tako i tijekom kaznenog postupka, o kojoj primjeni tih strogih propisa ovisi i mogućnost korištenja njihovih iskaza kao dokaza u kaznom postupku.

1.1 OKRIVLJENIK

Uvodno valja istaći da pojam okrivljenika Zakon o kaznenom postupku definira kao osobu protiv koje se vodi kazneni postupak, ali i osobu sa duševnim smetnjama prema kojoj se vodi posebna postupak. Pri tome valja imati u vidu da kazneni postupak započinje pravomoćnošću rješenja o provođenju istrage.

Da bi iskaz takve osobe mogao biti tretiran kao valjan dokaz on već pri prvom ispitivanju mora biti upozoren na pravo da uzme branitelja po svome izboru ili će mu se pod uvjetima koje propisuje Zakon o kaznenom postupku postaviti branitelj po službenoj dužnosti. Branitelj, bilo izabrani ili po službenoj dužnosti može, a u zakonom propisanim situacijama i mora biti prisutan njegovom ispitivanju. Njegovo pravo nazočnosti proteže se i na izvođenje ostalih dokaza, što za sobom može povlačiti pitanje ocjene (ne)zakonitosti dokaza. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I KŽ-1003/02:

" Istražni sudac je proveo istražno ročište 1. listopada 2002. godine, kada je ispitao naprijed spomenute svjedoke premda u to vrijeme optuženik nije imao branitelja, jer su mu dotadašnji branitelji otkazali punomoć, posljednji 26. rujna 2002. godine, a optuženiku je postavljen branitelj po službenoj dužnosti tek 4. listopada 2002. godine, iz čega proizlazi da u vrijeme provođenja te istražne radnje optuženik nije imao branitelja, što je suprotno odredbi čl. 65. st. 2. ZKP, u kojoj se navodi da u slučaju kada je protiv okrivljenika određen pritvor on mora imati branitelja čim se donese rješenje o pritvoru za vrijeme dok pritvor traje, pa je u pravu prvostupanjski sud kada je navedene zapisnike izdvojio, jer oni predstavljaju nezakonit dokaz u smislu čl. 9. ZKP, jer u navedenom periodu optuženiku je bilo uskraćeno pravo na stručnu pomoć branitelja, a koje pravo mu po izričitoj zakonskoj odredbi nije smjelo biti uskraćeno.

Neprihvatljive su tvrdnje žalitelja da je u konkretnom slučaju trebalo primijeniti čl. 30. st. 2. Zakona o odvjetništvu, prema kojem je odvjetnik dužan nastaviti sa pružanjem pravne pomoći i nakon što je otkazao zastupanje ako je potrebno da se od stranke ukloni kakva šteta,

ali najviše 30 dana nakon otkazanja punomoći, jer ta odredba ne predstavlja lex specialis u odnosu na čl. 70. st. 2. ZKP gdje je izrekom propisano da prava i dužnosti branitelja prestaju kada okrivljenik opozove punomoć i o tome obavijesti sud, a kako se upravo u konkretnom slučaju desilo."

Upozorenje na pravo na branitelja mora zapisnički biti i konstatirano, jer u protivnom iskaz sa zapisnika na kome to pravo nije ubilježeno predstavlja nevaljani dokaz i kao takav mora biti izdvojen iz spisa predmeta.

Daljnji uvjet za valjanost iskaza okrivljenika u dokaznom postupku je isključenje primjene sile prijetnje ili drugog sličnog sredstva kao metode da se dođe do njegove izjave, neovisno o tome predstavlja li ona priznanje ili ne¹⁷.

Zakonodavac posebno propisuje pravo na obranu okrivljenika, te posljedice povrede toga prava. Naime, da bi okrivljeni bio ispitan bez branitelja, mora se raditi o kaznenom djelu za koje zakonodavac ne određuje obaveznu obranu uz nazočnost branitelja¹⁸, a u ostalim slučajevima izričito odricanje okrivljenika od prava da njegovom ispitivanju prisustvuje branitelj. Zapisnik o ispitivanju okrivljenika obavljen protivno ovim odredbama izrijekom zakona predviđen je kao onaj na kome se ne može utemeljiti bilo koja sudska odluka i treba biti izdvojen iz spisa predmeta.

Sva garancijska prava koja se odnose na okrivljenika odnose se i na ispitivanje osumnjičenika, bilo nakon što je predveden pred istražnog suca uz kaznenu prijavu, bilo da se radi o ispitivanju osumnjičenika pred redarstvenim vlastima ili državnim odvjetnikom u situacijama kada njegov iskaz iz te faze kaznenog postupka može biti korišten kao dokaz, o čemu će više riječi biti nastavno.

1.1.1 Osumnjičenik

U određenim slučajevima neka osoba biva ispitana i kao osumnjičenik. Kada se radi o ispitivanju takve osobe od strane suda, tada dolaze u primjenu odredbe kako su ranije opisane o njegovom prvom ispitivanju.

Međutim, procesno zakonodavstvo Republike Hrvatske u ovom trenutku propisuje tzv. sudsku istragu, a brojni su slučajevi ispitivanja osumnjičenika i prije nego li se on pojavi pred sudom.

¹⁷ primjena ove odredbe i na izjave koje ne predstavljaju priznanje važno je za primjenu doktrine plodova otrovne voćke.

¹⁸ - prilikom prvog ispitivanja za okrivljenika koji je nijem, gluhi, nesposoban da se sam brani ili se radi o kaznenom djelu za koje se može izreći kazna dugotrajnog zatvora

- oko se okrivljeni nalazi u pritvoru

- nakon podignute optužnice, ako se kazneni postupak vodi za kazneno djelo za koje se može izreći kazna zatvora od osam ili više godina

- okrivljenim kome se sudi u odsutnosti

- okrivljenik kome je sud zbog duševnih smetnji koje su se pojavile tijekom kaznenog postupka utvrdio raspravnu nesposobnost

- nakon podizanja optužnice u postupku prema okrivljenicima s duševnim smetnjama

Takvo ispitivanje najčešće provode redarstvene vlasti¹⁹, a državni odvjetnik u praksi rjeđe i zakonodavac određuje posebna pravila za takvo ispitivanje prije započinjanja kaznenog postupka.

U sklopu izvida kaznenih djela, dakle prikupljanja dokaza radi utvrđenja postojanja osnova sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo, redarstvene vlasti ovlaštene su pozivati građane i razgovarati sa njima. Oni međutim načelno ne mogu građane ispitivati u svojstvu okrivljenika, svjedoka ili vještaka, što je isključivo pravo suda. Ista norma odnosi se i na ispitivanje od strane državnog odvjetnika. Svi zapisnici i zabilješke o obavljenim razgovorima s građanima u fazi izvida kaznenih djela, u pravilu ne mogu poslužiti kao dokaz u kaznenom postupku, te stoga moraju biti i izdvojeni iz spisa predmeta²⁰.

Međutim, već je ranije navedeno da pravna nevaljalost ovih zapisnika postoji "u pravilu". Značajnu iznimku od ovog pravila propisuje zakonodavac kada dopušta korištenje u dokaznom postupku zapisnika o ispitivanju građanina od strane redarstvenih vlasti (državnog odvjetnika) u svojstvu osumnjičenika. No da bi taj zapisnik predstavljao pravno valjan dokaz u dokaznom postupku, kao nužan uvjet, bez za koje kazneno djelo se provodi ispitivanje u okviru izvida, je prisustvo branitelja takvom ispitivanju.

Pri tome valja istaći da tog branitelja nikada i niti u kojem slučaju ne mogu odrediti i postaviti organi koji provode ispitivanje. Branitelj u toj fazi izvida kaznenog djela može biti samo branitelj iz povjerenja, a nikako po službenoj dužnosti. Za valjanost takvog zapisnika nije odlučno pisano utvrditi odricanje osumnjičenika od prava na izbor i nazočnost branitelja ili određivanje branitelja od organa koji provodi ispitivanje. Mora se raditi o autonomnoj volji osumnjičenika, koja mora biti i opredmećena konkretnom nazočnošću branitelja njegovom ispitivanju. Tek pod tim uvjetom takav zapisnik o ispitivanju osumnjičenika od strane redarstvenih vlasti može poslužiti kao zakonit dokaz u kaznenom postupku. U praksi postavilo se pitanje punomoći za branitelja koji je nazočan ispitivanju osumnjičenika u okviru izvida kaznenog djela. Od ranije je poznato da punomoć osim u formi izdvojenog akta može biti sadržana i na zapisniku o provođenju radnje ispitivanja osumnjičenika. Međutim, nije rijedak slučaj u praksi da određeni odvjetnik faktički nastupa i postupa kao branitelj tijekom ispitivanja osumnjičenika, ali da u spisu predmeta nema posebne punomoći, pa da ona nije konstatirana niti na zapisniku o provođenju radnje ispitivanja. U opisanoj situaciji Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-539/01 dao je objašnjenje da poziciju nazočnog odvjetnika tj. je li on branitelj osumnjičenika ili nije, valja ocjenjivati u svakom pojedinom predmetu odvojeno, ovisno o daljnjem slijedu postupanja osumnjičenika, odnosno okrivljenika.

Žalitelji G. M. i M. R. nisu u pravu kada prvostupanjsku presudu pobijaju zbog bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP, smatrajući da je ova povreda ostvarena time što je prvostupanjski sud svoju presudu temeljio i na zapisniku redarstvenih vlasti o ispitivanju osumnjičenika od G. M. od 05. siječnja 2001. godine (list 4-7 u spisu), iako ovaj osumnjičenik nazočnom branitelju (odvjetniku M. Š.) nije potpisao punomoć, niti se

¹⁹ članak 170. st. 3. Zakona o kaznenom postupku: "Redarstvene vlasti u smislu ovoga Zakona jesu ovlaštene službene osobe Ministarstva unutarnjih poslova (policijski službenici) i ovlaštene službene osobe Ministarstva obrane (vojna policija) u okviru njihovog djelokruga na vojnim objektima koji služe potrebama obrane, te iznimno službenici redarstvenih vlasti strane države ili međunarodnog tijela, koji u skladu s međunarodnim sporazumom, na temelju pisanog odobrenja ministra unutarnjih poslova poduzima pojedine mjere u području Republike Hrvatske, njezinom brodu ili zrakoplovu."

²⁰ čl. 78. st. 3. Zakona o kaznenom postupku

izjasnio da ga prihvaća, uslijed čega da bi ovaj dokaz bio pribavljen protivno odredbi čl. 9. ZKP.

Naime, iz podataka u spisu nesumnjivo je da je ovaj osumnjičenik tada prihvatio da odvjetnika M. Š. prihvaća kao izabranog branitelja, iako to u navedenom zapisniku redarstvenih vlasti izričito nije navedeno. To proizlazi iz daljnjeg slijeda predistražnog i istražnog postupka ..."

U odnosu na nazočnost branitelja provođenju ispitivanja osumnjičenika u okvirima izvida kaznenog djela, da bi taj zapisnik mogao poslužiti kao zakoniti dokaz, organ koji provodi ispitivanje dužan je pridržavati se svih obaveza koje se odnose i na ispitivanje okrivljenika od strane suda. Kako Zakon o kaznenom postupku isključuje mogućnost angažiranja istog branitelja za supočinitelje kaznenog djela, odnosno za suoptuženike, ako je to u suprotnosti sa probicima njihove obrane²¹, to ista ograničenja postoje i u izvidima prilikom ispitivanja osumnjičenika u nazočnosti branitelja, odnosno prilikom ispitivanja osumnjičenika koji je uz kaznenu prijavu doveden istražnom sucu. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci I Kž-409/00:

"Suprotno tvrdnji državnog odvjetnika, sud prvog stupnja je pravilno utvrdio da su obrane osum. L. R., Z. R. i V. R. dane pred redarstvenim vlastima nezakonit dokaz, s obzirom da osumnjičenici prilikom saslušanja nisu imali odgovarajućeg branitelja.

Naime, nesporno je da su osumnjičenici terećeni kao supočinitelji pri izvršenju kaznenog djela ubojstva pok. Z. B., a njihovom davanju izjave pred redarstvenim vlastima dana 15. srpnja 1998. godine bio je prisutan zajednički branitelj u osobi odvjetnika V. M., tj. svaki od njih nije imao zasebnog branitelja, što je suprotno tada vrijedećoj odredbi čl. 63. st. 1. ZKP/97.

Isto tako, pogrešno je mišljenje državnog odvjetnika da se odredbe o isključenju zajedničkog branitelja trebaju primijeniti tek kada kazneni postupak započne, a ne i u fazi predkaznenog postupka, tj. pred redarstvenim vlastima. Upravo suprotno, prema odredbi čl. 177. st. 5. i 6. ZKP/97 proizlazi da redarstvene vlasti, kada ispituju osumnjičenika u nazočnosti branitelja, u stvari pribavljaju njegovu obranu koja se može koristiti kao dokaz u kaznenom postupku, zbog čega izvođenje tog dokaza mora biti učinjeno suglasno svim procesnim pravilima koja vrijede i za postupanje suda tijekom kaznenog postupka. U protivnom, na takovom se dokazu ne može zasnovati sudska odluka, kao što je to ovdje slučaj."

Pitanje prisutnosti istog branitelja za više optuženika nije uvijek tako jednostavno kako to pokazuje prethodni primjer. Okolnost pravne oznake supočiniteljstva nije isključivi razgraničavajući faktor za ocjenu može li dva osumnjičenika ili okrivljenika braniti isti branitelj. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-752/99:

"Žalbom se tvrdi da su optuženici K. K. i D. Š. prilikom prvog ispitivanja pred dežurnim istražnim sucem imali jednog branitelja, a što je protivno čl. 63. st. 1. ZKP budući da prema toj odredbi više optuženika mogu imati zajedničkog branitelja samo ako se protiv njih ne vodi kaznenih postupak za isto kazneno djelo.

²¹ čl. 63. st. 1. Zakona o kaznenom postupku

Navedena postupovna povreda nije ostvarena, jer iako je istina da je u kaznenoj prijavi za oba optuženika navedeno kako postoji osnovana sumnja da su počinili kazneno djelo zlouporabe opojnih droga pravno označeno u čl. 173. st. 2. KZ, činjenični opis radnji opt. D. Š. ne može se podvesti pod tu zakonsku oznaku, budući da se tog optuženika teretilo za nabavu droge za vlastito konzumiranje, a što mu se kasnije inkriminira optužnim aktom kao neovlašteno posjedovanje droge iz čl. 173. st. 1. KZ za koje djelo je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora od jedne godine.

Budući da sud obavezuje činjenični opis djela, a ne pravna oznaka to optuženici nisu bili prijavljeni za isto kazneno djelo pa su mogli imati zajedničkog branitelja. Prema tome, ne radi se o nezakonitom dokazu kako se to prikazuje u žalbi."

Odredba čl. 63. st. 1. Zakona o kaznenom postupku nalaže obavezu sudu, kada se ne radi o supočiniteljima tj. o osobama protiv kojih se vodi kazneno postupak za isto kazneno djelo, već samo o suoptuženicima, da ocjenjuje jesu li njihove obrane ugrožene istim braniteljem tj. je li isti branitelj šteti probicima njihovih obrana. O ovoj probelmatici Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci I KŽ-730/03:

"Protivno žalbenim navodima, prvostupanjski sud ispravno je postupio kada je odbio prijedlog branitelja opt. N. G. za izdvajanje zapisnika o ispitivanju opt. A. H. pred redarstvenim vlastima, jer iz tog zapisnika, te iskaza svjedoka D. P. i N. S., branitelja opt. A. H., nedvojbeno proistječe, da su redarstvene vlasti postupale na zakonit način, odnosno da su omogućile opt. A. H. da uzme branitelja iz reda odvjetnika, koji je bio prisutan njegovom ispitivanju, te da su nakon ispitivanja pred redarstvenim vlastima opt. A. H. i njegov branitelj N. S. potpisali zapisnik, bez prigovora. Protivno žalbenom prigovoru, nema ni govora o sukobu interesa obrane opt. N. G., kojeg nije branio N. S., odvjetnik iz R., i obrana opt. A. H. i opt. J. P., kod kojih je isti odvjetnik bio nazočan samo prigodom prvog ispitivanja pred redarstvenim vlastima, pa stoga ne postoji ni povreda odredbe čl. 63. ZKP, na koju također neosnovano ukazuje žalitelj. Prema tome, nisu počinjene bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. i 3. ZKP u svezi s čl. 9. st. 2. ZKP."

Osim potrebe upozoravanja na pravo na branitelja te same nazočnosti branitelja radnji ispitivanja osumnjičenika, kao uvjet da se zapisnik o njegovom ispitivanju može koristiti kao zakoniti dokaz, Zakon o kaznenom postupku predviđa i druga nužna upozorenja prilikom provođenja radnji u kojima se ispituje osumnjičenik. Pitanje valjanih procesnih upozorenja u toj fazi postupka za sobom može povlačiti pitanje ocjene jesu li dokazi koji su pribavljeni zakoniti, odnosno postavlja li se pitanje zakonitosti pojedinih dijelova dokaza.

Vrlo česta istražna radnja koju provodi bilo istražni sudac ili provođenje te radnje u skladu s čl. 184. Zakona o kaznenom postupku, kao hitnu istražnu radnju provode djelatnici redarstvenih vlasti. Sam očevid obavlja se radi utvrđenja činjenica važnih za kazneno postupak ili razjašnjenja opažanjem vlastitim osjetilima ili pomagalima. Čest je slučaj obavljanja očevida kao hitne istražne radnje u situaciji kada je osumnjičenik još nepoznat. Međutim, postoje i slučajevi poduzimanja očevida kada je osoba osumnjičenika poznata. U takvim situacijama i sam osumnjičenik često zna biti uključen u radnje očevida, a u cilju pronalaska i fiksiranja tragova. Kada se osoba osumnjičenika uključuje u provođenje radnje očevida za kazneno djelo za koje je upravo on osumnjičen, tada u odnosu na izjave koje on daje tijekom "suradnje" sa redarstvenim vlastima valja biti naročito oprezan, a sve kako bi se postigla procesna valjanost njegovih izjava i isključila problematičnost pitanja doktrine "plodova otrovane voćke". U odnosu na pronalazak predmeta na očevidu po kazivanju osumnjičenika Vrhovni sud je u nekoliko svojih odluka zauzeo određena pravna shvaćanja pozicije

osumnjčenika i potrebnih procesnih upozorenja prije njegovih izjava. Tako Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I KŽ-123/04 izrijekom navodi:

"Suprotno žalbenim navodima, Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao drugostupanjski sud, smatra da je s pravom prvostupanjski sud izdvojio iz spisa predmeta dio zapisnika o očevidu sa lista 97 spisa.

Naime, kako to proizlazi iz podataka u spisu, konkretno iz Zapisnika o pretrazi od 04. lipnja 2003. godine, broj 511-08-21/4-40/43/03, sačinjenog po djelatnicima PP Pula PU Istarske (list 209-210 spisa), već je dana 04. lipnja 2003. godine bilo u tijeku provođenje kriminalističke obrade nad L. K. kao osobom osumnjičenom za počinjenje kaznenog djela ubojstva na štetu P. K.. Stoga, dragovoljni pristanak osumnjičene L. K. da dana 05. lipnja 2003. godine djelatnike policije PP Kaštela PU Splitsko-dalmatinske odvede do mjesta L. D., neposredno uz prometnicu P.-L. i pokaže mjesto gdje je odbačeno tijelo pok. P. K., nedvojbeno predstavlja obavijest koju je osumnjičena dala redarstvenim vlastima tijekom kriminalističke obrade.

Shodno upravo navedenom, po ocjeni Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kao drugostupanjskog suda, izdvojeni dio teksta zapisnika o očevidu na listu 97 spisa, koji započinje riječima "Prilikom dolaska na lice mjesta" zaključno sa riječima "odbačeno tijelo", predstavlja reproduciranje sadržaja obavijesnog kazivanja osumnjičene L. K. djelatnicima policije. Kako je odredbom čl. 177. st. 4. ZKP predviđeno da djelatnici redarstvenih vlasti ne mogu građane ispitivati u svojstvu okrivljenika, svjedoka i vještaka (osim situacije opisane u čl. 177. st. 5. ZKP, a u konkretnom slučaju se ne radi o postupanju u skladu s ovom odredbom), to njihova saznanja prikupljena putem neformalnih obavijesti ne mogu biti unešena u dokazni materijal i trebalo ih je temeljem čl. 78. st. 3. ZKP izdvojiti iz spisa. Takva saznanja djelatnika policije pravno mogu imati samo značenje neformalnih obavijesti koje se moraju izdvojiti iz spisa predmeta, kao što je to, uostalom, u ovom slučaju i učinjeno."

U istom predmetu Vrhovni sud u svojoj odluci dalje problematizira izjave osumnjičenice i pred istražnim sucem tijekom provođenja očevida, pa tako navodi:

"Nadalje, u odnosu na drugi izdvojeni dio zapisnika o očevidu, na listu 100 spisa, koji započinje riječima "Nakon dovršenog očevida" zaključno sa riječima "gdje bi navodno ti predmeti bili odbačeni", kao i dio teksta uz foto-dokumentaciju očevida na listu 71 spisa koji predstavlja opis fotografija označenih brojevima 67-70, i Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao drugostupanjski sud, smatra da je s pravom postupio prvostupanjski sud kada je navedene dijelove izdvojio iz spisa predmeta.

Naime, istražni sudac Županijskog suda u Splitu je dana 05. lipnja 2003. godine poduzeo istražnu radnju očevida, sukladno odredbama čl. 244. i čl. 186. ZKP. Nema dvojbe da je u vrijeme poduzimanja radnje očevida istražni sudac imao saznanja o osobama osumnjičenima za izvršenje predmetnog kaznenog djela, što jasno proizlazi iz podataka na listu 3 zapisnika o očevidu (list 99 spisa) gdje se eksplicitno navodi da se prema podacima dobivenih od krim. službenika PP Kaštela kao počinitelji sumnjiče pok. M. V. te L. K.. Dakle, u situaciji kada istražni sudac poduzimajući očevid ima saznanja o osumnjičenim osobama, bez obzira što se očevid poduzima u smislu čl. 186. ZKP prije donošenja rješenja o istrazi, potrebno je, u postupanju prema osumnjičenoj osobi, predmetnu istražnu radnju provesti u skladu s odredbom čl. 225. ZKP. To konkretno znači da je istražni sudac, u trenutku kada je

osum. L. K. došla na lice mjesta, u tijeku vršenja radnje očevida, istoj morao priopćiti zašto se okrivljuje i koje su osnove sumnje protiv nje, upozoriti ju da nije dužna iskazivati, te da ima pravo na stručnu pomoć branitelja, sve u skladu s odredbom čl. 225. st. 2. i 3. ZKP. Prema tome, dio teksta zapisnika o očevidu koji se odnosi na pokazivanje mjesta gdje su odbačeni neki predmeti oštećenika, kao i dio teksta uz foto-dokumentaciju koji predstavlja opis fotografija označenih brojevima 67-70, nezakonit je dokaz, jer je procesno postupanje istražnog suca bilo suprotno odredbom čl. 225. st. 2. i 3. ZKP. Dakle, radi se o nezakonitim dokazima na kojima se, sukladno čl. 9. st. 1. ZKP, ne može utemeljiti sudska odluka, pa je isto trebalo izdvojiti iz spisa."

Međutim, da prilikom ocjene zakonitosti dokaza u odnosu na izjave osumnjičenika tijekom provođenja očevida valja biti naročito oprezan vidljivo je iz daljnje odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-874/03:

"U žalbi opt. V. V. tvrdi se, da se to – što je opt. V. V. prigodom očevida na poseban upit "je li voljan pokazati mjesto gdje je sakrio ono što je nosio", pokazao to mjesto – ne može koristiti kao dokaz u kaznenom postupku, te da njegovo ispitivanje pred redarstvenim vlastima nije bilo zakonito, s obrazloženjem da ono nije izvedeno kao kod istražnog suca (priopćenje zašto se okrivljuje, te zahtjev i mogućnost uzimanja branitelja...), što prema navodima žalbe potvrđuju svjedoci H. M. i N. S.. Time žalitelj želi dokazati, da je ispitivanje opt. V. V. pred redarstvenim vlastima nezakonit dokaz na kojem se ne može temeljiti pobijana presuda, odnosno da je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP u svezi s čl. 9. st. 2. ZKP."

Ovi prigovori nisu osnovani.

Tvrdnja žalitelja, da je opt. V. V., prigodom očevida na poseban upit "je li voljan pokazati mjesto gdje je sakrio ono što je nosio", pokazao to mjesto, još ne znači da je time pokazao mjesto počinjenja kaznenog djela, odnosno da je dao izjavu ili obavijesti redarstvenim vlastima koje bi, prema prigovoru žalitelja, trebalo izdvojiti, pogotovo što u fotodokumentaciji očevida (list 57 do 72) ne postoje fotografije ili opis fotografija na kojima opt. V. V. pokazuje mjesto počinjenja kaznenog djela."

1.2 SVJEDOK

Pojam svjedoka odredbe Zakona o kaznenom postupku posebno ne definiraju, no sudska praksa je utvrdila kriterij da se neka osoba može smatrati svjedokom tek kada ju sud, prihvativši dokazni prijedlog stranke da se određena osoba ispita u svojstvu svjedoka, utvrdi svjedokom²².

²² O tome Županijski sud u Zagrebu u svojoj odluci broj I Kv-9/01 od 26.1.2001.:

" Status svjedoka ili vještaka nije sam po sebi imanentan građanima već se radi o procesnom statusu, a taj status određenom građaninu daje sud svojom odlukom kada odluči da će određeni građanin biti pozvan i saslušan u svojstvu svjedoka ili vještaka. Sam prijedlog stranke za ispitivanje nekog građanina u svojstvu svjedoka ili vještaka još uvijek nije dostatan za dobivanje ovoga svojstva već odluku o tome morao donijeti upravo tijelo koji vodi postupak, a u konkretnom slučaju sud, kako bi taj građanin stekao svojstvo svjedoka ili vještaka."

Uvodno valja istaći da i u odnosu na ispitivanje svjedoka zakonodavac zabranjuje pribavljanje iskaza svjedoka na način da je iskaz iznuđen silom, prijetnjom ili drugim sličnim zabranjenim sredstvom. Na iskazu svjedoka koji bi bio pribavljen na taj način ne može se utemeljiti sudska odluka i on mora biti izdvojen iz spisa predmeta.

Uz opću odredbu da je svaka osoba koja se poziva kao svjedok, dužna se odazvati pozivu te obavezna svjedočiti, zakonodavac određuje iznimke od ovog općeg pravila. On propisuje s jedne strane tko uopće ne može biti ispitan kao svjedokom, dok s druge strane određuje krug osoba koje mogu biti ispitanе kao svjedoci, ali ne moraju, ovisno o njihovoj volji iskazivati.

Krug osoba koje nikada ne mogu biti ispitanе kao svjedoci određen je čl. 233. Zakona o kaznenom postupku²³. Zapisnik o ispitivanju takve osobe uvijek predstavlja nezakoniti dokaz i on kao takav mora biti izdvojen iz spisa predmeta.

Prilikom tumačenja odrednice o nemogućnosti ispitivanja kao svjedoka "branitelja okrivljenika, osim ako to sam okrivljenik ne zahtjeva", valja praviti razliku između sadašnjeg, aktualnog branitelja i odvjetnika koji je u nekoj ranijoj fazi istog kaznenog postupka obavljao zadaću branitelja. Naime, takav odvjetnik koji više nije branitelj okrivljenika nema izričitu zabranu ispitivanja u smislu čl. 233. Zakona o kaznenom postupku, već okolnosti njegovog ispitivanja kao svjedoka valja procjenjivati u smislu čl. 234. Zakona o kaznenom postupku. Iako Vrhovni sud u svojim odlukama nije zauzimao izriječom takav stav, on proizlazi iz odluka u kojima je nalagao prvostupanjskom sudu da u okvirima provjere navoda žalbe ispita kao svjedoka odvjetnika koji je funkcionirao u ulozi branitelja prilikom ispitivanja osumnjičenika pred redarstvenim vlastima, nakon čega je okrivljenik izabrao drugog branitelja. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci I KŽ-562/03:

"U ponovljenom postupku, sud prvog stupnja ponovno će izvesti sve već jednom izvedene dokaze, neposredno će ispitati svjedoka D. P. (tadašnji branitelja osumnjičene – op.a.) o svim okolnostima pod kojima je izveden dokaz ispitivanja tada osum. K. M. pred redarstvenim vlastima (sa traženjem preciznog odgovora koje on to primjedbe kao branitelj imao, a iste nisu registrirane u zapisniku o ispitivanju, na koji način je osum. K. M. davala svoj iskaz, zašto je prekinuto to ispitivanje, koliko je trajao taj prekid ispitivanja, da li je policajac nakon prekida ispitivanja, prije nastavka uvjerio se sam ili uz pomoć liječnika da li je osum. K. M. sposobna za nastavak ispitivanja, posebno će ga ispitati na okolnosti koje je istaknula opt. K. M. na glavnoj raspravi 16. travnja 2003. godine (u pogledu ozljeđivanja osumnjičenicе i način njenog kontaktiranja sa svjedokom - braniteljem)."

Zakonodavac također propisuje u čl. 234. Zakona o kaznenom postupku krug osoba kojima daje pravo autonomnog odlučivanja hoće li svjedočiti ili ne²⁴. Svjedoci iz ove

Za istaći je da Zakon o parničnom postupku razlikuje saslušanje stranaka u postupku u odnosu na saslušanje svjedoka. Ovisno o svojstvu koji ima osoba koju sud ispituje različita su i procesna upozorenja. Za istaći je da članka 304. Kaznenog zakona ne predviđa mogućnost počinjenja ovog kaznenog djela na štetu stranke u parničnom postupku."

²³ - osoba koja bi svojim iskazom povrijedila obvezu čuvanja službene državne ili vojne tajne, dok je nadležno tijelo ne oslobodi te obveze;

- branitelj okrivljenika, osim ako to sam okrivljenik ne zahtijeva.
- okrivljenik u postupku u kojem su primijenjene odredbe članka 29. ovoga Zakona.
- vjerski ispovjednik o onome što mu je okrivljenik ispovjedio

kategorije imaju samostalno pravo odlučivanja hoće li svjedočiti, a da bi njihov iskaz bio valjan dokaz, kada su se odlučili svjedočiti, na ovu povlasticu oni moraju biti izrijekom upozoreni i to upozorenje mora biti upisano u zapisnik prije započinjanja njihovog ispitivanja. Njihovo pravo ne svjedočenja isključeno je jedino ako se radi o kaznenim postupcima za kazneno djelo kaznenopravne zaštite djece i maloljetnika²⁵. U tim postupcima vrednujući individualni interes i opći interes zaštite djece i maloljetnika vrlo često ugroženih upravo u krugu osoba zaštićenih pravom da ne svjedoče, zakonodavac se odlučio za zaštitu interesa djece i maloljetnika.

Također, ako bi maloljetnik koji obzirom na dob i duševnu razvijenost nije sposoban shvatiti značenje prava da ne mora svjedočiti, uopće ne može biti ispitan kao svjedok, ali se kao dokaz mogu koristiti saznanja dobivena od njega putem stručnih osoba ili drugih osoba koje su s njim bile u kontaktu²⁶. Ako bi takav maloljetnik ipak bio osobno ispitan kao svjedok, njegov iskaz predstavljao bi izričitom zakonskom odredbom nezakoniti dokaz.

Propust ne upozoravanja osoba iz kruga naznačenih u čl. 234. st. 1. Zakona o kaznenom postupku na pravo da ne svjedoče ili ne upisivanje ovog upozorenja u zapisnik ima za posljedicu nevaljalost takvog dokaza, kao i svih dokaza koji su proizašli iz njega.

Značajan krug problema otvara se u odnosu na ispitivanje u svojstvu svjedoka osoba koje svoja saznanja crpe iz razgovora sa tzv. privilegiranim svjedocima, koji su u postupku pred sudom prihvatili zakonsku mogućnost ne iskazivanja, a svoje spoznaje o kaznenom djelu "podijelili" su sa nekom drugom osobom.

Dok su raniji pravni stavovi izraženi i kroz publicirane sentence iz odluka Vrhovnog suda ukazivale na dopuštenost korištenja takvih iskaza "svjedoka po čuvenju od privilegiranih svjedoka, novije odluke odstupaju od toga stava.

Tako u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-455/82, formuliranoj u sentencu izrijekom stoji:

"Nije ostvarena apsolutno bitna postupovna povreda iz članka 354. stavak 1. točka 8. ZKP, iako se presuda temelji i na dijelu iskaza svjedoka, saslušanih protivno članku 228. ZKP, tj. u pogledu onoga što su saznali od privilegiranog svjedoka - žene optuženika i ujedno oštećenice koja je kasnije prihvatila blagodat nesvjedočenja. Sud je, naime, u ovom slučaju utemeljio svoju odluku o krivnji optuženika prvenstveno na materijalnim dokazima. Tako je sud u odnosu na povredu, za koje inače na temelju medicinske dokumentacije i mišljenja sudskomedicinskog vještaka proizlazi da ih je oštećenica zadobila baš kritičnog događaja,

²⁴ - bračni ili izvanbračni drug okrivljenika,
- rođaci okrivljenika u uspravnoj lozi, rođaci u pobočnoj lozi do trećega stupnja zaključno te srodnici po tazbini do drugoga stupnja zaključno,
- posvojenik i posvojitelj okrivljenika,
- odvjetnici, javni bilježnici, porezni savjetnici, liječnici, zubari, ljekarnici, primalje i socijalni radnici o onome što su u obavljanju svoga zanimanja saznali od okrivljenika, (osim kada postoji zakonski osnov po kojoj su oslobođeni dužnosti čuvanja službene tajne)
- novinari i njihovi urednici u sredstvima javnog priopćavanja o izvorima obavijesti i podataka za koje su saznali u obavljanju svoga zanimanja i koji su uporabljeni prilikom uređivanja sredstava javnog priopćavanja, osim u kaznenom postupku zbog kaznenih djela protiv časti i ugleda počinjenih putem sredstava javnog priopćavanja. (osim kada postoji zakonski osnov po kojoj su oslobođeni dužnosti čuvanja službene tajne)

²⁵ čl. 234. st. 6. Zakona o kaznenom postupku.

²⁶ Ovo je, u cilju zaštite djece i maloljetnika, iznimka u odnosu na doktrinu plodova otrovne voćke i zabrane upotrebe dokaza izvedenog iz nezakonitog dokaza.

utvrdio da ih je njoj zadao upravo optuženik, i to na osnovi rezultata uviđaja na mjestu izvršenja djela kao i na temelju posebnoga izvještaja organa unutarnjih poslova iz kojega proizlazi da su milicionari, nakon primljene telefonske obavijesti, stigavši u stan optuženika, tamo zatekli oštećenicu naslonjenu na zid, povrijeđenu i krvavu, a optuženika kako u pijanom stanju leži na krevetu, kraj kojega je na parketima bio zaboden nož, što sve, u stvari, predstavlja samo konstataciju zatečenog stanja. Očito, dakle, da bi već na osnovi iznesenoga, i bez obzira na dio iskaza svjedoka kao nevaljan dokaz, bila donesena ista presuda. To pogotovo kad optuženik, koji se događaja uopće ne sjeća (utvrđena je njegova neuračunljivost u vrijeme izvršenja djela), ne tvrdi da njegova žena kad ne bi bila povrijeđena, niti je u bilo kojem času aludirao na neku drugu osobu kao mogućeg učinioca djela."

Na isti način referira se i odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-311/99, u kojoj izričito stoji:

"Međutim, sud prvog stupnja je osnovano odbio prijedlog obrane da je iskaz svjedokinje dr. L. K. nedopušten dokaz, bez obzira na činjenicu što ona ima saznanja o počinitelju djela na temelju kazivanja ošt. A. D. (str. 3 st. 1 presude), kojemu je, kao liječnica, pružala prvu pomoć i koji joj je izjavio da ga je brat (optuženik) ubo nožem, a što je onda i konstatirano u bolničkoj prijavi (l. 3) i u svezi s tim u izvješću Opće bolnice - Kirurgije u P. (l. 32). Jer, niti jednom odredbom ZKP nije propisano da se na temelju iskaza svjedoka koji imaju saznanja o kaznenom djelu i počinitelju tog djela ne bi mogla zasnivati presuda ukoliko su do tog saznanja došli na osnovu kazivanja privilegiranih svjedoka.

Stoga nije ostvarena bitna postupovna povreda iz čl. 367. st. 2. ZKP/97."

Suprotno ovom stavu, Vrhovnog suda Republike Hrvatske zauzeo je drugačiji stav u odluci broj I Kž-486/02:

"U konkretnom slučaju, tvrdi žalitelj, nema nikakve prepreke da se o sadržaju iskaza privilegiranih svjedoka koji su oni dali slobodno izvan pa i prije pokrenutog kaznenog postupka pred drugim građanima, ti građani ispituju kao svjedoci jer ti građani nisu od privilegiranog svjedoka tražili nikakav iskaz već su oni slobodnom voljom odlučili pred njima iskazivati, tako da se ne može u naknadno pokrenutom kaznenom postupku, pozivanjem na blagodat nesvjedočenja, obezvrijediti i isključiti takav njihov iskaz.

Suprotno stajalištu žalitelja, sud prvog stupnja pravilno je izdvojio dijelove zapisnika istražnog suca o ispitivanju spomenutih svjedoka smatrajući da svaka izjava svjedoka, koji je oslobođen od svjedočenja po čl. 234. ZKP, bilo da je svjedok dao izjavu izvan kaznenog postupka ili u kaznenom postupku, prije nego što je upozoren po čl. 234. st. 3. ZKP, je pravno nevaljan dokaz, na kojem se ne može temeljiti sudska odluka.

Naime, iako su svjedokinja M. P. i V. B. iskazivale o okolnostima koje su saznale od privilegiranog svjedoka, koji se u naknadno pokrenutom kaznenom postupku prihvatio blagodati, što žalitelj posebno naglašava, i takvo iskazivanje nepriviligiranih svjedoka cijeni se kao dokaz za koji se saznalo iz iskaza privilegiranog svjedoka, a koji ne može biti izveden pred sudom.

Stoga se upravo radi o situaciji koja je regulirana odredbom čl. 9. st. 2. ZKP, a takav iskaz prema odredbama ZKP ne smije biti korišten prilikom donošenja sudske odluke, odnosno predstavlja nezakonit dokaz."

Ovaj posljednji stav ukazuje na moguću promijenjenu praksu u ocjeni zakonitosti ovakvog dokaza.

1.2.1 Posebnost glede ispitivanja djelatnika redarstvenih vlasti kao svjedoka

Kako je to ranije navedeno, iz spisa predmeta, obzirom da to zakon izrijekom određuje moraju biti izdvojene **sve** službene zabilješke odnosno zapisnici koje su u redarstvene vlasti sastavile na temelju obavijesti koje su im dali građani, odnosno osumnjičenik ispitivan bez nazočnosti branitelja²⁷. Raniji tekst Zakona o krivičnom postupku ovakvo izdvajanje iz spisa predmeta predviđao je jedino za zabilješke koje su sastavljene o razgovorima sa okrivljenikom odnosno osobama koje spadaju u krug tzv. Privilegiranih svjedoka.

Međutim, nije rijedak slučaj da se djelatnici redarstvenih vlasti budu tijekom kaznenog postupka predloženi kao svjedoci, te da u tom svojstvu budu i ispitani. U odnosu na njihovo ispitivanje, oni bi u naravi bili moguće "svjedoci po čuvenju", kada bi prepričavali sadržaj njihovih razgovora sa građanima. Međutim, takav njihov iskaz kao svjedoka predstavlja nezakoniti dokaz. Naime, iako se radi o osobama koje imaju saznanja o činjenicama važnim za kazneni postupak, sudovi su dužni voditi računa jesu li djelatnici redarstvenih vlasti koji se ispituju kao svjedoci da ovih saznanja došli obavljanjem razgovora u okvirima svoje službene dužnosti, o čemu bi i inače bili dužni sačiniti posebne bilješke o obavljenim razgovorima sa građanima, ili se radi o njihovim saznanjima pa i u vezi sa obavljanjem njihove službene dužnosti, ali do kojih su došli vlastitim opažanjem. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci broj I KŽ-650/00:

"Naime, u navedenim dijelovima zapisnika svjedok R. S. je pred istražnim sucem prepričao sadržaj svog razgovora, što ga je kao djelatnik policije vodio sa III-opt. T. K., a bez prisutnosti branitelja tog optuženika. Sukladno odredbi čl. 177. st. 6. ZKP, jedino se zapisnici redarstvenih vlasti o iskazu osumnjičenika u nazočnosti branitelja (prema odredbi st. 5. čl. 177. ZKP) mogu koristiti kao dokaz u kaznenom postupku, pa nedvojbeno proizlazi da se zapisnici redarstvenih vlasti o iskazu osumnjičenika bez nazočnosti branitelja uopće ne mogu koristiti kao dokaz u kaznenom postupku. Kako je R. S. djelatnik policije, koji je kao svjedok pred istražnim sucem iskazivao, između ostalog, i o sadržaju svog razgovora za III-opt. T. K., a taj razgovor je vođen bez prisutnosti branitelja III-optuženika, sasvim je jasno da zapisnik o iskazu tog optuženika, kao i iskaz svjedoka kojim se prepričava sadržaj takvog razgovora, predstavljaju zakonom zabranjene dokaze, odnosno dokaze za koje se saznalo iz tih dokaza, a prema čl. 9. ZKP."

Kako je vidljivo, sudska praksa u tome zauzela je jasan stav da se djelatnici redarstvenih vlasti ne smiju ispitivati na način da se njihovim iskazom u spis predmeta involvira njihovo saznanje koje su dobili, izvršavajući svoje dužnosti u smislu izvida kaznenog djela, obavljanjem razgovora sa građanima. Ukoliko se u spisu predmeta ipak nađe takav dio iskaza, on predstavlja nezakoniti dokaz, ali ne nužno kao cjelina, već često samo u tom dijelu u kome se u spis predmeta involvira sadržaj saznanja iz obavijesnih razgovora kao izvida kaznenog djela. Naime, iste ove osobe mogu imati i na temelju osobnog zapažanja izvorna saznanja o kaznenom djelu ili nekim drugim okolnostima važnim za proces

²⁷ čl. 78. st. 3. Zakona o kaznenom postupku

dokazivanja. U tom segmentu njihovi iskazi dopušteni su i ne ulaze u kategoriju nezakonitog dokaza.

O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u više svojih odluka.

"Protivno stavu optuženika nema zapreka da se djelatnici policije saslušaju kao svjedoci o onome što im je poznato o kaznenom djelu, počiniteljima i o drugim činjenicama vezanim za kazneni postupak, osim što se tiče obavijesti dobivenih od optuženika na osnovu čl. 177. ZKP."

VSRH u odluci broj I Kž-4/00

"Djelomično je u pravu optuženik kada navodi, da je iz spisa trebalo izdvojiti i one dijelove iskaza djelatnika policije koji se odnose na iskazivanje o pokazivanju mjesta kaznenog djela (izdvojeni dio iskaza svjedoka T. B.), jer je službena bilješka na okolnosti pokazivanja mjesta kaznenog djela od strane opt. I. B. izdvojena iz spisa predmeta (list spisa 809). Nadalje, djelatnici policije ne mogu iskazivati o rezultatima poligrafskog testiranja (izdvojeni dio iskaza svjedoka A. B.), jer isto predstavlja samo obavijest koju je okrivljenik dao djelatnicima policije u smislu čl. 186. st. 4. ZKP (ranije čl. 177. st. 4. ZKP). Izdvojeni dio iskaza svjedoka M. S. proizlazi iz saznanja svjedoka T. B. do kojih je ovaj došao kroz razgovor sa optuženikom, koji nije bio obavljen u skladu s odredbama ZKP, iz kojeg je razloga i službena bilješka o tom razgovoru izdvojena iz spisa predmeta, te su iz tog razloga izdvojeni i citirani navodi, jer proizlaze iz tog nezakonitog dokaza.

U preostalom dijelu iskazi svih djelatnika policije, čije se izdvajanje traži u cijelosti, predstavljaju ili vlastita opažanja djelatnika policije ili zaključke, te su isti iskazivali o načinu vršenja obrade konkretnog predmeta, o čemu djelatnici policije mogu iskazivati, te u tom dijelu žalba optuženika nije mogla biti prihvaćena."

VSRH u odluci broj I Kž-364/03

"Nije u pravu žalitelj kada tvrdi da je iskaz svjedoka Ž. P., policajca, u cijelosti nezakoniti dokaz i da ga je sud bio dužan izdvojiti iz spisa predmeta, ali kako to nije učinio, već je na njemu temeljio svoju odluku, da je počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP-a.

Točno je da je obrana tijekom postupka predlagala da se iz spisa predmeta izdvoji cijeli iskaz svjedoka P., a sud je rješenjem na glavnoj raspravi od 20. 5. 2004. godine izdvojio samo dio toga iskaza.

Dio iskaza koji je ostao u spisu predmeta i koji je sud prvog stupnja koristio prilikom donošenja presude nije nezakoniti dokaz na kojemu se ne može temeljiti odluka.

Taj se dio iskaza ne odnosi na podatke o tome što je tijekom obavljanja informativnih razgovora svjedoku rekao opt. A. J., nego na tijek operativnih radnji koje je poduzela policija da bi pronašla materijalne tragove dijela i na tijek očevida, koji je obavljen nakon što su u blizini kuće, u kojoj stanuje opt. T., pronađeni predmeti za koje se sumnjalo da su uporabljeni prilikom izvršenja djela.

Sud je, dakle, postupio u skladu s odredbom čl. 78. ZKP-a i iz spisa izdvojio one dijelove iskaza svjedoka koji se odnose na podatke do kojih je on došao tijekom prikupljanja obavijesti i informativnog razgovora sa opt. J. i na tim dijelovima iskaza sud nije temeljio

svoju odluku. Stoga nije prihvatljiva tvrdnja žalitelja da je počinjena bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP-a."

VSRH u odluci broj I Kž-794/04

"Osnovano je sud prvog stupnja utvrdio da su djelatnici policije postavili zasjedu, dakle izvršili izvidnu radnju na koju su ovlaštene odredbom čl. 177. st. 2. ZKP-a, u kojoj je propisano da redarstvene vlasti, kada postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo koje se goni po službenoj dužnosti, radi otkrivanja počinitelja djela i osiguravanja tragova djela i predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz, mogu za prijeko potrebno vrijeme kretanje određenih osoba na određenom prostoru kontrolirati.

Upravo tako su i postupili djelatnici policije. Njihov je zadatak bio promatranje tko dolazi u kuću u Z. broj 15 i s kim kontaktira, jer je policija raspolagala podacima iz kojih je proizlazila osnovana sumnja da se u toj kući vrši prodaja opojne droge, ali nisu imali podatke o tome tko drogu prodaje."

VSRH u odluci broj I Kž-93/04

"U odnosu na iskaz svjedoka R. i L. (policajci kao svjedoci – op.a.) o uočavanju u policijskog postaji iste ženske osobe koju su vidjeli da vozi automobil optuženog Z. L. jadranskom magistralom u 8,32 sata, valja istaći da njihov iskaz doista nije temeljen na radnji prepoznavanja, koja ne bi bila valjana obavljena. Naime, i u ovom slučaju ovi svjedoci su iskazivali o svojim neposrednim opažanjima, koja nisu vezana za njihovo profesionalno svojstvo djelatnika redarstvenih vlasti, a nakon takovog uočavanja iste ženske osobe u policijskoj postaji, radnja prepoznavanja u formalnom smislu ukazuje se nesvrhovitom, pa je za utvrđenje kaznene odgovornosti, kako to ispravno zaključuje i prvostupanjski sud, bio dostatan i svjedočki iskaz ovih svjedoka."

VSRH u odluci broj I Kž-339/01

"Nije u pravu žalitelj, kada tvrdi, da je sud, prihvaćajući iskaz svjedoka, policajca, A. D. "prijegao honoriranju dokaza prikupljenih na nezakoniti način i protivno odredbi čl. 182. st. 6. ZKP-a", koje je bio dužan izdvojiti iz spisa predmeta, aludirajući time da je sud počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 376. st. 2. ZKP-a, iako to izričito ne tvrdi.

Iz spisa predmeta i iskaza spomenutog svjedoka proizlazi da je policija, tijekom izvidnih radnji koje je prema odredbi čl. 177. ZKP-a nadležna i dužna izvršiti ako postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo, poduzela prikrivenu izvidnu radnju, promatranjem stana koji je koristio optuženik, jer je imala operativna saznanja da u stan dolaze mlađe osobe koje su u kontaktu s drogom.

Tu prikrivenu izvidnu radnju kojom se, za razliku od posebnih izvada propisanih u čl. 180. st. 1. toč. 3. ZKP-a, promatra određeno mjesto, a ne osoba ili predmet, policija je ovlaštena poduzimati prema odredbi čl. 98. st. 2. toč. 1. Pravilnika o načinu policijskog postupanja, ako opravdano ocijeni da drugim mjerama ne može otkriti kazneno djelo ili počinitelja.

Prema tome o svim činjenicama koje su uočili djelatnici policije, koji su poduzimali ovu taktičko-tehničku mjeru u postupku izvada kaznenog djela, oni mogu tijekom kaznenog postupka iskazivati, pa iskaz svjedoka A. D. o tome što je uočio promatrajući prostor ispred stana optuženika nije nezakoniti dokaz, kao što pogrešno smatra žalitelj."

VSRH u odluci broj I KŽ-37/03

Kako izgleda pitanje zakonitosti dokaza u odnosu na ispitivanja djelatnika redarstvenih vlasti koji su stvarno provodili posebne izvidne mjere kojima se privremeno ograničavaju ustavna prava i slobode, a koja mjera je određena odlukom suda i povjerena upravo redarstvenim vlastima u smislu čl. 180 Zakona o kaznenom postupku?

Određeni stav o zakonitom ispitivanju djelatnika redarstvenih vlasti o tijeku provođenja posebnih izvidnih mjera vidljiv je u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I KŽ-1051/04:

"Nije u pravu žalitelj s navodima da je ispitan svjedok D. H. svjedok "po čuvenju", koji je saznanja crpio iz službenih zabilješki ili prenesenih informacija od drugih osoba, da nije bio niti određen kao izvršitelj mjera iz čl. 180. ZKP, pa da se stoga, po čl. 78. st. 1., 2. i 3. ZKP, njegov svjedočki iskaz u ovom kaznenom predmetu ukazuje kao nezakoniti dokaz.

Naime, prvostupanjski sud je pravilno postupio kada je odbio zahtjev branitelja za izdvajanje zapisnika o saslušanju svjedoka D. H. jer iz spisa, te zapisnika o ispitivanju svjedoka od 31. listopada 2001. godine, proizlazi da je isti bio određen kao policijski djelatnik nakon dobivenog naloga suda za provođenje mjera iz čl. 180. ZKP, a kao rukovoditelj koordinirao je preko radio i GSM veze radom policijskih djelatnika koji su obavljali neposredan nadzor, te kako se upravo u skladu s odredbom čl. 180.a. ZKP, osobe koje su provele mjere mogu ispitati kao svjedoci, on je i ispitan kao svjedok o tijeku provođenja mjera. Okolnost da svjedok crpi saznanja od drugih osoba, tj. "po čuvenju", može utjecati samo na ocjenu vjerodostojnosti njegovog iskaza, a ne i na zakonitost tog dokaza."

U praksi ipak najčešći slučaj potrebe ispitivanja djelatnika redarstvenih vlasti koji su provodili ove mjere predstavlja potreba ispitivanja prikrivenog istražitelja. U naravi, i oni su svjedoci po čuvenju, ali o onom što su saznali iz razgovora, no ovaj puta od osobe koja je u kaznenom postupku gdje će biti ispitivani kao svjedoci ili sam okrivljenik ili svjedoka. Obzirom da svojstvo prikrivenog istražitelja može imati samo djelatnik redarstvenih vlasti, sudska praksa gramatičkim tumačenjem zakona zauzela je izričit stav da se prikrivenog istražitelja²⁸ može ispitati kao svjedoka i da to predstavlja zakoniti dokaz samo u dijelu u kojem će on iskazivati o tijeku provođenja same mjere, a njegov iskaz odnosi se na opažanja koja nisu rezultat njegovog razgovora sa osumnjičenikom ili nekom drugom osobom. Dakle, njegovo ispitivanje o sadržaju razgovora koje je vodio sa osobama u čiji milje se infiltrirao predstavljalo bi nezakoniti dokaz. Ovakav stav izrijeком je izražen u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I KŽ-529/04:

"Pouzdanik kao i prikriveni istražitelj, u odnosu na koje zakon ne pravi posebnu razliku, su osobe koje su provele posebne izvide i mogu se u postupku ispitati kao svjedoci samo o tijeku provođenja mjera, ali ne i o tome što im je osumnjičenik priopćio. Dopuštenošću takvog ispitivanja bi se tako na zaobilazan način u dokazni materijal unosio

²⁸ Izmjene Zakona o kaznenom postupku 2002. godine uvode i pojam "pouzdanika", koji pojam posebno nije definiran. U praksi pouzdanikom se smatra osoba bliska kriminalnom miljeu, koja je u posebnom odnosu sa redarstvenim vlastima i koja za potrebe redarstvenih vlasti, jer je bliža kriminalnom miljeu, obavlja neku posebnu izvidnu mjeru kojom se ograničavaju ustavna prava. Međutim, zakonodavac i u odnosu na ovu osobu, iako ne spada izvorno u pojam redarstvenih vlasti uvodi ograničenje u mogućnosti njegovog ispitivanja ponovno samo na okolnosti tijeka provođenja mjere u kojoj je sudjelovao.

iskaz osumnjičenika koji je dan bez upozorenja i bez prisustva branitelja (čl. 177. st. 4. Zakona o kaznenom postupku). Saznanja dobivena korištenjem posebnih izvida iz čl. 180. Zakona o kaznenom postupku imaju samo spoznajnu, ali ne i dokaznu vrijednost.

Mjere ograničenja ustavnih prava građana iz čl. 180. Zakona o kaznenom postupku posebni su oblici izvida kaznenih djela iz čl. 177. Zakona o kaznenom postupku, kako to proizlazi već i iz podnaslova, i to su radnje koje imaju kriminalistički značaj, a ne formalne istražne radnje, kojima se prikupljaju dokazi. Rezultati izvida imaju snagu dokaza samo ako to zakon izričito propiše, ali i tada, kao i svi drugi dokazi, moraju biti u skladu s pravilom iz čl. 9. Zakona o kaznenom postupku.

Mogućnost ispitivanja tih osoba kao svjedoka odnosi se samo na tijek provođenja mjera, tj. na djelovanje tih osoba u vezi s izdavanjem naloga i provedbe mjera.

Naime, prema pravnom stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, dosadašnjoj sudskoj praksi i pravnoj teoriji, nije sporno da prikriveni istražitelji kao policijski službenici, a u odnosu na kojeg zakon ne pravi razliku prema pouzdaniku, ne obavljaju ispitivanje građana prema odredbama Zakona o kaznenom postupku. Prepričavanjem sadržaja razgovora s osumnjičenikom u njegovom svjedočkom iskazu na sudu, na zaobilazan način unosili bi se u dokazni materijal oni elementi koji ne mogu biti osnovom donošenja presude.

Pouzdanik i prikriveni istražitelj može se saslušati kao svjedok, uglavnom zaštićeni, i to na okolnost njegovih osobnih zapažanja i neposrednih saznanja o tijeku provođenja mjera, ali ne na okolnost što bi im osumnjičenik rekao u neformalnom razgovoru."

O istoj problematici Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I KŽ-777/01, dakle prije izmjena Zakona o kaznenom postupku koje su dale mogućnost ispitivanja prikrivenog istražitelja „o okolnostima tijeka provođenja mjere“:

"Naime, nije sporno da je prikriveni istražitelj na temelju valjanog naloga istražnog suca poduzeo mjeru simuliranog otkupa droge sukladno odredbi čl. 180. st. 1. toč. 4. i 5. ZKP, te je realizacijom tih mjera i postavljanjem kriminalističke klopke uspješno otkrivena djelatnost zlouporabe opojnih droga, koja je predmet ovog kaznenog postupka. Ali, treba reći da materijali pribavljeni ovakovim postupanjem redarstvenih vlasti mogu biti valjani temeljem sudske presude u kaznenom postupku, samo ako nisu suprotni inače postojećim načelima koja vrijede za zakonitost dokaza u smislu čl. 9. st. 2. ZKP, jer u protivnom nemaju dokaznu, već samo spoznajnu vrijednost relevantnu za usmjeravanje prethodnog kaznenog postupka i istrage u cilju otkrivanja djela i njihovih počinitelja.

ZKP ne dopušta da djelatnici redarstvenih vlasti ispituju građane kao okrivljenike, svjedoke i vještake (čl. 177. st. 4.), zbog čega se ono što su prikriveni istražitelji (koji su djelatnici redarstvenih vlasti) saznali od građana (pa stoga i osumnjičenika) ne može unositi u dokazni materijal, bilo preko izvješća prikrivenog istražitelja, bilo posredno, u obliku svjedočkog iskaza prikrivenog istražitelja. To, nadalje, znači da takva saznanja prikrivenih istražitelja pravno mogu imati samo značenje neformalnih obavijesti, tj. zabilješke koje se na kraju istrage moraju izdvojiti iz spisa, ako se odnose na izjave građana (čl. 78. st. 3. ZKP).

Nasuprot izloženom, podaci o neposrednom opažanju prikrivenog istražitelja (dakle, o onom što je prikriveni istražitelj osjetilima vida, njuha, opipa i sl. zapazio) prilikom provođenja mjere kojom se privremeno ograničavaju ustavna prava okrivljenika, mogu biti kroz njegov svjedočki iskaz korišteni kao dokaz u kaznenom postupku, a što je sukladno i

stajalištu da pripadnici redarstvenih vlasti mogu svjedočiti o onome što im je poznato iz takvog neposrednog opažanja, jer se time ne dovodi u pitanje odredbe čl. 177. st. 4. ZKP, a podredno treba reći da tako prikriveni istražitelj nema ni ulogu "svjedoka po čuvenju"."

Ovakav stav u praksi može stvarati probleme u postupku dokazivanja je li postupanje djelatnika redarstvenih vlasti predstavljalo poticanje na počinjenje kaznenog djela. Međutim, problematičnost ovog utvrđenja, prema stavovima Vrhovnog suda Republike Hrvatske ne dovodi u pitanje ranije izražen načelni stav o nemogućnosti ispitivanja kao svjedoka prikrivenog istražitelja u odnosu na sadržaj njegovog razgovora sa osumnjičenikom, pa dakle niti na okolnost utvrđenja radi li se o poticanju na izvršenje kaznenog djela ili ne.

Mogući odgovor na problem nemogućnosti ispitivanja djelatnika prikrivenih istražitelja - redarstvenih vlasti o okolnostima vođenih razgovora u kriminalnoj grupi u koju se infiltrirao nude posljednje izmjene ZUSKOK-a od 14. ožujka 2005 godine. Ovim izmjenama i dopunama ZUSKOK-a izmijenjen je i dio koji se odnosi na mogućnost ispitivanja prikrivenog istražitelja o sadržaju razgovora koje je vodio sa osumnjičenicima, uvođenjem novog članka 42b koji glasi:

(1) Prikriveni istražitelj kao službena osoba redarstvenih vlasti može se ispitati kao svjedok o sadržaju razgovora koje je vodio s osobama prema kojima je određena mjera privremenog ograničenja ustavnih prava i sloboda iz članka 180. stavka 1. točke 4. i 5. ZKP i članka 42. ovoga Zakona, kao i svim sudionicima kaznenog djela radi čijeg otkrivanja i dokazivanja je ta mjera bila određena, ako postoji bojazan da te osobe zbog stvarnih ili pravnih razloga neće iskazivati na glavnoj raspravi.

(2) U slučaju iz stavka 1. ovoga članka, Ravnatelj Ureda će bez odgode od istražnog suca zatražiti ispitivanje prikrivenog istražitelja kao svjedoka, u smislu odredbe članka 185. ZKP, uz istodobni prijedlog da se ta radnja poduzme uz poseban način ispitivanja i sudjelovanja svjedoka u postupku (članak 238.c ZKP).

(3) Zapisnik s ročišta za poseban način ispitivanja i sudjelovanja svjedoka u postupku, može se koristiti:

1. u postupku donošenja odluke o osiguranju prisilnog oduzimanja sredstava, prihoda ili imovine ostvarene kaznenim djelom iz članka 21. ovoga Zakona,

2. u kaznenom postupku u kojem je prvostupanjski sud valjano utvrdio da je osoba protiv koje je bila određena mjera iz stavka 1. ovoga članka, počinila i neko drugo kazneno djelo osim onih iz članka 21. ovoga Zakona.

Ova izmjena očigledno predstavlja odgovor zakonodavca na gramatičko tumačenje zakona o ovoj problematici, koje je primijenjeno u zauzimanju pravnih shvaćanja od strane sudbene vlasti. Međutim, iako nova pravna norma predstavlja značajan iskorak, ona ipak ograničava mogućnost korištenja iskaza prekrivenog istražitelja kao svjedoka kao zakonitog dokaza na slučajeve „ako postoji bojazan da te osobe zbog stvarnih ili pravnih razloga neće

iskazivati na glavnoj raspravi“. Određenje pojmova „bojazan“, „stvarni razlozi“ i „pravni razlozi“ prepuštena je očito sudskoj praksi.

Daljnji iskorak u ovoj normi koja predstavlja proširenje odnosi se i na opsegu zakonite primjene dokaza u kome je moguće koristiti spoznaje za dokazivanje kaznenog djela mjerom prikrivenog istražitelja po kriteriju ovoga članka, a i za kaznena djela koja ne spadaju u nadležnost USKOK-a²⁹.

Međutim, kako se radi o najnovijim izmjenama teksta zakona, o ovoj problematici još nema stava sudske prakse. No, primjeni li se princip gramatičkog tumačenja zakona, kakav je bio u istoj problematici primijenjen i ranije, rezultat ove norme je jasan.

1.2.2 "krunski svjedok"

Pojam "krunskog svjedoka" uveden je odredbama Zakona o uredu za sprečavanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (ZUSKOK). Kolokvijalnim govorom ta osoba označava se pojmom "pokajnik".

Njegovo pojavljivanje pred sudom, nakon što mu je sud u propisanoj proceduri, na prijedlog ovlaštenog tužitelja podijelio status "krunskog svjedoka" posebno je regulirano odredbama ZUSKOK-a³⁰.

Međutim, da bi osumnjičenik ili okrivljenik, ali prije pojavljivanja na glavnoj raspravi, stekao svojstvo "krunskog svjedoka", on biva ispitan od ovlaštenog tužitelja i to u svojstvu svjedoka. Njegov iskaz vrednuje kako državni odvjetnik, tako i sud u posebnom postupku za dodjeljivanje svojstva krunskog svjedoka.

U slučaju odstupanja od iskaza kakav je iznio pred ovlaštenim tužiteljem, postoji mogućnost nastavka njegovog progona radi kaznenog djela u postupku u kome je stekao svojstvo krunskog svjedoka, a tada da bi se utvrdilo postoji li to odstupanje, sudovi bi bili dužni uzeti u razmatranje i zapisnik koji je ovlaštenu državni odvjetnik sastavio pri ispitivanju takve osobe u vrijeme kada je ona još bila osumnjičenik ili okrivljenik u istrazi, a samo ispitivanje bilo je provedeno po pravilima za ispitivanje svjedoka.

Ovaj slučaj predstavlja jedinu iznimku kada bi zapisnik o ispitivanju, od strana ovlaštenog državnog odvjetnika, određene osobe prema pravilima o ispitivanju svjedoka mogao biti korišten i pred sudom³¹.

1.3 VJEŠTAK

²⁹ čl. 42b. st. 3. toč. 2. ZUSKOK-a

³⁰ vidi Damir Kos, Dražen Tripalo; Komentar zakona o USKOK-u; Narodne novine 2001. godine

³¹ do sada u praksi nije bilo takvih slučajeva

Za utvrđivanje odlučnih činjenica u kaznenom postupku vrlo često nužno je provođenje raznih vrsta vještačenja.

U praksi rijetki su slučajevi izdvajanja iz spisa predmeta nalaza i mišljenja vještaka kao izvorno nezakonitog dokaza, no teoretski oni ipak postoje. Takvi slučajevi zamislivi su u predmetima u kojima je provedeno vještačenje od osobe koja prema odredbi čl. 250 st. 1. i 2. Zakona o kaznenom postupku³², koja propisuje koje osobe se ne mogu uzeti kao vještaci, te postoje razlozi za njeno izuzeće. O tome Županijski sud u Zagrebu u svojoj odluci broj IV 850/02:

"Nije u pravu žaliteljica kada u žalbi navodi da se u konkretnom slučaju radi o vještačenju kazeta obavljenom po oštećeniku, pa već samim tim o dokazu, koji je proveden protivno odredbama Zakona o kaznenom postupku, pa se po žaliteljici ima smatrati nezakonitim dokazom.

Zapisnik koji prileži spisu na listu 8 i 9 ne može se smatrati vještačkim nalazom, jer je sam po sebi već nazvan nalazom stručnog pregleda video kazeta, koji je sačinjen u Društvu za zaštitu audiovizualnih djela i potpisan po predsjedniku društva. Prema tome, odredba čl.250 ZKP, koji propisuje, koje osobe se ne mogu uzeti za vještake, odnosno koji su razlozi za izuzeće vještaka, ne odnosi se na takvu vrstu dokaza. Međutim, takav zapisnik o pregledu stvari obavljen po oštećeniku, može predstavljati dokaz i podliježe ocjeni suda u sklopu s drugim dokazima, pa tako i vještačkim nalazom, ukoliko sud ocijeni da je vještačenje potrebno provesti. Stoga nije bilo zakonske osnove za izdvajanjem ovog dokaza kao nezakonitog, jer se radi o utvrđenju činjenice po oštećeniku, a na sudu je, da po provedenom dokaznom postupku, ocijeni stupanj njene relevantnosti, odnosno da li će takav dokaz prihvatiti kao vjerodostojan ili ga ocijeniti nevjerodostojnim u odnosu na druge, u postupku provedene dokaze."

Puno češći slučajevi u praksi su oni kada do izdvajanja vještačkog nalaza dolazi kao rezultat doktrine plodova otrovne voćke. Naime, vrlo često predmet vještačenja su određeni spisi ili predmeti. O zakonitosti takvih vještačenja presudno odlučuje zakonitost prethodne radnje kojom su ti spisi ili predmeti prikupljeni. Utvrdi li sud da je način pribavljanja ovih predmeta bio suprotan zakonu i kao takva sama radnja bude proglašena nezakonitom³³, prema ranije citiranoj doktrini postaju nezakoniti i svi dokazi proizašli iz nezakonito provedene radnje, pa prema tome i sam nalaz i mišljenje vještaka.

Upravo ova problematika predstavlja uvod i u drugu cjelinu.

³² čl. 250 Zakona o kaznenom postupku:

(1) Za vještaka se ne može uzeti osoba koja ne može biti ispitana kao svjedok ili osoba koja je oslobođena dužnosti svjedočenja, a ni osoba prema kojoj je kazneno djelo počinjeno, a ako je uzeta, na njezinu nalazu i mišljenju ne može se temeljiti sudska odluka.

(2) Razlog za izuzeće vještaka postoji i u svezi s osobom koja je zajedno s okrivljenikom ili oštećenikom zaposlena u istom državnom tijelu ili kod istoga poslodavca

³³ npr. pretraga doma ili privremeno oduzimanje predmeta utvrđeno kao nezakonit dokaz (radnja).

2. DOKAZI ČIJI JE NOSITELJ PREDMET O ČIJOJ ZAKONITOSTI PRIKUPLJANJA I SAČINJAVANJA OVISI ZAKONITOST IZVOĐENJA SAMOG DOKAZA

Vrlo često u postupku dokazivanja da je određena osoba počinila kazneno djelo, radi utvrđivanja odlučnih ili kontrolnih činjenica sudovi izvode dokaze bilo pregledavanjem određenih predmeta kao takvih (nož, kolac i sl.), bilo izvođenjem dokaza čitanjem, gledanjem ili slušanjem, kada je nosilac dokaznog sadržaja neki predmet (medij na kome je zabilježena određena odlučna činjenica i sl). O zakonitosti pribavljanja tih predmeta često ovisi i zakonitost samog dokaza.

Često zna biti problematizirano pitanje izvornosti ili fotokopije dokumenta čiji sadržaj je važan za proces dokazivanja. Iako načelno postoji stav o potrebi da se sudu dokumenti predaju u izvorniku, taj sav sam po sebi ne isključuje mogućnost korištenja kao zakonitog dokaza i preslike nekog dokumenta. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-645/01:

"U pravu su optuženici kada navode da se svi dopisi koji imaju značenje dokaza podnose u izvorniku, što u konkretnom slučaju nije učinjeno sa zapisnikom o ispitivanju osumnjičenika N. Š. od 8. svibnja 1999. godine (list 72-74 spisa), niti je prvostupanjski sud, unatoč nastojanju, uspio pribaviti izvornik tijekom postupka. Međutim, protivno žalbenim navodima ne može se prihvatiti da se radi o nezakonitom dokazu u smislu čl. 9. st. 2. ZKP, samo iz tog formalnog propusta budući opt. Š. ne osporava autentičnost tog zapisnika, isti nije pribavljen kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, a sam optuženik je i u tijeku glavne rasprave, kada je iznosio obranu, izjavio da ostaje kod te obrane, koja je zatim pročitana i za koju je naveo da je upravo, ono što je pročitano, govorio pred redarstvenim vlastima. Osim toga, s obzirom da optuženik Š. u cijelosti poriče počinjenje djela nije prihvatljivo da se pobijana presuda temelji na tom dokazu pa stoga i kada bi se prihvatilo da se radi o dokazu iz čl. 9. st. 2. ZKP nije ostvaren žalbeni osnov postupovne povrede iz čl. 367. st. 2. ZKP."

Ovi predmeti najčešće sudovima bivaju dostupni bilo da su pronađeni pretragom doma, automobila ili osobe; bilo da su rezultat posebnih izvida kaznenih djela kojima su privremeno ograničavaju ustavna prava i slobode³⁴; ili da ih neka stranka u postupku sama pribavi i preda sudu tijekom kaznenog postupka.

2.1 PREDMETI PRONAĐENI I PRIVREMENO ODUZETI PRETRAGOM

U odnosu na zakonitost pretrage sudska praksa je najviše razvila svoju praksu i gotov da se više ne pojavljuju dvojbe. O nezakonitosti pretrage izrijekom govori čl. 217. Zakona o

³⁴ čl. 180. st. 1. Zakona o kaznenom postupku navodi katalog ovih mjera, od kojih su za ovu temu značajne:

- nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, odnosno sredstava za tehničko komuniciranje na daljinu,
- tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta,

kaznenom postupku³⁵. U slučajevima da je radnja pretrage obavljena suprotno odredbama citiranim u čl. 217. ZKP, sama radnja bila bi nezakonita, a također i svi dokazi koji bi bili pribavljeni takvom pretragom, a sve prema doktrini plodova otrovne voćke.

Pretraga³⁶ se u pravilu obavlja temeljem naloga istražnog suca i pretrazi moraju biti nazočna dva svjedoka. Ona se obavlja danju sa ciljem pronalaženja počinitelja kaznenog djela ili predmeta važnih za kazneni postupak.

Obavljanje pretrage bez naloga istražnog suca predviđeno je kao iznimka odredbom čl. 216. Zakona o kaznenom postupku³⁷ i njeno tumačenje u sudskoj praksi je restriktivno.

Postojale su dvojbe u pogledu razgraničenja pregleda kao izvidne mjere, koji mogu obavljati redarstvene vlasti i bez naloga istražnog suca i pretrage kao istražne radnje, koja je u pravilo rezultat naloga suda³⁸. U sudskoj praksi razgraničenje je postavljeno u isključenju prava redarstvenih vlasti da zadiru u sućanstvo same stvari i dato im je pravo samo vanjskog pregleda (bez otvaranja zatvorenih dijelova, rastavljanja predmeta, uvlačenja ruku u džepove i sl.).

U odnosu na obavezno prisustvovanje dvaju svjedoka pretrazi, sudska praksa zauzela je jasan stav da ti svjedoci moraju biti nazočni u svakom trenutku pretrage upravo u prostoriji koja se pretražuje, a za valjanost pretrage zakoni jasno definiraju i posebnosti glede nazočnosti trećih osoba samoj pretrazi³⁹. Tako jasan stav proizlazi iz odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-751/99:

"U ovome slučaju, nije sporno da su ovlaštene osobe redarstvenih vlasti dana 5. ožujka 1999., nakon što su u policijsku postaju priveli i uhitili žalitelja kao presumiranog počinitelja kaznenog djela zloporabe opojne droge, protivno njegovoj želji, ušle u njegov stan u Z., ... u cilju osiguranja dokaza u nastavku kaznenog postupka protiv njega, ali bez prisustva dva svjedoka, jer iz njihovog izvješća o uhićenju (list spisa, br. 9) proizlazi da su tog dana priveli i uhitili žalitelja zbog osnovane sumnje da je počinio kazneno djelo zloporabe opojnih droga, od njegovog stana oduzeli su mu ključ, te su potom uz uporabu ključa ušli u

³⁵ Ako je pretraga obavljena bez pisanog sudske naloga (članak 213. stavak 1.) ili bez osoba koje moraju biti nazočne pretrazi (članak 214. stavak 1. i 2.) ili su je redarstvene vlasti poduzele suprotno odredbama članka 216. stavka 1. i 2. ovoga Zakona, zapisnici o pretrazi i ostali dokazi pribavljeni pretragom ne mogu se upotrijebiti kao dokazi u kaznenom postupku.

³⁶ vidi odredbe čl. 211 do 217 Zakona o kaznenom postupku

³⁷ - u slučaju kad su prema posebnom zakonu ovlaštene ući u tuđi stan ili drugi prostor, a postoje uvjeti iz članka 211. stavka 1. ovoga Zakona ili.

- ako je to prijeko potrebno radi izvršenja naloga o uhićenju ili radi hvatanja počinitelja kaznenog djela za koje je propisana kazna zatvora najmanje tri godine,

- ako je to prijeko potrebno radi otklanjanja ozbiljne opasnosti po život i zdravlje ljudi ili imovinu većeg opsega,

³⁸ Vrlo opširno o ovoj problematici sa pregledom sudske prakse koautori Ileana Vinja i prof. dr. Ivo Josipović: "**Izvidna mjera pregleda osoba i stvari (razgraničenje u odnosu na pretragu i neki problemi u teoriji i praksi s osvrtnom na praksu Vrhovnog suda RH)**", izdanje Inženjerski biro d.d., Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, 2000. god.

³⁹ - za valjanost pretrage prostorija u državnim tijelima ili ustanovama ZKP traži pozivanje njihovih predstavnika

- za valjanost pretrage prostorija odvjetničkog ureda Zakon o odvjetništvu traži nazočnost osobno suca koji je izdao nalog ili drugog suca kojeg on ovlasti, a također i obavještanje Odvjetničke komore ili Zbora o izdanom nalogu za pretragu te obaveznu nazočnost njihovog predstavnika samoj pretrazi.

njegov stan u cilju osiguranja dokaza (pronalaženja droge u stanu), pri tome nisu to učinili u prisustvu dva svjedoka, a svjedokinja J.G. (list spisa, br. 111 poleđina) je istaknula da su, tada, ovlaštene osobe redarstvenih vlasti po ulasku u stan žalitelja tražile od nje da im pokaže sobu i otvori ormare koje je koristio žalitelj u stanu, što je ona i učinila, čime su de facto započeli s pretragom njegovog stana, koju su potom prekinuli i nastavili sutradan 6. ožujka 1999.

Kako tome nisu bila prisutna dva svjedoka, sukladno do sada istaknutom, takva je pretraga protivna Ustavu i zakonu, te se ima smatrati dokazom pribavljenim na nezakonit način, pa se i ne može na njemu temeljiti sudska odluka, a time su i potvrde o privremenom oduzimanju predmeta (list spisa, br. 16-18), kao dokazi proizašli iz nezakonite pretrage stana, također nezakoniti dokazi (čl. 9. st. 2. ZKP/97), što se sve osnovano ukazuje žalbom."

O istome Vrhovni sud i u svojoj odluci broj I Kž-100/02:

"Kada zakonodavac propisuje, za valjanost provođenja radnje pretrage doma, potrebu postojanja naloga istražnog suca i potrebu nazočnosti dvaju svjedoka, pri tome ne misli na apstraktnu nazočnost svjedoka pretrage u stanu kao cjelini. Ta nazočnost treba biti zalog zakonitosti postupaka djelatnika redarstvenih vlasti te svjedoci, i to dva kako traži zakon, svojim opažanjima moraju registrirati sve radnje koje konkretno poduzimaju djelatnici redarstvenih vlasti, pa tako i trenutak pronalaska određenih predmeta koji su dokaz u kaznenom postupku.

U konkretnom slučaju ostalo je nejasno jesu li u trenutku pretrage sobe, u kojoj je navodno pronađena droga, bila nazočna dva svjedoka, kako to traži zakon, ili samo jedan, u kojem slučaju bi takva pretraga jedne od prostorija stana bila nezakonito obavljena. Upravo to je okolnost na koju treba ispitati svjedokinju V.Š., ako se ista okolnost ne može utvrditi na drugi način, i zatim ocijeniti jesu li dokazi koji su pribavljeni ovom pretragom oni koji podliježu odredbi čl. 9. Zakona o kaznenom postupku ili se na njima ipak može temeljiti osuđujuća presuda."

Zakon o kaznenom postupku postavlja još neke uvjete koje mora poštovati onaj koji provodi pretragu. Međutim, ne poštivanje ovih zahtjeva ne povlači za sobom automatski nezakonitost radnje pretrage, već samo traži od suda veću pažnju u ocjeni tako provedenog dokaza, u čijem provođenju nije do kraja poštovan tekst zakonske norme. Tako ne nazočnosti vlasnika stana u kome se vrši pretraga i ne predaji naloga o pretrazi prije započinjanja pretrage Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci I Kž-842/03:

"Nisu u pravu obojica žalitelja kada tvrde da je sud počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP time što svoju odluku temelji i na zapisniku o pretrazi stana optuženika K., koji je nezakoniti dokaz radi toga što optuženik nije obaviješten o poduzimanju radnje pretrage i poučen da ima pravo o njenom poduzimanju izvijestiti branitelja.

Prema odredbi čl. 217. ZKP zapisnik o pretrazi stana i ostali dokazi pribavljeni pretragom ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku samo ako je pretraga obavljena bez pismenog naloga suda (čl. 213. st. 1. ZKP) ili bez osoba koje prema odredbi čl. 214. st. 1. i 2. ZKP moraju biti nazočne toj radnji, a to su dvojica svjedoka, ako se radi o pretrazi stana ili predstavnik državnog tijela, ako se pretraga provodi u prostorijama toga tijela. Prema tome, okolnost što o pretrazi nije obaviješten korisnik stana, odnosno što u konkretnom slučaju optuženiku nije predan nalog za pretragu i što nije poučen da ima pravo

o pretrazi izvijestiti branitelja ne čini zapisnik o pretrazi nezakonitim dokazom koji se ne može upotrijebiti kao dokaz, pa je pravilno sud prvog stupnja odbio prijedlog obrane za izdvajanje zapisnika o pretrazi stana od 5. veljače 2003. godine i svih dokaza do kojih je sud došao tom pretragom, kao što to proizlazi iz zapisnika o glavnoj raspravi od 10. lipnja 2003. godine."

Odredbe Zakona o kaznenom postupku predviđaju i obavezu tijela koje provodi pretragu, da se ona provodi danju, koji pojam je posljednjom izmjenom Zakona o kaznenom postupku određen i vremenski naznakom „od sedam do dvadeset jedan sat“. Predviđene su i iznimke kada je pretragu moguće provesti i izvan ovako određenih vremenskih okvira. Međutim, kako postupanje protivno ovoj normi nije izriječkom zakona u čl. 217. Zakona o kaznenom postupku predviđeno posljedicom nezakonitog dokaza, i ovaj propust sudovi će cijeliti tek u postupku ocjene dokaza. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I KŽ-285/03:

"U pravu je, stoga, žalitelj kada tvrdi da je pretraga stana započeta noću, u 21,20 sati, kao što je navedeno u zapisniku o pretrazi, a ne u 20,50 sati kada su djelatnici policije uručili optuženiku nalog o pretrazi, kao što pogrešno zaključuje sud i uzima da je pretraga započeta danju pa se, prema odredbi čl. 213. st. 5. ZKP, mogla dovršiti u noćnim satima.

Međutim, zapisnik o pretrazi stana nije nezakonit dokaz samo zbog toga što je pretraga obavljena noću.

Prema odredbi čl. 9. st. 2. ZKP nezakoniti su samo oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka, kada je to izričito propisano u zakonu.

U čl. 217. ZKP propisano je da se sudska odluka ne može temeljiti na zapisniku o pretrazi stana ako je pretraga obavljena bez pismenog naloga suda ili bez prisutnosti osoba koje prema odredbi čl. 214. st. 1. i 2. moraju biti nazočne provođenju te radnje – stanar ili njegov zastupnik i dva punoljetna građana kao svjedoci – ili kada su redarstvene vlasti poduzele pretragu protivno odredbi čl. 216. ZKP, što u ovom predmetu nije slučaj.

Provođenje pretrage u noćnim uvjetima nije propisano razlogom zbog kojega se na takvom zapisniku ne bi mogla temeljiti sudska odluka, pa takav zapisnik nije nezakonit dokaz u smislu odredbe čl. 9. ZKP."

Kako je rezultat pretrage u pravilu privremeno oduzimanje pojedinih predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz u kaznenom postupku, zakonodavac je posljednjim izmjenama odredaba Zakona o kaznenom postupku iz 2002. godine, izriječkom naznačio koji predmeti ne podliježu privremenom oduzimanju, pa stoga i kada bi bili oduzeti ne mogu predstavljati zakoniti dokaz⁴⁰, sa posebno predviđenim iznimkama u st. 4. istog članka. Postupanje

⁴⁰ čl. 218. st. 3. Zakona o kaznenom postupku:

1. spisi i druge isprave državnih tijela čije bi objavljivanje povrijedilo obvezu čuvanja službene, državne ili vojne tajne, dok nadležno tijelo ne odluči drugačije,
2. pisana priopćenja okrivljenika branitelju ili osobama iz članka 234. stavka 1. točke 1. do 4. ovoga Zakona, osim ako ih okrivljenik dragovoljno na zahtjev preda,
3. tehničke snimke koje se nalaze kod osoba iz članka 234. stavka 1. točke 1. do 4. ovoga Zakona a koje su one učinile o činjenicama o kojima su oslobođene dužnosti svjedočenja,
4. zapisi, izvodi iz registara i slične isprave koje se nalaze kod osoba iz članka 234. stavka 1. točke 5. ovoga Zakona, a koje su one sačinile o činjenicama za koje su u obavljanju svoga zanimanja saznale od okrivljenika,

protivno ovim odredbama po izričitoj zakonskoj odredbi takve dokaze smatra onima na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka.

2.2 PREDMETI PRIBAVLJENI KAO REZULTAT POSEBNIH IZVIDA KAZNENIH DJELA KOJIMA SU PRIVREMENO OGRANIČAVAJU USTAVNA PRAVA I SLOBODE.

Kod razrade teme u odnosu na ove predmete prvenstveno se misli na tehničke snimke učinjene na različitim medijima, ovisno o vrsti zapisa, koji se pregledavaju tijekom dokaznog postupka.

Nije dvojbeno pravo upotrebe takvih tehničkih snimki, kada su one sačinjene u zakonitoj proceduri, u odnosu na osobu koju je istražni sudac određujući ovu mjeru označio kao onu prema kojoj se mjera primjenjuje. Pitanje postaje otvoreno u slučaju tzv. slučajnog nalaza. To su situacije kada je takvim snimkama obuhvaćena i osoba u odnosu na koju nalog istražnog suca nije bio izdan. Sudska praksa do sada nije imala velik broj takvih slučajeva, no prema posljednjim sudskim odlukama zauzet je stav da se snimke pribavljene na takav način, kojima izvorno zakonitost nije upitna, mogu poslužiti kao dokaz i u odnosu na osobu koja je snimljena bilo tonski ili video zapisom u pripremi ili izvršenju kaznenog djela zajedno sa osobom prema kojoj je mjera bila izdana, ali samo pod uvjetom da bi se u radnjama i te osobe radilo o kaznenom djelu za koje je načelno dopušteno izdavanje ovakvog naloga⁴¹. U protivnom, takve snimke u odnosu na treće osobe ne bi mogle poslužiti kao dokaz. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I KŽ-573/03:

"U razmatranju problematike primjene odredaba Zakona o kaznenom postupku koji se odnose na privremeno ograničavanje ustavnih prava i sloboda radi pribavljanja podataka i dokaza za provedbu kaznenog postupka Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao sud drugog stupnja, mišljenja je da se dokaz koji je pribavljen u okviru izvidne mjere naložene prema osobi za koju postoji osnovana sumnja da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelu iz čl. 181. ZKP – katalog kaznenih djela, može valjano uporabiti, ne samo prema osobi prema kojoj je mjera naložena, već i prema svakoj trećoj osobi koja se zatekla u sferi kriminalne djelatnosti osobe prema kojoj je neka od mjera iz čl. 180. st. 1. ZKP usmjerena, a kriminalna aktivnost te treće osobe ulazi u ostvarenje obilježja kaznenog djela predviđenog katalogom kaznenih djela iz čl. 181. ZKP ali uvijek isključivo pod uvjetom da se ta treća osoba našla zajedno s osobom protiv koje je neka od mjera iz čl. 180. st. 1. toč. 1. do 6. ZKP valjalo naložena."

5. zapisi o činjenicama koje su učinili novinari i njihovi urednici u sredstvima javnog priopćavanja o izvorima obavijesti i podataka za koje su saznali u obavljanju svoga zanimanja i koji su uporabljeni prilikom uređivanja sredstava javnog priopćavanja, a koji se nalaze u njihovom posjedu ili u uredništvu u kojem su zaposleni.

⁴¹ npr. izdana je mjera nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora određenog osumnjičenika jer postoji osnovana sumnja da on poslove u gospodarstvu dobiva podmićivanjem određenog kruga osoba. Snimljen je razgovor sa osobom kojoj on nudi mito radi dobivanja posla i odgovor te osobe kojim on mito prihvaća, te posao na posljertku bude i realiziran. ili

izdan je nalog za provođenje mjere tajnog praćenja i tehničkog snimanja određenog osumnjičenika jer postoji osnovana sumnja da on kao član zločinačke organizacije bavi se preprodajom heroina. Snimkom su zabilježene i druge osobe, u odnosu na koje mjera nije bila izdana, iz kruga zločinačke organizacije kako dopremaju, prepakiravaju i distribuiraju drogu.

Da kod tzv. slučajnog nalaza treba naročito pažljivo ocjenjivati svaku pojedinu situaciju vidljivo je iz odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj IV KŽ-109/03:

"Kada je, pak, riječ o rezultatima izvidnih mjera, na kojima sud prvog stupnja prevalentno temelji osnovanu sumnju o učinu terećenih kaznenih djela od strane okrivljenih, treba istaći, a to nije ni sporno, da se radi o rezultatima do kojih se došlo provođenjem posebnih izvidnih mjera iz čl. 180. st. 1. toč. 1. i 3. ZKP (nazor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, odnosno, sredstava za tehničko komuniciranje na daljinu, te tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta) prema R. M., M. B. i J. R., naloženih nalogom istražnog suca Županijskog suda u Z. br. Kr-5167/02 od 30. studenoga 2002. godine zbog postojanja osnovane sumnje da svi oni sudjeluju u počinjenju kaznenog djela iz čl. 333. st. 1. i 2. KZ, čl. 298. st. 2. KZ i čl. 312. KZ, R. M. još i u kaznenom djelu iz čl. 337. st. 4. KZ, a J. R. u kaznenom djelu iz čl. 292. st. 2. KZ, s time, da su iste mogle trajati najdulje četiri mjeseca tj. do 30. ožujka 2003. godine (u međuvremenu je, i to baš 21. veljače 2003. godine nalogom istražnog suca u odnosu na M. B. djelomično obustavljena mjera iz čl. 180. st. 1. toč. 1. ZKP i to u odnosu na slušanje mobilnog telefona br. 091/..., dok je u ostalom djelu nalog od 30. studenoga 2002. godine ostao na snazi, pa dakle, i slušanje mobilnog telefona br. 098/... kojeg koristi okr. M. B.).

Dakle, navedenim nalogom nisu obuhvaćeni okrivljenici K. C. i M. B. za kaznena djela za koja je sada određeno provođenje istrage, pa rezultati do kojih se došlo primjenom posebnih izvidnih mjera iz čl. 180. st. 1. toč. 1. i 3. ZKP mogu imati vrijednost pravno valjanih dokaza samo u tom postupku odnosno, za ta kaznena djela i u odnosu na te okrivljenike, te prema trećoj osobi samo pod uvjetom, da kriminalna djelatnost te treće osobe ulazi u zonu kaznenog djela prisluškivanje osobe, a ono je predviđeno katalogom kaznenih djela iz čl. 181. ZKP, dakle, za koje postoji valjano naložena mjera. To ovdje nije slučaj, kada ni za okr. M. B. nisu bile naložene mjere zbog kaznenog djela davanja mita iz čl. 348. st. 1. KZ da bi rezultati tih mjera mogli imati jednako valjan pravni učinak i prema okr. K. C. za kazneno djelo primanja mita iz čl. 347. st. 1. KZ, koje je u korelaciji s kaznenim djelom davanja mita.

U protivnom, ukoliko bi se rezultati takovih izvidnih mjera priznali na osobe i na kaznena djela koja nisu obuhvaćena nalogom (izuzev spomenute situacije za treće osobe), bila bi grubo narušena ustavna prava poštivanja osobnog i obiteljskog života građana odnosno, njihova sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih općenja, pa treba uzeti, da se radi o nezakonito pribavljenim tehničkim registracijama mjera kojima se ograničavaju prava i slobode građana odnosno, o izvorima saznanja pribavljenim nezakonitim mjerama tajnih opservacija u smislu čl. 182. st. 6. ZKP, dakle, o nezakonitim dokazima u smislu čl. 9. st. 2. ZKP a na takovim se dokazima ne može temeljiti sudska odluka.

Da je to tako, proizlazi iz čl. 182. st. 4. ZKP u kojem je izričito propisano da, ako se prilikom poduzimanja nadzora i tajnog snimanja zabilježe podaci i obavijesti koje upućuju na neko drugo kazneno djelo (koje nije obuhvaćeno nalogom, bilo tih ili trećih osoba), a radi se o nekom od djela navedenih u čl. 181. ZKP, taj će se dio snimke prepisati i dostaviti državnom odvjetniku. To dalje znači, da ovim načinom prikupljeni podaci i obavijesti mogu imati jedino spoznajnu vrijednost i to samo prilikom ocjene postoje li osnove sumnje temeljem kojih će državni odvjetnik zatražiti izdavanje naloga za primjenu mjere iz čl. 180. ZKP, sada za novo otkrivena djela predviđena katalogom kaznenih djela iz čl. 181. ZKP, a ne i prilikom ocjene osnovane sumnje o potrebi pokretanja istrage za ta, novo otkrivena djela, kao što je to pogrešno uzeo u obzir sud prvog stupnja, budući da se radi o izvorima saznanja koji su

pribavljeni nezakonitim mjerama tajnih opservacija, a takovi se izvori saznanja ne mogu koristiti u sudskom postupku."

Upravo ova odluka jasnim ukazuje kako pitanje slučajnog nalaza nije uvijek i zakoniti dokaz. Naime, da bi se ocijenilo radi li se o zakonitom dokazu ili ne valja vrlo pažljivo ocijeniti sadržaj izdanog naloga, kako u odnosu na krug osoba tako i u odnosu na kazneno djelo zbog kojeg je nalog izdan.

Pitanje rezultata primjene ovih mjera i utvrđena nezakonitost slučajnog nalaza kao dokaza vidljiva je i iz odluke broj I Kž-573/03:

"Držeći se izloženog mišljenja ovaj sud drugog stupnja nalazi da je, protivno žalbenim navodima i stajalištu državnog odvjetnika, prvostupanjski sud pravilno postupio kada je iz spisa izdvojio podatke i obavijesti te dio iskaza svjedoka pod imenom "prikriveni istražitelj 2" navedenih u toč. I. izreke pobijanog rješenja jer se dokazi za koje se iz tih podataka, obavijesti i iskaza svjedoka saznalo ne mogu, kao nezakoniti, upotrijebiti u kaznenom postupku u smislu odredbe čl. 182. st. 6. ZKP.

Naime, kao što je već ranije spomenuto nalog istražnog suca za primjenu mjere iz čl. 180. st. 1. toč. 3., 4. i 5. Zakona o kaznenom postupku prema okr. N.P. izdat je dana 20. veljače 2002. godine time da primjena naloženih mjera teče od tog istog dana i može trajati do 20. svibnja 2002. godine.

Provodeći naložene mjere prema okr. N.P. redarstvene vlasti, koje su provodile mjeru trajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba i predmeta iz čl. 180. st. 1. toč. 3. Zakona o kaznenom postupku, a ni prikriveni istražitelji 1 i 2, koji su provodili mjere uporabe prikrivenih istražitelja i simuliranog otkupa predmeta iz čl. 180. st. 1. toč. 4. i 5. Zakona o kaznenom postupku nisu u razdoblju od 20. veljače do 8. ožujka 2002. godine naloženim mjerama nigdje naišli na okr. N.P. pa, slijedom ranije izloženog mišljenja ovog suda drugog stupnja, na treće osobe "zahvaćene" ovim mjerama te se mjere ne mogu odnositi, pa zato niti obavijesti i podaci do kojih se došlo u provođenju ovih mjera ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u predmetnom kaznenom postupku i trebalo ih je kao nezakonite izdvojiti iz spisa, kao što je to ispravno učinio prvostupanjski sud.

Prvostupanjski sud trebao je, na što ispravno ukazuju u svojim žalbama okrivljenici, iz spisa kao nezakonita izdvojiti i izvješća o provedbi posebne mjere tajnog praćenja i tehničkog snimanja za dane 8. ožujka 2002. do 28. ožujka 2002. godine (listovi 199 do 204 spisa) navedeni u alineji šestoj toč. II. izreke pobijanog rješenja jer su to u stvari službene bilješke redarstvenih vlasti o njihovim aktivnostima u tijeku provođenja mjere tajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba i predmeta iz čl. 180. st. 1. toč. 3. Zakona o kaznenom postupku, a o kojima će se osobe koje su tu mjeru provodile kao svjedoci ispitati u tijeku glavne rasprave, u smislu odredbe čl. 180.a ZKP."

2.3 PREDMETI PRIBAVLJENI OD STRANAKA I PREDANI SUDU

U odnosu na ovu kategoriju predmeta u praksi najčešće dvojbe pojavljivale su se u odnosu na tonske snimke ili video snimke, koje bi bile učinjene bez naloga istražnog suca, a mimo znanja okrivljenika⁴².

U ovom trenutku sudska praksa zauzela je jasan stav da takav tonski zapis ne može predstavljati valjan dokaz, ako je snimanje bilo obavljeno povredom privatnosti osobe koja je snimana, tj. ako ona za činjenicu snimanja nije znala.

O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-981/02:

"U pravu je žalitelj kad u žalbi ističe da je snimka razgovora između ošt. Z.B. i okr. J.B. pribavljena kršenjem Ustavom zajamčenih prava i sloboda, jer se radi o snimci koja je snimljena kriomice i bez znanja i ovlasti okr. J.B., te bez naloga istražnog suca u smislu odredbe čl. 182. st. 1. ZKP-a.

U čl. 180. st. 1. ZKP-a predviđeno je kada i pod kojim uvjetima je moguće ograničiti prava građana za zaštitu njegovog osobno i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, prava na slobodu i tajnost dopisivanja i drugih općenja, proklamiranih u čl. 35. i čl. 36. Ustava Republike Hrvatske.

Suprotno stajalištu suda prvog stupnja, ovaj Vrhovni sud stoji na stajalištu, da ocjena podobnosti da snimka razgovora može biti dokaz u kaznenom postupku samo onda ako je snimanje izvršeno u skladu s odredbama zakona u kojemu je propisano kada i pod kojim uvjetima je moguće ograničenje ustavnih prava građana na nepovredivost komuniciranja na daljinu i kada tehnička snimka razgovora može biti dokaz u kaznenom postupku.

Međutim, tehnička snimka razgovora, kada je obavljena bez odobrenja istražnog suca, može biti dokaz u kaznenom postupku samo ako je snimljena osoba pristala na snimanje, jer se tim pristankom ona dobrovoljno odrekla ustavnog prava na tajnost takvog načina općenja.

Kako je predmetna tehnička snimka pribavljena na nezakoniti način, istu je zajedno sa prijepisom snimke, trebalo izdvojiti iz spisa."

O istom Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-172/01:

"Nesporno je, da je svjedok broj 1 snimao vlastite razgovore, kao što je nesporno da za takvo snimanje nije bio izdan nalog istražnog suca u smislu odredbe čl. 180. ZKP. Okolnost što svjedok broj 1 snimanjem vlastitih razgovora nije počinio kazneno djelo neovlaštenog snimanja i prisluškivanja iz čl. 131. KZ, odnosno što je po mišljenju državnog odvjetnika on bio po čl. 131. st. 2. KZ ovlašten da sud upozna sa razgovorom koji je snimio, jer da se sud (kao i državni odvjetnik) ne mogu smatrati nepozvanim osobama, još uvijek ne čini audio vrpce sa snimljenim razgovorima zakonito pribavljenim dokazom i smislu odredaba Zakona o kaznenom postupku, a koji je, kako je to gore izloženo, sasvim određeno propisao i naznačio kada i pod kojim uvjetima mogu audio vrpce biti korištene kao dokaz. Međutim, suprotno daljnjem zaključivanju državnog odvjetnika, bez obzira na to što te audio vrpce, pa onda niti njihovi prijepisi, zbog procesne nezakonitosti pribavljanja predstavljaju nezakonite dokaze iz čl. 9. st. 2. ZKP, to se ne odnosi na ispitivanje svjedoka broj 1 o sadržaju razgovora koji je on vodio sa osobom za koju tvrdi da se radi o II-okr. Z.P.. To stoga, što je izvor saznanja dopušten – radi se o razgovoru koji je svjedok broj 1 vodio s osobom za koju

⁴² npr. potajno snimanje razgovora ili potajno snimanje video zapisom određenog privatnog prostora

tvrdi da je II-okrivljenik, pa je njegovo iskazivanje o sadržaju tog razgovora, koji mu je bio namijenjen, procesno dopušteno sredstvo dokazivanja, za razliku od preslušavanja audio vrpce, pa stoga i čitanja prijepisa tih vrpce."

Kako je vidljivo iz ranije citiranih odluka, odlučno za ocjenu zakonitosti u korištenju audio zapisa koji nisu snimani na temelju naloga istražnog suca u okvirima provođenja posebnih izvidnih mjera kojima se ograničavaju neka ustavna prava, je okolnost jesu li oba sugovornika bila upoznata sa činjenicom da se njihov razgovor snima. Nikada ne postoji zapreka osobe čiji je razgovor snimljen ispitati na okolnost takvog razgovora, međutim, postavljena su ograničenja na mogućnost korištenja tehničkog pomagala kojim je zabilježen taj razgovor. O takvom stavu Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I KŽ-808/02:

"Obzirom da je sporna kazeta snimljena uz suglasnost obaju sugovornika, to se ista ne može smatrati nezakonitim dokazom u smislu odredbe čl. 9. st. 2. ZKP, jer niti jednom od sudionika razgovora nisu povrijeđena bilo kakova prava zajamčena Ustavom ili međunarodnim pravom, a niti je kazeta pribavljena povredom odredaba kaznenog postupka, jer ista sadrži razgovor vođen između dviju osoba redarstvenih vlasti, pa stoga nema karakter obavijesnog razgovora u smislu čl. 177. st. 2. ZKP i zato predstavlja dokument koji je podoban da se izvede kao dokaz u kaznenom postupku te podvrgne ocjeni suda kao i svi drugi dokazi koji su od relevantnog utjecaja na donošenje sudske odluke."

Iako je opisani stav o nemogućnosti korištenja audio snimke kao zakonitog dokaza moguće podvrći kritici, jer se njime mogu izgubiti važni i često na drugi način ne pribavljivi dokazi, zaštita građanskih prava i prava na privatnost prevagnula je i takav dokaz od sudske prakse označen je nezakonitim.

3. DOKAZI DO KOJIH TIJELO KAZNENOG POSTUPKA NE BI DOŠLO BEZ PODATAKA IZ NEZAKONITIH DOKAZA (TZV. PLODOVI OTROVNE VOĆKE)

Promatra li se ova problematika u svjetlu odredbe čl. 367. st. 2. Zakona o kaznenom postupku, ona postaje naročito značajna za donošenje zakonite sudske odluke. Naime, zakonitost dokaza na kojem se temelji presuda, prema ovoj doktrini ne procjenjuj se sama za sebe već je nužno sagledati i okolnost kako se došlo do tog dokaza. Tada treba utvrđivati zakonitost dokaza koji je ukazao na ovaj sporni dokaz i ovisno o zakonitosti takvog prethodnog dokaza sud će ocjenjivati i zakonitost takvog izvedenog dokaza, koji sam za sebe ne mora biti uopće problematičan.

Kako je uvedno istaknuto, doktrina plodova otrovane voćke predstavlja značajnu novinu u ocjeni radi li se o nezakonitom dokazu na kojem se ne može utemeljiti sudska odluka u odnosu na vrijeme kada je u primjeni bio Zakon o krivičnom postupku. Ova doktrina preuzeta je iz anglosaksonskog prava i cilj joj je onemogućiti tijela kaznenog postupka da u dokazni postupak involviraju dokaze do kojih se došlo izvorno korištenjem nezakonitog dokaza.

Primjena ove doktrine može imati svoje posljedice kako na osobne dokaze tako i na materijalne dokaze.

Govori li se o osobnim dokazima, posebnost se ipak u sudskoj praksi izdvojila u odnosu na iskaz samog okrivljenika. Naime, iako je i iskaz okrivljenika izvor saznanja o činjenicama, ocjena nezakonitosti takvog iskaza, ako bi ova ocjena ovisila o primjeni doktrine plodova otrovane voćke, nešto je drugačija nego li je to u odnosu na iskaze svjedoka ili vještaka. Ova posebnost rezultat je drugačijih procesnih upozorenja okrivljeniku u odnosu na svjedoka ili vještaka i povezano sa ovim upozorenjima, posljedice ne postupanja u skladu sa datim upozorenjima kod svjedoka ili vještaka. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-599/04:

"U odnosu na tvrdnju da je ovo ispitivanje nezakonito, obzirom na doktrinu "plodova otrovane voćke", a imajući u vidu da je uslijedilo nakon što su optuženiku predočene osnove sumnje koje stoje protiv njega, a sastoje se dijelom i u predočavanju sadržaja torbe, a koja je od njega oduzeta, a kasnije je isto izdvojeno kao nezakoniti dokaz, valja istaći da žalitelji nisu u pravu.

Naime, točno je da čl. 9. st. 2. Zakona o kaznenom postupku predviđa kao nezakoniti dokaz i onaj dokaz koji je proizašao iz primarno nezakonitog dokaza, međutim o tome se u opisanoj situaciji ne može govoriti.

Što se tiče iskaza osumnjičenika, odnosno kasnije okrivljenika, točno je da mu u svakom od tih ispitivanja, prije nego li se pristupi ispitivanju ukazuje koji osnovi sumnje stoje protiv njega. Međutim, žalitelji potpuno zanemaruju drugo obavezno procesno upozorenje, koje se također obavezno izriče osumnjičeniku odnosno okrivljeniku, te upisuje u zapisnik o njegovom ispitivanju, a sastoji se iz sadržaja odredbe čl. 225. st. 2. Zakona o kaznenom postupku. Upravo ova odredba daje pravo okrivljeniku, odnosno osumnjičeniku da nije dužan iznijeti svoju obranu, niti odgovarati na postavljena pitanja. Prema tome, u svakom slučaju isključivo je na dispoziciji okrivljenika odnosno osumnjičenika da odluči hoće li iskazivati ili ne, bez da takva njegova odluka za sobom povuče bilo kakve procesne posljedice. Njegova pozicija je bitno drugačija nego li je to slučaj kada se radi o iskazu svjedoka. Naime, svjedok nema ovakvu mogućnost disponiranja hoće li ili neće iskazivati, već iskazivati mora (pod prijetnjom novčane kazne ili pritvora ako ne želi iskazivati), a u odnosu na sadržaj samog iskaza, upozorava ga se na dužnost govorenja istine, sa mogućnošću kaznenog progona u slučaju utvrđenja da iskazuje neistinito. Tek takav iskaz svjedoka ili vještaka, ako bi bio rezultat nekog nezakonitog dokaza, mogao bi predstavljati "plod otrovane voćke", ali iskaz okrivljenika, odnosno optuženika to nije nikada, jer uvijek samostalno disponira hoće li iskazivati ili ne i nikada nema posljedica u slučaju neistinitog iskazivanja."

Potpuno drugačiji pristup je u odnosu na iskaze svjedoka koji su, iako gledani sami za sebe zakoniti, rezultat izvorno nekog nezakonitog dokaza, zbog čega i oni sami postaju nezakoniti. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I Kž-1077/03:

"Nedvojbeno je da je svjedok D. H. kao djelatnik II PP PU, kritične zgrade postupajući u okviru svojih ovlaštenja u smislu odredbe čl. 177. ZKP, prekoračio ta ovlaštenja te povredom odredbe čl. 180. st. 1. toč. 5. ZKP, proveo simulirani otkup, a da prethodno nije pribavio nalog istražnog suca kao osnovnu zakonsku pretpostavku za provođenje ove posebne mjere.

Stoga je pravilno prvostupanjski sud iz spisa predmeta izdvojio sve dijelove zapisnika o ispitivanju svjedoka D. H. koji se nesporno odnose na poduzimanje mjera za otkrivanje i hvatanje počinitelja kaznenog djela, konkretno okr. R. B. B., ali mimo ovlasti koje ima po zakonu.

Shodno tome pravilno je prvostupanjski sud izdvojio i ostala pismena kao što su nalog za vještačenje, te dijelovi iskaza vještaka B. M., kao i potvrdu o oduzimanju predmeta, jer su isti dokazi, kao "plodovi otrovane vočke" proizašli iz navedenog nezakonito provedenog dokaza, pa se kao takvi u smislu odredbe čl. 9. ZKP, ne mogu koristiti u daljnjem tijeku kaznenog postupka."

Već ova odluka ukazuje na izdvajanje i drugih dokaza osim iskaza svjedoka, jer su isti rezultat izvorno nezakonitog dokaza. Ovaj stav još je jasnije izražen u odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske I KŽ-396/04, kojom se utvrđuje ispravnost prvostupanjske odluke o izdvajanju osim izvorno nezakonitog zapisnika o pretrazi i drugih dokaza proizašlih iz te pretrage (potvrda o privremenom oduzimanju predmeta, nalazi i mišljenje Centra za kriminalistička vještačenja «Ivan Vučetić» materije koja je oduzeta prilikom pretrage te fotodokumentacije sačinjena prilikom pretrage):

"Protivno žalbenim tvrdnjama, Vrhovni sud Republike Hrvatske kao drugostupanjski sud smatra, da je pravilno prvostupanjski sud postupio kada je kao nezakonito pribavljene dokaze iz spisa predmeta izdvojio zapisnik o pretrazi prostorija u kući vlasništvo D. P., a zatim i sve druge dokaze koji su kao «plodovi otrovane vočke», proizašli iz tog zapisnika.

Naime, prvostupanjski sud je na nedvojben način utvrdio da je sporna pretraga prostora navedene kuće vršena od strane djelatnika policije na način da su dva svjedoka pretrage bila prisutna, ali ne istodobno i u svakoj prostoriji za cijelo vrijeme trajanja pretrage."

4. UMJESTO ZAKLJUČKA

U ovom tekstu naznačen je pregled zakonskih rješenja sa uvidom u stavove sudova o pitanjima nezakonitih dokaza. Kako je iz svega ranije istaknuto, jasnim proizlazi da se postupka utvrđivanja krivnje optuženiku može temeljiti samo na zakonski valjanim dokazima. Suprotno postupanje sudova povlači za sobom posljedicu nezakonitosti presude pozivom na odredbu čl. 367. st. 2. Zakona o kaznenom postupku.

Da li se radi o nezakonitom dokazu, kriterij za ocjenu je odredba čl. 9. Zakona o kaznenom postupku koju valja promatrati u svjetlu zakonskih normi kako domaćeg prava tako i međunarodnih ugovora kojima je Republike Hrvatska pristupila i ratificirala ih. Pitanje nezakonitog dokaza moguće je promatrati kao dokaze čija zakonitost ili nezakonitost se utvrđuje izvorno u odnosu na njih, odnosno kao nezakonite dokaze kod kojih se pitanje njihove zakonitosti odnosno nezakonitosti izvodi iz pitanja zakonitosti drugog dokaza (doktrina plodova otrovane vočke).

Važno je istaći da jednom utvrđen dokaz kao nezakonit nikad i nikako nije moguće više involvirati u zakonsku proceduru odlučivanja. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci broj I KŽ-595/02:

"Ponovna odluka suda da pri kraju dokaznog postupka pročita već jednom izdvojene dijelove spornog izvješća, a povodom prigovora obrane o mogućem poticaju na kazneno djelo zlouporabe droga predstavlja bitnu postupovnu povredu iz čl. 367. st. 2. ZKP.

Ovo stoga što jednom izdvojeni nezakoniti dokaz ne može biti izvor saznanja o bilo kojoj odlučnoj činjenici."

Da bi se isključila takva mogućnost, a također i sama mogućnost inficiranja suda spoznajama koje su sadržane u nezakonitom dokazu, Zakon o kaznenom postupku nalaže obavezu fizičkog izdvajanja iz spisa predmeta takvih dokaza i predaju istih istražnom sucu na čuvanje. Nije rijedak slučaj da sudovi ne postupe na opisani način, kada su moguće daljnje greške. O tome Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci I KŽ-50/03:

"U ovom kaznenom postupku rješenjem suda br. K-12/00-20 od 20.3.2002. godine određeno je da se iz spisa predmeta izdvoji zapisnik o ispitivanju optuženice Lj. G. pred redarstvenim vlastima kao nezakonit dokaz i da će se po pravomoćnosti rješenja zapisnik izdvojiti iz spisa i predati istražnom sucu na čuvanje. Ovo rješenje postalo je pravomoćno, ali zapisnik nije izdvojen iz spisa predmeta. Dapače, iskaz optuženice s tog zapisnika sud detaljno reproducira u pobijanoj presudi."

Uspoređujući obranu optuženice koju je iznijela pred policijom i onu koju je dala tijekom glavne rasprave s jedne strane, a sa druge izmjenu optužnice u odnosu na sredstvo izvršenja djela, koja je uslijedila nakon izdvajanja zapisnika o ispitivanju optuženice pred redarstvenim vlastima, sud, između ostaloga, ocjenjuje osnovanost optužbe državnog odvjetnika i na taj način temelji pobijanu presudu na nezakonitom dokazu."

Upravo iz ove odluke vidljivo je što znači jezična sintagma iz čl. 367. st. 2. Zakona o kaznenom postupku da se presuda ne smije temeljiti na nezakonitom dokazu. Pojam "temeljiti" ne smije se promatrati usko na način da bi se radilo samo o dokazima koji izravno upućuju na odluku suda već da se radi i o dokazima koji na posredan način ukazuju na to da se odluka "temelji" na njima (npr. nezakonitim dokazom se vrši valorizacija obrane optuženika ili nekog drugog dokaza).

Sudska praksa o ovim pitanjima zauzela je brojne stavove, a kroz sam članak nastojao sam prikazati neke od neuralgičnih točaka, bez pretenzija da obradim ukupnu sudsku praksu o ovim problemima. Pitanje nezakonitih dokaza predstavlja živu materiju drugačiju gotovo u svakom pojedinom spisu, u kojoj sudska praksa aktivno, gotovo dnevno, zauzima stavove, koji, kako je to vidljivo iz izloženog su podložni i promjenama. Upravo prvostupanjski sudovi su oni koji aktivnim tumačenjima pravne norme moraju doprinosti razvoju pravne misli i u ovoj materiji.