

Nezakoniti dokazi – čl. 10. ZKP/08¹

1. Uvod

Načelo pravičnog postupka sadržano u čl. 1. st. 1. Zakona o kaznenom postupku koji propisuje da nitko nedužan ne može biti osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela pred nadležnim sudom treba izreći kazna ili druga mjera na temelju zakonito provedenog postupka, uz uvjete koje predviđa zakon, uključuje u sebi i zahtjev da za postupak utvrđivanja krivnje okrivljenika moraju postojati odgovarajući i valjani/zakoniti dokazi. Pitanje radi li se o valjanom ili nevaljanom dokazu često sudovima koji vode kaznene postupke postavlja značajan problem te da li dokazi istaknuti po ovlaštenom tužitelju da je određena osoba počinila kazneno djelo predstavljaju zakonitu osnovu za utvrđenje njegove krivnje. Jezični izričaj pojma nevaljanog dokaza rezultat je procesne sankcije tj. okolnosti da se na određenom dokazu ne može utemeljiti sudska odluka. Time on postaje nevaljanim dokazom, a koji pojam u legislativnim okvirima označavamo izričajem nezakoniti dokaz.

Takovu odrednicu nalazimo u Ustavu Republike Hrvatske koji u čl. 29. izrijekom propisuje da "dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se upotrijebiti u sudskom postupku".

2. Da se podsjetimo

Pitanje zakonitosti ili nezakonitosti dokaza nije novo u doktrini kaznenog prava. Razmotrimo li razvoj pravne misli u svezi s pojmom nezakonitih dokaza u kaznenom pravu koje se primjenjivalo na teritoriju Republike Hrvatske možemo vidjeti da je pojam dokaza na kojima se ne može utemeljiti sudska odluka poznat dugi niz godina.

2.1. Zakon o preuzimanju Zakona o krivičnom postupku

Pođemo li od uvjetno rečeno novije povijesti zakonodavstva kaznenog postupnog prava tj. od vremena koje ima izravan odraz na zakonodavstvo Republike Hrvatske kao samostalne i suverene države vidimo da već u Zakonu o krivičnom postupku preuzetom od strane Republike Hrvatske². Pročišćeni tekst toga iz 1993. godine³, sadržavao je odrednice u

* sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

¹ Novine u kaznenom zakonodavstvu; Zbornik radova – Opatija 2017

² Narodne novine broj 53/91 - Zakon o preuzimanju Zakona o krivičnom postupku

pojedininim člancima da se na određenim dokazima ne može utemeljiti sudska odluka. Govoreći o sankciji uporabe takvih dokaza on u odredbama o bitnim povredama određuje kaznenog postupka u čl. 354. st. 1. toč. 8. Pročišćenog teksta ZKP/93 izrijeком propisuje postojanje bitne povrede "ako se presuda temelji na dokazu na kojem se prema odredbama ovog zakona ne može temeljiti presuda, osim ako je s obzirom na druge dokaze očito da bit i bez toga dokaza bila donesena ista presuda."

Ovakav izričaj zakonske norme kazuje da pitanje nezakonitih dokaza, dakle dokaza na kojima se ne može temeljiti presuda, iako pozicionira sankcioniranje korištenja tih dokaza u kategoriju bitnih povreda određuje kaznenog postupka ipak u značajnoj mjeri revitalizirala. Ovo revitaliziranje ogleda se u činjenici da čak i u situaciji kada se stranka u kaznenom postupku pozove na prigovor korištenja nezakoniti dokaz koji su izvedeni tijekom kaznenog postupka, ova okolnost ne bi bila od apsolutnog značaja u mjeri da bi presuda morala biti ukinuta. Sankcija ukidanja takve presude zbog korištenja dokaza za koje nije sporno da su nezakoniti bi rezultirala takovim učinkom samo u slučaju ako bi drugostupanjski sud utvrdio da obzirom na druge okolnosti je očito da bez toga dokaza ne bi mogla biti donesena ista presuda. Dakle, ako bi utvrđenje suda bilo isto i na temelju drugih zakonitih dokaza, takva presuda bi opstajala. U to vrijeme zakonodavac nije imao sankcionirano kao nezakoniti dokaz one dokaze koji su proizašli iz izvorno nezakonitog dokaza /doktrina plodova otrovane voćke/. Stoga, u situacijama kada bi ostali dokazi, pa makar oni proizašli i iz izvorno nezakonitog dokaza opravdavali donošenje iste odluke, ne bi postojala procesna sankcija uporabe nezakonitog dokaza.

2.2. Zakon o kaznenom postupku iz 1997. godine

Bitnu promjenu u tome dijelu nalazimo donošenjem novog teksta ZKP/97. Naime, tada zakonodavac prvi puta i to u čl. 9. ZKP/97 izrijeком spominje i kategorizira koji se dokazi imaju smatrati nezakonitim. Istovremeno mijenja i dio norme o procesnim sankcijama uporabe nezakonitih dokaza pa u čl. 367. st. 2. ZKP/97 sada propisuje da se bitnom povredom određuje kaznenog postupka, i to onom na koju drugostupanjski sud pazi i po službenoj dužnosti ima smatrati i utvrđenje da se presuda temelji na dokazu iz čl. 9. st. 2. ZKP/97.

U odnosu na pitanje "presuda temelji na dokazu iz čl. 9. st. 2. ovoga zakona" sudska praksa vrlo bogato razvila je sudska stajališta da se takovim dokazom smatra svaki dokaz za koji bi se utvrdilo da spada u kategoriju nezakonitih dokaza, ako je izveden tijekom rasprave, neovisno o tome da li je njegov značaj bio takav da dovodi do donošenja osuđujuće presude te neovisno o tome da li bi ista presuda bila donesena i bez toga dokaza.⁴

2.3. Zakon o kaznenom postupku iz 2008. godine

³ NN 34/93

⁴ Odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj III Kr-14/11; I Kž-655/11; I Kž-874/12

Na tragu ovakve pravne misli uslijedile su izmjene pri donošenju novog Zakonu o kaznenom postupku iz 2008. godine. U tome zakonu osim što je u čl. 10. temeljitije razrađen sustav utvrđenja nezakonitih dokaza te njihove eventualno moguće konvalidacije, u odredbama o bitnim povredama odredaba kaznenog postupka u prvo vrijeme prihvaćena je identična jezična formulacija kakvu smo nalazili i u čl. 367. st. 2. ZKP/97, da bi izmjenama iz prosinca 2013. godine u zakonski tekst bila uvrštena i odrednica da se bitnom povredom smatra i postupak kojim je došlo do teškog povređivanja prava na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁵.

Samo ukratko radi podsjećanja. Koji dokazi se imaju smatrati nezakonitim tj. na kakovim dokazima se sudska odluka ne bi mogla utemeljiti definirano je u čl. 10. st. 2. toč. 1. do 4. Dok prva točka govori o dokazima pribavljenim kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja u toč. 2. istog članka navedene su odrednice da se nezakonitim ima smatrati i onaj dokaz koji je pribavljen povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života.

U odnosu na ove dvije kategorije kao što je to dobro poznato sudovima je ostavljeno da utvrđuju da li se radi o dokazu koji je pribavljen zabranom mučenja okrutnog i nečovječnog postupanja odnosno zajamčenih prava obrane, pravo na dostojanstvo ugled i čast te pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, a koje kategorije su zaštićene Ustavom ili zakonom ili međunarodnim pravom. sudovi dakle utvrđuju hoće li pojedini dokaz od ovisno od načina njegovog pribavljanja biti smatran nezakonitim dokazom ili ne.

U čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08 zakonodavac propisuje da se nezakonitim dokazom imaju smatrati i oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito propisani ovim zakonom kao nezakoniti dokazi tj. kao dokazi na koji se ne može utemeljiti sudska odluka.

U ovom dijelu naizgled je jednostavnija situacija i pitanje ocijene zakonitosti ili nezakonitosti dokaza prepušteno je primarno zakonodavcu a sudbenoj vlasti i njenom tumačenju tek u dijelu kada postoji nejasnoća okolnosti pribavljanja dokaza u svjetlu kogentnih zakonskih normi. Kao što je uočljivo iz izričaja ove zakonske norme, ne rezultira svako postupanje protivno odredbama Zakona o kaznenom postupku automatski nezakonitim dokazom. Da bi se radilo o nezakonitom dokazu potrebno je osim utvrđenja da je njegovo pribavljanje bilo protivno odredbama kako su one propisane u Zakonu o kaznenom postupku, zakonodavac sam takav propust mora izraziti svojom voljom da se na tko pribavljenom dokazu protivno odredbama Zakona o kaznenom postupku ne može utemeljiti sudska odluka.

⁵ Sudska praksa za sada se nije bavila pitanjem kvantificiranja pojma "teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje" te kada se i pozivalo na ovu odrednicu svaka povreda prava na pravično suđenje smatra da je teškom povredom ako se radilo o povredi prava zajamčenih Ustavom i Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava.

Katalog ovih propusta sankcioniranih kao nezakoniti dokaz ne postoji najednom mjestu. No, čitanjem teksta ZKP/08 uočljivo je da su to slijedeće situacije:

1. Osobni podaci koji služe za utvrđivanje istovjetnosti okrivljenika, prikupljeni od strane sigurnosno-obavještajnih službi (uz ograničenje) - čl. 187. ZKP/08
2. Snimka telefonske konferencije učinjena protivno uvjetima propisanim u zakonu - čl. 196. st. 2. toč. 1.- 3. ZKP/08
3. zapisnici o nezakonito obavljenim pretragama - čl. 250. ZKP/08
4. isprave i snimke koje ne podliježu privremenom oduzimanju - čl. 262. st. 6. ZKP/08
5. Zapisnik suočenja koje nije audio-video snimljeno - čl. 278. st. 4. i čl. 289. st. 5. ZKP/08
6. Zapisnici o iskazima okrivljenika ispitanog na zabranjeni način - čl. 6. i 10. te čl. 281. u svezi s čl. 273. i čl. 275. stavak 1. do 4. i stavka 6. ZKP/08
7. Zapisnici o iskazima svjedoka ispitanih na zabranjeni način - čl. 6. i čl. 300. ZKP/08 te čl. 34. toč. 2. ZUSKOK
8. Zapisnici o ispitivanju kao vještaka osobe koja nije mogla biti vještak - čl. 311. st. 1. ZKP/08
9. Dokazi pribavljeni posebnim dokaznim radnjama provedenim na zabranjeni način - čl. 335. st. 8. ZKP i čl. 42. st. 8. ZUSKOK/08
10. Dokazi pribavljeni bez naloga suca istrage ili u odnosu na kazneno djelo za koje to nije moguće - čl. 339. a st. 9. ZKP/08
11. Dokazi pribavljeni privremenim oduzimanjem poštanskih pošiljaka provedenim na zabranjeni način - čl. 339. st. 8. ZKP
12. Dokazi sadržani u prijedlogu sporazuma stranaka o izricanju kazne od kojeg su stranke odustale - čl. 362. st. 2. ZKP
13. Dokazi o činjenicama koje se odnose na ranije spolno ponašanje žrtve i njene seksualne sklonosti - čl. 442. st. 1. ZKP

Osim ovakvog kataloga zakonodavac u pojedinim procesnim situacijama i na drugačiji način propisuje obavezan način prikupljanja dokaza, čije kršenje bi rezultiralo nezakonitošću dokaza (ne potvrđivanje radnji naloženih od državnog odvjetnika kada mu je to bilo dopušteno, ali ih sudac istrage nije konvalidirao – pretraga, posebne dokazne radnje i čl. 339. a ZKP/08 odnosno ograničenja kod potrebe provođenja hitnih dokaznih radnji prema službenoj osobi koja je ovlaštena i dužna otkrivati i prijavljivati kaznena djela za koja se progoni po službenoj dužnosti)

U toč. 4. st. 2. čl. 10. ZKP/08 ugrađena je interpretativna norma da se nezakonitim dokazom smatraju i svi dokazi za koje se saznalo iz po sudu utvrđenog nezakonitog dokaza. Ovakva interpretativna norma u sebi sadrži klauzulu doktrine plodova otrovane voćke. Naime ukoliko je neki dokaz bio izvorno nezakonit, tada se ne mogu smatrati zakonitim niti drugi dokazi koji su proizašli iz takovog dokaza. U dosadašnjoj sudskoj praksi primjenom do sada važećih odredaba Zakona o kaznenom postupku, ova doktrina izuzetno rijetko je bila primjenjivana u slučaju ako bi kao nezakoniti dokaz bila utvrđena obrana optuženika, opravdavajući takav stav procesnim upozorenjima koja su okrivljeniku bila davana i njegovim

pravom u svakoj procesnoj situaciji da odluka o tome želi li iznositi svoju obranu ili ne ovisila je isključivo o njemu. Odstupanje od ovako izraženog stava primijenjeno je u predmetu Mađer, koji je *sub judice*, u kome se nakon utvrđenja nezakonitom obrane optuženika pred redarstvenim vlastima zbog nečovječnog postupka, postavilo pitanje zakonitosti i dokaza za koje se saznalo upravo iz tako pribavljene obrane⁶.

Upravo ova norma u svezi s drugačije definiranim bitnim povredama kao procesnim sankcijama korištenja nezakonitih dokaza, što je već ranije istaknuto, predstavlja značajno odstupanje od teksta Zakona o krivičnom postupku koji zakon je dopuštao korištenje i dokaza za koje bi i sud utvrdio da su nezakoniti, ukoliko bi ista odluka bila donesena neovisno o tome da li je takav nezakoniti dokaz bio izveden ili ne. Ovo tim više što u to vrijeme nije bio razrađen sustav utvrđenja pojma nezakonitih dokaza te su se nezakonitim dokazima smatrali samo oni dokazi za koje zakonodavac izrijekom propisao da se na njima ne može utemeljiti sudska odluka, ukoliko je iz takovog dokaza proizašao neki drugi dokaz /doktrina plodova otrovane voćke/ za koji nije bilo osnove da ga se utvrdi nezakonitim prema normama tada važećeg Zakona o krivičnom postupku, odluka bi mogla opstati uz utvrđenje da odluka o krivnji nije utemeljena isključivo na dokazu za koji zakonodavac propisuje da se na njemu ne može utemeljiti sudska odluka.

3. Nadležnost Europskog suda za ocjenu radi li se o nezakonitom dokazu

U pogledu ocjene pitanja je li korištenje nekog dokaza za koji predlagatelj tvrdi da je nezakoniti dokaz pitanje - radi li se o pravičnom postupku, judikature Europskog suda za ljudska prava u brojnim svojim odlukama nedvojbeno izražava stav da pitanje konkretne ocjene je li neki dokaz zakoniti dokaz ili nije spada u isključivu nadležnost domicilnih sudova.

Pitanje utvrđenja radi li se o dokazu koji je nezakonit Europski sud za ljudska prava ne smatra pitanjem za koje bi *a limine* bio nadležan u svjetlu utvrđenja radi li se o povredi prava na pravičan postupak. U više svojih odluka Europski sud za ljudska prava nedvojbeno je izrazio svoj stav da je pitanje utvrđenja da li je određeni dokaz zakonit ili je ne zakonit predstavlja pitanje koje je u isključivoj je nadležnosti domicilnog prava. Međutim, istovremeno to samo po sebi ne znači da se Europski sud za ljudska prava ne bavi pitanjem da li se presuda temelji na dokazu za koji stranka tvrdi da je nezakonit, ali u posve drugom kontekstu. Europski sud za ljudska prava pitanjem eventualno nezakonitih dokaza bavi u kontekstu utvrđenja prava na pravično suđenje. To pravo u sebi uključuje pravo stranaka da problematizira pitanje utemeljenja odluke na nezakonitim dokazu, a bez da joj je domicilnim pravom bilo omogućeno da tu svoju tvrdnju problematizira „suđenjem“ o zakonitosti dokaza pred domaćim sudovima u tzv. incidentalnim postupcima. Ukoliko je takvo „incidentalno“

⁶ Ovo pitanje u značajnoj mjeri biti će naglašeno stupa li na snagu predložena izmjena ZKP sa sadržajem sedme novele, koji između ostaloga predviđa da prvo više ne bi postojalo neformalni informativni razgovor sa osumnjičenikom, već bi odmah to bio formalizirano ispitivanje kako se provodi prema okrivljeniku sa svim procesnim upozorenjima. Greška policijskog djelatnika u tome dijelu mogla bi rezultirati nastavkom razgovora bez valjanih procesnih upozorenja, čime će taj razgovor imati biti smatran nezakonitim dokazom, a zatim i svi dokazi za koje je policija saznala upravo iz takvog razgovora.

suđenje o zakonitosti dokaza bilo stranci omogućeno, ali ona u tom postupku nije uspjela s tvrdnjom da je dokaz nezakonit tj. ako je u tom postupku "suđenja o zakonitosti dokaza" utvrđeno nacionalnim pravom i odlukom nacionalnih sudova da bi se dokaz imao smatrati zakonitim, nakon čega bi bila izvršena i provjera vjerodostojnosti i istinitosti tj. vrijednosna ocjena takovog dokaza od strane domaćeg suda, Europski sud za ljudska prava takove postupke suda u odnosu na glavnu stvar označavao bi postupcima u kojima je poštovano pravo na pravično suđenje, ponavljajući da njihova zadaća nije nadomještanje nacionalnog prava u pogledu pravnih normi koje govore o tome kada se dokaz ima smatrati zakonitim a kada ne.

4. Aktualna pitanja ocjene zakonitosti dokaza

Dosadašnji dio ovoga rada bio je posvećen kratkom prikazu zakonskih rješenja problematike nezakonitih dokaza kroz zakone u različitim vremenskim odsječcima, o čemu zasigurno svaki od primjenjivača Zakona o kaznenom postupku ima dovoljno znanja i ne ostavlja mu nekakve posebne dvojbe. U nastavku ovoga rada više bih pažnje posvetio pojedinim pravnim pitanjima u vezi utvrđenja radi li se o dokazu koji je nezakonit ili se radi o zakonitom dokazu, a u kojima je sudbena vlast u posljednje vrijeme svojim recentnim odlukama dala odgovore.

4.1. Nečovječno postupanje pri prikupljanju dokaza

Pokušamo li ova pitanja strukturirati prema kategorijama utvrđenja nezakonitog dokaza u čl. 10. st. 2. ZKP/08 onda uvodno valja reći da u posljednje vrijeme samo u jednom predmetu bilo je problematizirano pitanje zakonitosti dokaza (obrane optuženika) zbog tvrdnje da je dokaz pribavljen nečovječnim postupanjem tijekom boravka okrivljenika u Policijskoj upravi zagrebačkoj.

Radi se o predmetu koji je proistekao po dopuštenoj obnovi postupka nakon presude Europskog suda za ljudska prava Mađer protiv Hrvatske, kojom presudomw je u odnosu na ranije provedeni kazneni postupak u kome je optuženi Mađer bio proglašen krivim, utvrđeno da je u odnosu na optuženog Mađera došlo do povrede čl. 6. (pravo na pošteno suđenje) i čl. 3. (zabrana mučenja) Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu Konvencije).

U ponovljenom postupku prvostupanjski sud polazeći od utvrđenja kako su ona istaknuta u presudi Europskog suda za ljudska prava utvrdio je da je obrana okrivljenika koja je korištena kao dokaz u ranijoj presudi rezultat postupanja tijela koje je u tom trenutku vodilo postupak (policija) za koje postupanje je Europski sud za ljudska prava utvrdio da se radi o postupanju koje predstavlja nečovječno postupanje, a koje je kao takvo zabranjeno čl. 3. Konvencijom. Sud je utvrdio da je zabrana nečovječnog postupanja pri pribavljanju dokaza – obrane optuženika sankcionirana nezakonitošću dokaza i odredbama Ustava Republike Hrvatske kao o odredbom čl. 6. ZKP/08, što kao posljedicu ima utvrđenje nezakonitim dokaza u smislu čl. 10. st. 2. toč. 1. ZKP/08.

U ovom predmetu nije bilo sporno pitanje nezakonitosti dokaza i posljedično izdvajanja kao nezakonitog dokaza obrane optuženika iznesene pred redarstvenim vlastima u nazočnosti branitelja. Međutim, u odnosu na ovu odluku postavilo se pitanje doktrine plodova otrovane voćke i postojanja razloga za izdvajanja ostale dokazne građe na kojoj bi po prijedlogu državnog odvjetnika bila temeljena sudska odluka o krivnji optuženika tj. jesu li ostali dokazi do kojih je tužitelj došao rezultat doktrine plodova otrovane voćke, da li je okrivljenik tijekom ispitivanja za koje je utvrđeno da je tom prilikom bio podvrgnut nečovječkom postupku ukazao na to gdje se nalaze drugi mogući dokazi, a koji će po prijedlogu tužitelja, nakon što su pribavljeni biti izvedeni i poslužili kao temelj za odluku o krivnji optuženika.

U tome dijelu predmet se nalazi *sub judice* tj. prvostupanjski sud još uvijek provodi postupke provjeravajući navod tvrdnje obrane koji su predložili izdvajanje ostale dokazne građe uz argumentaciju da je cjelokupna dokazna građa odnosno njen značajan dio pribavljen na temelju obrane okrivljenika iznesene pred policajcima, a koju obranu je okrivljenik iznosio tijekom postupka prema njemu za koji je pravomoćno utvrđeno da predstavlja nečovječno postupanje.

Širu elaboraciju zbog čega se postupanje policije prema optuženiku od trenutka njegovog uhićenja pa do trenutka kada je iznosio svoju obranu imalo smatrati nečovječnim može se naći u presudi Europskog suda za zaštitu ljudskih prava Mađer protiv Hrvatske ali jednako tako i u prvostupanjskoj odluci Županijskog suda u Velikoj Gorici od 13. siječnja 2015. godine broj K-10/14, koja odluka je potvrđena rješenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-110/15 od 10. ožujka 2015. godine.

4.2. Povreda prava obrane

Puno češći slučaj problematiziranja zakonitosti dokaza odnosi se na pitanje utvrđenja radi li se o dokazu koji je pribavljen povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane prava na dostojanstvo ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života.

U odnosu na tvrdnju o dokazu koji bi bili pribavljeni povredom Ustavom zakonom i međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, u posljednje vrijeme brojni su zahtjevi da se utvrde nezakonitim dokazi, a koji se odnose na zapisnike o ispitivanju svjedoka ili suoptuženika od strane državnog odvjetnika tijekom istrage, a o kojem ispitivanju nisu obaviješteni odnosno nisu pozvani sami okrivljenici ili njihovi branitelji.

4.2.1. Obavješćavanje obrane o provođenju dokaznih radnji

U tim predmetnima okrivljenici osobno i putem svojih branitelja problematiziraju zakonitost tako pribavljenog dokaza od državnog odvjetnika tvrdeći da je on pribavljen povredom Ustava Republike Hrvatske, pri čemu se pozivaju na ustavnu normu iz čl. 29. st. 2.

al. 6. Ustava Republike Hrvatske, a koja norma ima svoje oživotvorenje i u Zakonu o kaznenom postupku, koja propisuje da je pravo "osumnjičenika, okrivljenika ili optuženika" dakle izdvajajući osobu osumnjičenika i osobe protiv koje se još ne vodi istraga ili je istraga u tijeku, ali još nije potvrđena optužnica kada bi stekao svojstvo optuženika, "da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe".

Zahtjevi za utvrđenje ovih dokaza nezakonitim utemeljeni su na zaključku da u toj fazi postupka oni kao osumnjičenici odnosno okrivljenici imaju pravo zajamčeno Ustavom Republike Hrvatske ispitati i dati ispitati svjedoke optužbe (pri čemu se misli i na ispitivanje suoptuženika koji terete suoptuženike), a koje pravo im je ne obavještanjem o provođenju ovakvih radnji uskraćeno, time da ih državni odvjetnik ne obavještava o provođenju ove dokazne radnje čak i u situacijama kada se to posebno zahtjeva ne udovoljavajući takovom njihovom traženju.

U odnosu na ovu problematiku Vrhovni sud Republike Hrvatske u brojnim svojim odlukama izrazio je jasan, nedvosmislen i nepodijeljen stav da se takovi dokazi zbog ovako obrazloženih razloga povrede prava na obranu ne mogu smatrati nezakonitim dokazima.

Argumentacija za ovakav stav Vrhovni sud Republike Hrvatske iznio je u svojim odlukama kada navodi da pitanje prava osobe protiv koje se vodi postupak da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe ustvari odnosi se na pitanje pravičnog suđenja i na oživotvorenje tzv. konfrontacijske klauzule. Pritom se misli da je nedopustivo presudu temeljiti na dokazima za koje nije omogućeno osobi koja je takovom presudom proglašena krivom da ispita i daje ispitati svjedoke koji su ga teretili, u kojem slučaju bi se svakako radilo o povredi prava iz čl. 6. Konvencije na pravično suđenje.

Međutim pitanje pravičnog postupka valja sagledavati u kontekstu ocjene pravičnosti postupak u cjelini. Pri tom zakonodavac sastavljajući norme Zakona o kaznenom postupku posebno je vodio računa o potrebi pravičnog postupka, osobito u kontekstu novoinaugurirane u ZKP/08 tzv. državnoodvjetničke istrage tj. u situaciji kada jedna stranka iz kaznenog postupka sama provodi istragu i prikuplja dokaze.

Svrha državnoodvjetničke istrage je prikupljanje dokaza da bi državni odvjetnik kao jedna od stranaka u kaznenom postupku - ovlaštenu tužitelj, mogao ocijeniti da li postoji dovoljno dokaza koji bi opravdali zaključivanje o postojanju osnovane sumnje da je određena osoba počinila određeno kazneno djelo pokušavajući svoje tvrdnje argumentirati izvedenim dokazima u sastavljanju optuženice odnosno u postupku potvrđivanja optužnica.

Postavilo se pitanje da li se može ocjenjivati pravičnost postupka kao cjeline ocjenjujući pitanje pravičnosti u pojedinim fazama kaznenog postupka koje moguće prerastaju iz jedne faze postupka u drugi višu fazu tj. iz faze istrage u fazu rasprave.

O tom pitanju odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kako je ranije istaknuto, nepodijeljeno polaze od toga da pravičnost kaznenog postupka valja promatrati kao cjelinu.

Sudski postupak se smatra pokrenutim pravomoćnošću rješenja o provođenju istrage i tada postupak vodi državni odvjetnik tj. sama stranka u kaznenom postupku i eventualni propusti u njegovom postupanju ne može predstavljati povredu prava na pravični postupak jer kada govorimo o postupku tada to treba biti postupak koji se vodi pred sudom, a ne jednostrani stranački postupak. Upravo stoga se pravičnost postupka i ima sagledavati samo kada postupak bude okončan tj. kada će ga se moći sagledati u cjelini. Upravo u tom svijetlu, promatrajući pravičnost u odnosu na postupak cjelini, valja sagledavati i odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Pri tome je Vrhovni sud Republike Hrvatske polazi od norme teksta Zakona o kaznenom postupku koji državnom odvjetniku ne nameće obavezu na obavještanje ili pozivanje okrivljenika i branitelja tijekom provođenja pojedinih dokaznih radnji, a koja provodi on sam (izuzev slučaja iz čl. 213.a i čl. 234. ZKP/08). Upravo stoga, kako takove obaveze nisu izrijekom propisane u ZKP-u, to ovo nepozivanje i ne obavještanje pa čak i kada je posebno zatraženo, samo po sebi ne rezultira utvrđenjem da bi takvi dokazi bili nezakoniti zbog neobavještanja tj. uskrate prava na branitelja. Vrhovni sud u svojim odlukama otklanja prigovore povrede prava na pravično suđenje u opisanim situacijama utvrđujući da postupak državnog odvjetnika je stranački postupak i tek rasprava predstavlja kontradiktornu formu u kojoj je moguće sagledati povredu tzv. konfrontacijskog prav što bi rezultiralo utvrđenjem postupka koji nije pravičan. Postupanjem državnog odvjetnika tijekom istrage kako je to opisano nije isključeno niti onemogućeno pravo okrivljenika da ispituje i dađe ispitati svjedoke optužbe i to u punoj mjeri, međutim to pravo, sagledavajući postupak u cjelini, okrivljenik i njegov branitelj ostvaruju kontradiktornom postupku na raspravi pred sudom.

Nerijetko se dešava da kazneni postupak niti ne dođe u raspravnu fazu pred sud pa da prema tome već na temelju tako prikupljenih dokaza državni odvjetnik zaključi kako nema dokaza o postojanju osnovane sumnje da bi bilo počinjeno kazneno djelo. U situaciji ukoliko optužnica bude potvrđena tada iskazi koji su svjedoci ispitani u nekontradiktornoj formi iznijeli pred državnim odvjetnikom nikada i ni u kojem slučaju ne mogu biti jedini temelj za donošenje osuđujuće presude protiv okrivljenika o tome izrijekom govori norma propisana u čl. 431. st. 2. ZKP/08⁷. Prema tome kako se radi o situaciji da pitanje pravičnosti postupka valja sagledavati u cjelini postupka te kako iskazi svjedoka za koje okrivljenik ili osumnjičenik nije imao prilike da ih ispita ne mogu biti jedina osnova za donošenje osuđujuće presude to njihovo nepozivanje na ispitivanje svjedoka u fazi istrage ne predstavlja povredu prava na pravično suđenje već bi takova povreda postojala tek ako bi presuda bila utemeljena na takovim dokazima pa da na raspravi svjedoci nisu ponovili ono što su istakli tijekom istrage.

4.2.2. Nazočnost branitelja radnji prepoznavanja

⁷ „Ako dokazna radnja ispitivanja svjedoka ili vještaka nije provedena na način propisan člankom 234. i 235. ovog Zakona, ti se zapisnici mogu pročitati, ali se samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda.“

Pitanje povrede zajamčenih prava obrane odnosno povrede prava na branitelja moguće je sagledati i u okviru problematiziranja zakonitosti radnje prepoznavanja kada je okrivljenik osoba koju se prepoznaje a provođenjem takove radnje nije nazočan njegov branitelj.

Iako Direktiva 2013/48/EU o pravu na pristup branitelja u kaznenom postupku /u daljem tekstu Direktiva/ u čl. 3. koji govori o pravu na pristup odvjetnika u kaznenom postupku izrijekom nalaže da se radi osiguranja minimalnih prava osumnjičenika traži da njegov odvjetnik prisustvuje između ostalog i radnji prepoznavanja, tekst ove Direktive dolazi u obzir za primjenu izravno tek nakon 27. studenog 2016. godine koji je bio krajnji rok za obaveznu implementaciju teksta direktive u unutarnje zakonodavstvo Republike Hrvatske. Do tog datuma državama članicama Europske unije bilo je dato pravo za izmjenu legislativnih okvira, ali istovremeno i obveza izmjene domaćeg zakonodavstva radi usklađenja sa odredbama navedene Direktive. Republika Hrvatska to usklađenje u zadanim rokovima nije provela pa je *de lege lata* u tekstu Zakona o kaznenom postupku u normama 301 toč. 6. ZKP/08 bilo propisano u odnosu na radnju prepoznavanja da je prije prepoznavanja koje obavlja svjedok, tijelo koje obavlja radnju prepoznavanja tog svjedoka dužno upozoriti na odredbu čl. 288. st. 2. i 3. ZKP/08 a ako takovu radnju obavlja okrivljenik dati mu upozorenja iz čl. 273. ZKP/08. Kako je vidljivo naše zakonodavstvo u ovom trenutku uopće ne spominje bilo kakva prava osoba koje stoje u liniji prepoznavanja i objekt su prepoznavanja i *de lege lata* još uvijek ne određuje bilo kakve obaveze tijela koje provodi radnju prepoznavanja prema osobama koje se prepoznaje, a osobito ne obavezu obavještavanja i nazočnosti branitelja osumnjičeniku koji se nalazi u liniji prepoznavanja i u odnosu na kojega se provodi ta radnja, iako tako nešto Direktiva nalaže. Prema tome za radnje prepoznavanja koje bi bile provedene prije proteka roka unutar kojega je Hrvatska bila obavezna implementirati Direktivu o pitanju nezakonitosti radnje prepoznavanja zbog nenazočnosti branitelja u smislu čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08 moglo bi se govoriti samo u situacijama da je osumnjičenik koji se nalazi u liniji prepoznavanja izričito zahtijevao da toj radnji bude prisutan njegov odvjetnik. Ako takovog njegovog izričitog zahtjeva nije bilo, tada je radnja obavljena zakonito sukladno odredbama postojećeg zakonodavstva.

Međutim potpuno je drugačija situacija nakon proteka roka za obaveznu implementaciju teksta Direktive. Nakon proteka roka tj. nakon proteka 27. studenog 2016. godine tijela koja primjenjuju odredbe Zakona o kaznenom postupku dužna su voditi računa o tekstu ove Direktive, koji tekst je nacionalnim zakonodavstvom moralo biti ugrađeno u nacionalne zakone. Takva implementacija teksta Direktive u Republici Hrvatskoj nije učinjena već se izmjene zakonodavstva u tome smislu tek sada nalazi u fazi donošenja ZID Zakona o kaznenom postupku u koji tekst su ugrađene i odrednice Direktive, ali koji tekst je prošao tek prvo čitanje u Hrvatskom saboru. U takvoj zakonodavnoj situaciji obaveza je tijela koja primjenjuju odredbe Zakona o kaznenom postupku tekst Direktive primjenjivati kao dio unutarnjeg zakonodavstva/prava, i to stoga što Republika Hrvatska protekom određenog roka za njenu implementaciju zadanu obavezu implementacije teksta Direktive u nacionalno zakonodavstvo nije učinila. Pa prema tome, obaveza postupanja propisana u ovoj Direktivi predstavlja sada dio unutarnjeg zakonodavstva i ima se primjenjivati neovisno o tome da li se osoba na koju se Direktiva odnosi na nju pozvala ili nije. U protivnom, možemo govoriti o

povredi prava na obranu zajamčenu međunarodnim pravom, zbog čega bi ovaj dokaz mogao potencijalno postati nezakonit u smislu čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08

4.3. Dokaz pribavljen provođenjem posebnih dokaznih radnji

Poseban problem u ocjeni zakonitosti dokaza pojavio se u odnosu na dokaze pribavljene provođenjem posebnih dokaznih radnji. Samo radi podsjećanja ponovit ću da je čl. 332. ZKP/08 propisano da posebne dokazne radnje nalaže sudac istrage nalogom i to na traženje državnog odvjetnika, ali samo ako su ispunjene dvije temeljne pretpostavke tj. ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili to bilo povezano s nerazmjernim teškoćama te ako postoji osnova sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo iz kataloga. Uvjet koji je istaknut u odredbi čl. 332. da se posebne dokazne radnje određuju protiv određene osobe sudska praksa i istumačila da pojam određene osobe može biti i NN osoba u situacijama kad se provodi nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu u odnosu na određeni telefonski broj koji u prvo vrijeme koristi NN osoba⁸. Stav je sudske prakse da se takav nalog izdaje uz utvrđenje postojanja osnova sumnje da upravo ta NN osoba, čiji identitet je još uvijek nepoznat počinila kazneno djelo iz kataloga te da se dokazi na drugi način ne bi mogli prikupiti ili bi to bilo povezano sa nerazmjernim teškoćama. No, kako je zakonodavac vremenski ograničio trajanje ovih posebnih dokaznih radnji, prema uvriježenoj praksi onog trenutka kada se sazna o kojoj osobi se radi, na traženje državnog odvjetnika izdaj se novi nalog koji je usmjeren upravo protiv te određene osobe, a duljina trajanja naloga protiv te osobe čiji identitet se utvrdio kasnije, povezuje se za prvo izdavanje naloga kada je ta osoba još bila označena kao NN osoba, a sve kako bi ove posebne dokazne radnje bilo provođenje protiv određene osobe samo u rokovima kako ih je odredio zakonodavac.

Članak 335. u st. 1. ZKP/08 propisan je sadržaj naloga koga izdaje sudac istrage, a u istom članku u st. 3. propisana je dopuštena duljina trajanja ovih mjera sa mogućnosti njihovog produljenja. Zakonodavac u odredbi čl. 335. st. 8. ZKP/08 propisuje *ex lege* da se ima smatrati nezakonitim dokaz tj. da se presuda ne može utemeljiti na dokazu koji je rezultat posebnih dokaznih radnji koje su poduzete protivno odredbi čl. 332. ZKP/08. Već je ranije istaknuto da odredba čl. 332. u st. 1. ZKP/08 propisuje uvjete kada je moguće izdati nalog za posebne dokazne radnje, koje su to dokazne radnje, iznimku kada pojedine od njih može odrediti sam državni odvjetnik uz potrebu kasnije konvalidacije te sadrži odredbu da izvršenje radnji posebnih dokaznih radnji iz toč. 5. i 6. tj. uporaba prikrivenog istražitelja i pouzdanika i simulirani prodaju ili otkup ne smiju predstavljati poticanje na počinjenje kaznenog djela.

Unatoč ovako jasno datoj odrednici, kada se određeni dokazi *ex lege* imaju smatrati nezakonitim vrlo često nije tako jednostavno odrediti. Često u kaznenom postupku problematizira se pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih u odnosu na drugu osobu, a ne na

⁸ čl. 332. st. 9. ZKP/08 – „U slučaju kad se ne raspolože saznanjima o identitetu sudionika kaznenog djela, radnja iz stavka 1. točke 8. ovog članka može se odrediti prema predmetu kaznenog djela.“

onu prema kojoj je nalog izdan odnosno u odnosu na neko drugo kazneno djelo a ne u odnosu na ono za koje je nalog izdan.

Radi se o tzv. slučajnom nalazu i dok je ZKP/97 u čl. 182. propisivao da će se tako zabilježeni podaci i obavijesti prepisati i dostaviti državnom odvjetniku, bez naznake mogućnosti njihovog korištenja kao zakonitog dokaza, odredbe ZKP/08 u odnosu na tzv. slučajni nalaz daju drugačiju odrednicu. Odredba u čl. 335. st. 6. ZKP/08 izrijekom propisuju da se tako zabilježeni dokazi "mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku za to kazneno djelo". Naravno i u ovom slučaju postoji ograničenje u korištenju takovih dokaza. Oni ne mogu biti upotrijebljeni kao zakonit dokaz u odnosu na kaznena djela koja su izvan kataloga već samo za kaznena djela za koje bi i inače bilo moguće zatražiti i izdati nalog za provođenje posebnih dokaznih radnji, a koji katalog kaznenih djela se nalazi u čl. 334. ZKP/08.

Također, često se postavlja kao pitanje, pa time i dvojbe u odnosu na rezultate provođenja posebnih dokaznih radnji i zakonitosti prikupljenih dokaza na taj način, a tiču se „druge osoba“ koja nije obuhvaćena nalogom o provođenju posebnih dokaznih radnji. I u odnosu na te osobe, ako se radi o kaznenom djelu za koje bi inače bilo moguće izdati nalog o provođenju posebnih dokaznih radnji, uvijek i u svakom slučaju tako prikupljeni dokazi primjenom odredbe čl. 335. st. 6. mogu biti upotrijebljeni kao dokaz u kaznenom postupku i protiv druge osobe.

4.3.1. Kvaliteta obrazloženja nalog

Poseban problem pojavio se u prigovorima kada obrana osporava zakonitost prikupljenih dokaza provođenjem posebnih dokaznih radnji na temelju naloga suca istrage, tvrdeći da bi se radilo o dokazima koji su ex lege nezakoniti, a razlog nezakonitosti izdvajaju postupanje suca istrage suprotno zakonu tj. u tvrdnji da nije udovoljeno zahtjevu ZKP-a da obrazloženje naloga u sebi kvalitetno dade razloge za izdavanje takovog naloga tj. kvalitetno navede utvrđenja suda da se na drugi način dokazi nisu mogli prikupiti ili da bi to bilo povezano sa nerazmjernom teškoćom odnosno da postoji osnova sumnje u odnosu na određenu osobu da je počinila kazneno djelo iz kataloga.

U odnosu na ovo pitanje sudska praksa i brojne odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske bile su nepodijeljenog stava da se ne može raditi o dokazu koji bi ex lege bio nezakonit, obrazlažući to utvrđenjem da zakonodavac ovaj eventualni propust u poštivanju odredbi Zakona o kaznenom postupku nije sankcionirao utvrđenjem da bi takav dokaz bio ex lege nezakonit. Ovu procesnu sankciju zakonodavac predviđa samo za postupanje suprotno traženju iz čl. 332. ZKP/08, a o tome što mora sadržavati obrazloženje takovog naloga sadržano je u odredbi čl. 335. st. 1. ZKP/08 zakonodavac ne sankcionira kao nezakoniti dokaz.

Kako je u uvodnom dijelu ovoga rada istaknuto, da bi neki dokaz bio smatran ex lege nezakonitim potrebno je da se utvrdi postupanje koje bilo protivno zakonu te nakon toga da je

u samom zakonu navedena izričita volja zakonopisca da takovo postupanje koje je protivno zakonu sankcionirano utvrđenjem da se radi o nezakonitom dokazu.

4.3.2. Povreda članka 8. Konvencije⁹ istovremeno i povreda prava na privatnost zajamčene Ustavom Republike Hrvatske

Međutim kroz posljednje odluke Europskog suda i to odluke Dragojević protiv Hrvatske odnosno Bašić protiv Hrvatske ova problematika postavila se na posve drugačiju razinu i sa toga aspekta u posljednje vrijeme ističu se i drugačiji zahtjevi i za utvrđenje dokaza nezakonitim prikupljenim, ako je on rezultat provođenja posebnih dokaznih radnji u situaciji kada je izostalo kvalitetno/dostatno obrazloženje naloga od strane suca istrage.

U čitavom nizu predmeta, a što je bio slučaj i u predmetu Dragojević kao i u predmetu Bašić obrana je problematizirala zakonitost prikupljenih dokaza provođenjem posebnih dokaznih radnji, a koje radnje su se ticale nadzora i tehničkog snimanja i telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, obrazlažući to time da je došlo do povrede prava na privatnost, a time i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života koja se također navodi kao jedan od razloga za utvrđenje dokaza nezakonitim u čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP.

4.3.2.1. Dosadašnja praksa sudova u Republici Hrvatskoj

Na tako istaknute prigovore Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojim odlukama propitivao je opravdanost izdavanja naloga, ali u kasnijoj fazi postupka tj. onda kada je takav prigovor istaknut. Naime tek kasnije, tijekom postupka koji je započeo¹⁰ stranka je saznala da su u odnosu na nju bile odobrene posebne dokazne radnje, te da je njen telefonski broj bio nadziran. Stranka je tek sada u prilici, a što i čini isticati da su dokazi koji su prikupljeni nezakoniti dokazi. Svoju tvrdnju argumentira obrazloženjem da je nalog suca istrage kojim je naloženo provođenje određene posebne dokazne radnje manjkavo/loše obrazložen. U dosadašnjoj praksi Vrhovni sud Republike Hrvatske na ovakve prigovore odgovarao je na način da se u takvoj procesnoj situaciji drugostupanjski sud povodom ovako istaknutog prigovora na zakonitost pojedinog dokaza, pri ocjeni radi li se o nezakonitom dokazu dužan "vratio u fazu odlučivanja suca istrage" tj. z fazu u kojoj je bio sudac istrage kad je donosio odluku o izdavanju ovog naloga. Sukladno takvom stavu sud pri ocjeni zakonitosti dokaza dužan je razmotriti zahtjev kojim je državni odvjetnik zatražio izdavanje posebnih dokaznih radnji te njegovu argumentaciju i ne upuštajući se u vrednovanje dokaza koji su pribavljeni kasnije provođenjem ovoga naloga, sud bi bio dužan ocijeniti da li su bili ostvareni uvjeti za izdavanje takovog naloga od suca istrage, te ukoliko je smatrao opravdanim izdavanje toga naloga, neovisno o tome što je obrazloženje naloga suca istrage bilo manjkavo/loše, sud bi u pomaknutoj fazi postupka utvrđivao da su postojali uvjeti za izdavanje takovog naloga pa samim time i nije povrijeđeno pravo na privatnost osobe čiji telefonski broj je bio nadziran. U protivnom, loše obrazloženi nalog suca istrage za provođenje posebnih dokaznih radnji, kako

⁹ pravo na privatni i obiteljski život, dom i dopisivanje

¹⁰ pravomoćnošću rješenja o provođenju istrage

se radi o odluci protiv koje nije dopušten pravni lijek, vodio bi tužitelja u prikupljanje dokaza za koje bi mu unaprijed postojala svijest da će oni biti utvrđeni nezakonitima.

Takovu praksu prihvatio je i Ustavni sud Republike Hrvatske izraženo u odluci U-III-2781/2010 od 9. siječnja 2014. godine.

4.3.2.2. Stav Europskog suda za ljudska prava

Međutim Europski sud za ljudska prava, čiji stavovi, pa izraženi i u obrazloženju odluka su izvor prava, istakao je da pitanje zaštite prava na privatnost nije samo pitanje zaštitne kategorije zaštićene Ustavom Republike Hrvatske već se radi o potencijalno mogućoj povredi odredbe čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Naime Europski sud za ljudska prava utvrđuje da nije sporno da prisluškivanjem telefona i tajnim nadzorom komunikacija dolazi do miješanja u pravo na poštivanje privatnog života zajamčenog čl. 8. Konvencije, pa da prema tome obzirom na opasnost da sustavom tajnog nadzora bude ugrožena ili uništena demokracija, a sve pod krinkom branjenja iste, Europski sud za ljudska prava utvrdio je da pri ocjeni radi li se o povredi odredbe čl. 8. Konvencije on mora biti uvjeren da postoji jamstva protiv zlouporabe takovih prava. Iz ovakvog stava Europskog suda za ljudska prava jasnim se iščitava i stav koji je kasnije explicite izražen u presudi Drageljević protiv Hrvatske da retroaktivna ocjena opravdanosti postojanja potrebe za izdavanjem takovog naloga nije dopušteno. Europski sud za ljudska prava navodi da u "zaobilaženje tog zahtjeva retroaktivnim opravdanjem koje su uveli sudovi ne može se osigurati odgovarajuća i dostatna zaštita od potencijalne zlouporabe, jer otvara vrata proizvoljnosti time što dozvoljava provođenje tajnog nadzora suprotno postupku koji je predviđen u mjerodavnom pravu".

Sud dalje ističe da kako se nesporno radi o povredi konvencijskih prava (čl. 8. Konvencije) te kako osobi kojoj su ta prava povrijeđena zakonodavstvom nije pružena odgovarajuća zaštita, naznačava kako mjerodavno domaće pravo nije bilo jasno u pogledu opsega ili načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene sudovima te posebice u praksi da nije osiguravalo odgovarajuće mjere za zaštitu od raznih mogućih zlouporaba. Sud zaključuje da u situacijama kada obrazloženje naloga suca istrage za provođenje posebnih dokaznih radnji u svome obrazloženju ne sadrži nužno – obrazloženje postojanja osnovane sumnje i obrazloženje da se dokazi na drugi način nisu mogli prikupiti - postupak nalaganja i nadziranja provođenja mjere konkretno prisluškivanja telefona nije bio u potpunosti u skladu sa pretpostavkama zakonitosti niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo prisluškivane osobe na poštivanje njegova privatnog života, a što je nužno u demokratskom društvu, zbog čega Europski sud za ljudska prava utvrđuje da je došlo do povrede čl. 8. Konvencije.

Identičan stav ovoj odluci izražen je i u odluci Bašić protiv Hrvatske.

Ovakva praksa Europskog suda za ljudska prava nužno bi morala dovesti i do drugačijeg sagledavanja mogućih odgovora na istaknuti problem pitanja nekvalitete obrazloženja naloga sudaca istrage za provođenje posebnih dokaznih radnji.

Pregledom odluka donesenih u posljednjih godinu dana u odnosu na problematiziranje pitanja zakonitosti dokaza pribavljenih posebnim dokaznim radnjama, a zbog navodnih manjkavosti u obrazloženju naloga suca istrage, Vrhovni sud Republike Hrvatske odgovarajući na ove navode u pretežitom broju slučajeva zauzeo je stav da količina obrazloženja kakva postoji u nalogu je dostatna da opravda nužne uvjete za izdavanje ovoga naloga tj. sud je utvrdio da se dostatno obrazlaže postojanje osnova sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo kao i utvrđenje da bi prikupljanjem dokaza na drugi način bilo nemoguće ili u znatnoj mjeri otežano, zbog čega tvrdnja stranaka da su rezultat ovako provedenih dokaznih radnji nezakoniti dokazi zbog povrede prava na privatnost zaštićene ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim pravom (čl. 8. Konvencije) su otklanjane kao netočne. Točno je da su suci istrage u tim obrazloženjima prihvaćali argumentaciju istaknutu po državnom odvjetniku u obrazloženju prijedloga za izdavanje naloga. Kako Zakon o kaznenom postupku ne predviđa drugi oblik i mogućnost provjere i prikupljanja dokaza radi izdavanja ovih naloga sudu osim prihvaćanja ili ne prihvaćanja, bez posebne provjere, obrazloženih navoda istaknutih u samom prijedlogu za izdavanje posebnih dokaznih radnji, to nije preostalo drugo nego da podastrte obrazložene dokaze državnog odvjetnika navedene u prijedlogu za izdavanje ovog naloga vrednuje i nakon toga ukoliko smatra da su ti dokazi opravdani pretoči u obrazloženje svoga naloga utvrđujući da se radi o dostatnoj količini dokaza za osnove sumnje te utvrđujući da bi prikupljanje dokaza na drugi način bilo u značajnoj mjeri otežano.

Međutim bilo je i odluka u kojih Vrhovni sud Republike Hrvatske pozivajući se na svoje ranije zauzeto stajalište upućuje prvostupanjski sud, ukidajući odluku u odnosu na pitanje zakonitosti dokaza da u ponovljenom postupku sukladno ranijoj praksi propita da li su dokazi koje je podastro državni odvjetnik u prijedlogu za izdavanje naloga dostatni da opravdaju zaključke kako je ranije izloženo, kako bi nakon toga sud mogao stvoriti svoj stav o tome da li se radi o povredi prava na privatnost ili ne.

4.3.2.3. Što sutra?

U takovoj situaciji kada sud zaključi da doista u nalogu kako ga je izdao sudac istrage nije da stav suda odnosno dostatno obrazloženje o postojanju dvaju nužnih elemenata koji moraju biti utvrđeni (i obrazloženi) za izdavanje ovog naloga, mišljenja sam da obzirom na jasno izražene stavove Europskog suda za ljudska prava o pitanju povrede čl. 8. Konvencije zbog nedostatnog obrazloženja naloga suca istrage, sudovi više ne bi mogli *a priori* upuštati se u retroaktivnu ocjenu takvog zahtjeva te u toj situaciji upravo radi izbjegavanja mogućih zlouporaba, kako to sugeriraju Europski sud za ljudska prava morali bi poći od pretpostavke da su prikupljeni dokazi provođenjem mjera tajnog nadzora kao rezultat posebnih dokaznih radnji a za koje u nalogu suca istrage nije izneseno dostatno obrazloženje, neovisno o tome što u trenutku provođenja tih mjera osoba nad kojom su provođenje nije imala spoznaju o sadržaju obrazloženja, mora biti podvrgnuto puno strožoj kontroli nego li bilo to do sada. Sugeriram da u promijenjenom stavu sudovi, utvrde li da nalog doista ne sadrži dostatno obrazloženje za postojanje osnova sumnje odnosno utvrđenje da se dokazi ne bi mogli

pribaviti na drugi način ili bi to bilo povezano sa nerazmjernim teškoćama, utvrde da se radi o povredi iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP zbog čega bi takav dokaz moguće bio nezakonit.

Naime, u tome dijelu valja voditi računa da je sam zakonodavac u odnosu na utvrđenu nezakonitost dokaza zbog razloga naznačenih u čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08 predvidio mogućnost „osnaživanja“ takvih dokaza na način kako je to propisano u čl. 10. st. 3. ZKP/08.

Zakonodavac je u čl. 10. st. 3. ZKP/08 propisao da dokazi za koje bi se utvrdilo da su pribavljeni povredom Ustavom zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života ipak mogu biti zakoniti dokazi, ali pod uvjetom da budu ostvarene određene pretpostavke. Pri tome potrebno je utvrdi (1) da se radi o dokazu pribavljenim zbog potreba dokazivanja kaznenog djela za koje se postupak vod pred županijskim sudom, (2) da se radi o posebno teškom obliku tog kaznenog djela, te nakon toga (3) da sud ocijeni da li pretežu interesi kaznenog progona i kažnjavanja takovog počinitelja nad potrebom zaštite prava na privatnost takve osobe.

Ovaj instrumentarij pravomoćno je primijenjen u vrlo ograničenom broju slučajeva do sada tj. samo u dva navrata Vrhovni sud Republike Hrvatske dopustio je da se primjenom odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08 dokazi za koje je utvrđeno da su pribavljeni povredom zajamčenih prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života zaštićenog Ustavom, zakonom i međunarodnim pravom ipak smatraju zakonitim dokazom. Već je poznata odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-Us 6/14 donesena 21. siječnja 2014. godine. Ta odluka odnosila se na kazneno djelo iz čl. 339. st. 2. Kaznenog zakona, a u samoj odluci elaborirani je stav Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji je ocijenio da se u konkretnom slučaju stječu svi elementi koji omogućavaju „konvalidaciju“ tako pribavljenog dokaza (snimanje nejavnog razgovora bez da je osoba koja je snimana znala za činjenicu snimanja) te istovremeno utvrdilo da interes kaznenog progona u značajnoj mjeri preteže nad interesom zaštite privatnosti snimane osobe.

Druga takova odluka znatno je novijeg datuma. Radi se o odluci broj I Kž-Us 72/16 od 2. ožujka 2017. godine kojom odlukom je Vrhovnog suda Republike Hrvatske potvrdio stav prvostupanjskog suda, a time i njihovu odluku o zakonitosti dokaza, a radilo se o tajno snimanoj video snimci. I u tom slučaju radilo se o kaznenom djelu iz nadležnosti županijskog suda (čl. 333. st. 1. i 2. KZ/97) i to njegovom posebno teškom obliku, a Vrhovni sud Republike Hrvatske prihvatio je argumentaciju prvostupanjskog suda da interesi kaznenog progona za ovo kazneno djelo u značajnoj mjeri nadilaze i potrebu zaštite privatnosti osobe koja je snimana povredom načela zabrane povrede prava privatnosti.

Ovakvim restriktivnim i ograničenim pristupom u primjeni odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08 moglo bi se tražiti odgovor i na pitanje utvrđenih povreda prava na zaštitu privatnosti osoba snimanih na temelju sudskih naloga koji nisu kvalitetno obrazloženi.

Naravno tako nešto ne bi moglo biti primjenjivano automatizmom i uvijek, u kojem slučaju bi to značilo izbjegavanje kogentnih zakonskih normi odnosno izričito izraženog stava

u presudama Europskog suda za ljudska prava. Primjena ove odredbe nikada ne bi mogla doći u kaznenim postupcima koji se vode pred općinskim sudom. Dakle ova norma bi mogla doći u primjenu samo za kaznene postupke koji se vode pred županijskim sudom i to ako se radi o naročito teškim kaznenim djelima, a zadaća bi suda u svakom konkretnom i pojedinom predmetu bila da ocjenjuje da li u pojedinom slučaju preteže interes kaznenog progona određene osobe ili interes zaštite njegovog prava na privatnost i prava na kvalitetno obrazložen nalog suca istrage o provođenju posebnih dokaznih radnji.

Naravno sve ove dvojbe što se tiče kvalitete obrazloženja naloga suca istrage potpuno bi bile izlišne u situaciji kada bi ti nalozi bili kvalitetnije pisani¹¹. Točno je da zakonodavac ne sankcionira nezakonitošću dokaza dokaz pribavljen na temelju nekvalitetno obrazloženog naloga suca istrage za provođenjem posebnih dokaznih radnji, međutim sankcija za takvo postupanje ukoliko bi sudbena vlast i tolerirala takove naloge kao što je to činila do sada, dolazi u odnosu na Republiku Hrvatsku na temelju presuda Europskog suda za zaštitu ljudskih prava. U tim presudama nakon što je utvrđeno da nije nastupila povreda čl. 6 Konvencije (pravo na pravičan postupak), ali je utvrđeno postrojenje povrede čl. 8. Konvencije (pravo na zaštitu privatnosti) Sud obavezuje Republiku Hrvatsku na plaćanje naknade štete. Nije mi teško u ovom trenutku zamisliti situaciju koja bi se mogla desiti već sutra da u situacijama kada je Republika Hrvatska obavezana platiti štetu određenoj osobi zbog postupanja sudaca istrage koji se nisu držali obaveze pri izradi obrazloženja naloga kako im je ona naveden u Zakonu o kaznenom postupku, a to je potreba da obrazlože svoje naloge pri određivanju posebnih dokaznih radnji kvalitetno u pogledu utvrđenja postojanja osnova sumnje da je određena osoba počinila kaznenio djelo odnosno utvrđenja da se dokazi na drugi način ne bi mogli prikupiti ili bi to bilo povezano s nerazmjernim teškoćama, već sutra da Republika Hrvatska u odnosu na takve suce, zbog grubog propusta u radu /postupanje suprotno kogentnoj zakonskoj normi/ u odnosu na njih ustane civilnim tužbom za regresnu odgovornost u odnosu na iznos štete koju je Republika Hrvatska morala platiti osobi kojoj je Europski sud za zaštitu ljudska prava takovu štetu i dosudio.

4.4. Dokazna radnja provjere uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta

Posebno pitanje u pogledu ocjene zakonitosti dokaza u posljednje vrijeme pojavilo se u odnosu na mogućnost primjene odredbe čl. 339.a ZKP08 tj. dokazne radnje provjere uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta.

Ova dokazna radnja uvrštena je u tekst ZKP/08 tek V novelom Zakona iz 2013. godine a izmijenjena je VI novelom ZKP/08 objavljenom u Narodnim novinama broj 152 iz 2014. godine.

U odnosu na ovu dokaznu radnju, nakon što je ona uvrštena u tekst zakona, sa posebnim uvjetima zakonitosti za korištenje dokaza prikupljenih njenim provođenjem, u

¹¹ o manjkavosti kvalitete obrazloženja naloga govore presude Europskog suda za ljudska prava i odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji se sudovima sugerirao i sam provodio naknadnu kontrolu ispunjenost uvjeta za izdavanje naloga

praksi su se pojavile određene dvojbe prvenstveno zbog neprecizne interpretacije samog teksta zakona.

Uvodno valja istaći da je zakonodavac propisujući ovu posebnu dokaznu radnju kao *ratio legis* imao mogućnost odobravanja nadziranja telefonskih kontakata (bez ulaženja u sadržaj tog kontakta) u odnosu na registrirane vlasnike telekomunikacijskog sredstva ali jednako tako i u odnosu na neregistrirane korisnike telekomunikacijskog sredstva. Ono što je važno ovdje uočiti, a što je u praksi prepoznato kao problem, da se ne radi o izjednačavanju (a) registriranog vlasnika ili (b) korisnika, nego da je u čl. 339 a st. 1. ZKP/08 ova mjera moguća u odnosu na osobu (a) koja je prijavljena kao korisnik kao i u odnosu na (b) tzv. *prepaid* pretplatnike u kojem slučaju su oni anonimni, ali su svakako korisnici telekomunikacijskog sredstva.

Prvotnim tekstom ove zakonske norme, provođenje ove dokazne radnje bilo je dopušteno za sva kaznena djela za koja se kazneni postupak pokreću po službenoj dužnosti. Dakle, u svim situacijama kada je ovlaštenu tužitelj državni odvjetnik on je mogao od suca istrage zatražiti davanje naloga za provjeru uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta. Međutim izmjenom iz 2014. godine od široko postavljenog prava državnom odvjetniku da traži provođenje ove dokazne radnje u odnosu na sva kaznena djela, zakonodavac je suzio opseg kaznenih djela za koja je ova dokazna radnja koja ipak narušava pravo na privatnost pojedine osobe moguća, ograničivši to u st. 1. sada samo na kaznena djela koja se nalaze navedena u katalogu čl. 334. ZKP/08 (kaznena djela zbog kojih je moguće odrediti posebne dokazne radnje) te u odnosu na ostala kaznena djela, ali samo pod uvjetom ako se radi o kaznenim djelima za koja je propisana kazna zatvora teža od pet godina.

U odnosu na ova kaznena djela državni odvjetnik može zatražiti od suca istrage nalog za provjeru uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta samo pod uvjetom ako postoji sumnja da je određena osoba (registrirani vlasnik ili *prepaid* korisnik telekomunikacijskog sredstva) počinio kazneno djelo.

Iz ovakvog izričaja vidljivo je da je ovu mjeru moguće tražiti nakon što je kazneno djelo počinjeno ali zakonodavac razinu sumnje za traženje ove dokazne radnje spušta ispod osnova sumnje na samo postojanje sumnje. Zakonodavac ni na jednom mjestu ne definira na koji način će biti utvrđivano da li se radi o sumnji, osnovama sumnje ili osnovanoj sumnji da je počinjeno kazneno djelo i ova kvantifikacija razine sumnje prepuštena je sudbenoj vlasti.

U odnosu na ovu dokaznu radnju jedna od novijih odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I KŽ-Us 150/15 od 19. siječnja 2017. godine izriječno propisuje da se nezakonitim dokazom smatraju podaci prikupljeni od redarstvenih vlasti koji su pribavljeni protivno kogentnoj zakonskoj normi iz čl. 339.a ZKP/08 i to u vrijeme kada je ta norma već bila na snazi, prema je tome svako takovo prikupljanje ako bi se radilo u odnosu na kaznena djela gdje je propisana kazna zatvora blaža od pet godina bilo *a priori* nedopušteno, s iznimkom odredbe čl. 339.a st. 8. ZKP/08 gdje je propisano da će se smatrati zakonitom takova radnja ako se podaci pribavljaju u situacijama kada registrirani vlasnik ili korisnik

komunikacijskog sredstva dade pisani pristanak za takovim pribavljanjem. Ovo pribavljanje pisanog pristanka u praksi najčešće će se odnositi na kazneno djelo prijetnje u kojim je za očekivati da osoba kojoj su prijetnje bile upućivane putem telefona da takav pisani pristanak redarstvenim vlastima kako bi oni mogli pribaviti podatke sa kojih brojeva je bio pozivan njen broj. Međutim ako takovog pisanog pristanka nema, a radi se o kaznenim djelima gdje je propisana kazna zatvora do pet godina, prikupljeni podaci od strane redarstvenih vlasti smatrat će se nezakonitim dokazom i mogu poslužiti jedino kao rezultat izvida za spoznajnu vrijednost, ali ne i kao dokaz.

Jednako tako nezakonitim dokazom smatrat će se prikupljeni podaci i u odnosu na kaznena djela navedena u katalogu čl. 334. ZKP/08 odnosno djela za koja je propisana kazna zatvora teža od pet godina, ako je takovo prikupljanje obavila policija isključivo na temelju ovlasti proizašlih iz Zakona o policiji bez naloga suca istrage. Naime takovo prikupljanje njima je moguće, ali ponovo samo u cilju izvida kaznenih djela. Ukoliko se takva dokazna građa namjerava koristiti u kaznenom postupku u dokazne svrhe tada ona može biti pribavljena isključivo na temelju naloga suca istrage, uz utvrđenje/obrazloženje postojanja sumnje da je počinjeno određeno kazneno djelo za koje je ova dokazna radnja dopuštena u protivnom tako nešto neće biti moguće.

5. Umjesto zaključka

Ovo je samo kratki prikaz spornih situacija koje se mogu pojaviti u vezi ocjene zakonitosti pojedinog dokaza i ponovno valja istaći da je najmanji broj utvrđenih dokaza nezakonitim rezultat primjene odredbe čl. 10. st. 2. toč. 1. ZKP/08, nešto više ih je rezultat primjene zakonske odredbe iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08 s time da je u tom dijelu u ograničenom, vrlo ograničenom opsegu moguće i konvalidacija dokazne snage prikupljenog dokaza u smislu čl. 10. st. 3. ZKP/08 sa ograničenjem da se na samo takvom dokazu ne utemeljiti presuda, najčešći broj predmeta je utvrđenje dokazne radnje nezakonitim odnosno dokaza nezakonitim u situacijama kada je dokaz pribavljen kršenjem odredaba Zakona o kaznenom postupku, a sam zakonodavac je tako nešto sankcionirao posljedicom nezakonitosti odnosno nedopuštenosti korištenja takovog dokaza u kaznenom postupku. U tom dijelu zakonodavac je vrlo široko postavio katalog u kojim slučajevima sve dokaz pribavljen povredom odredaba Zakona o kaznenom postupku ne može biti upotrijebljen kao zakoniti dokaz. Sva navedena ograničenja zlonamjerno mogu biti tumačena kao ograničenja u procesu dokazivanja određenog kaznenog djela radi pogodovanja okrivljeniku. Međutim ne smije se zanemariti da pravni poredak u Republici Hrvatskoj, a osobito kazneno zakonodavstvo polazi od pretpostavke nedužnosti optuženika. Dakle polazište u svakoj ocjeni da li je netko sumnjiv za kazneno djelo je okolnost da ga se ima smatrati nedužnim i tek u slučaju da se utvrdi postojanje određenih okolnosti koji dozvoljavaju ograničenje ustavnih prava immanentnih nedužnom čovjeku može biti osnova da se prema nekoj osobi primjene neke od represivnih mjera kojima se ograničavaju njegova ustavna prava i slobode bilo da je to ograničenje rezultat normi zakona ili međunarodnih ugovora ili ustava Republike Hrvatske.