

Primljeno: veljača 2007.

ŽELJKO KARAS*

Sudska praksa u svezi s policijskim postupanjem

I. Nazočnost dva svjedoka kod pretrage stana

"U pravu je, međutim, sud prvog stupnja kada je izdvojio sve spomenute zapisnike iz izreke pobijanog rješenja, smatrajući da se na njima ne može utemeljiti sudska odluka i iste izdvojio kao nezakonite.

Točno je, naime, da je u skladu s odredbom čl. 214. st. 2. ZKP, kako to navodi žalitelj, za pretragu stana okr. osigurana nazočnost stanara i dva punoljetna građana kao svjedoka. Međutim, točno je isto tako, što žalitelj ne osporava, da je prilikom pretrage stana u drugom odvojenom objektu uz obiteljsku kuću, kada je pronađen predmet pretrage bio nazočan samo jedan svjedok, dok je drugi svjedok prema rasporedu policijskih djelatnika ostao u obiteljskoj kući, gdje nije pronađeno ništa."

VSRH, I KŽ-771/01-3 od 11. prosinca 2001. godine

1. Policijski službenici su tijekom pretrage stana i drugih prostorija zbog opsežnosti pretraživanja razdvojili dva svjedoka te je svaki od njih bio na drugom dijelu pretraživanog posjeda. U čl. 34. st. 5. Ustava je propisano da se pretraga radi pronalaženja ili osiguranja dokaza za koje postoji osnovana vjerojatnost da se nalaze u domu počinitelja kaznenog djela, može poduzeti samo u nazočnosti svjedoka. Zakonski je u čl. 214. st. 1. ZKP-a određeno da prigodom provođenja pretrage stana ili drugog prostora moraju biti nazočna dva punoljetna građanina kao svjedoci istodobno kroz cijelo vrijeme trajanja pretrage. Ova je odredba vrlo značajna za zakonitost postupanja jer povreda dovodi do neuporabljivosti prikupljenih dokaza, neovisno je li pretraga provedena temeljem sudbenog naloga ili neke druge zakonite osnove. U teoriji se uobičajeno navodi da svjedoci moraju biti nazočni radi osiguravanja pravilnosti pretrage.¹

* mr. sc. Željko Karas, predavač na Visokoj policijskoj školi MUP-a RH, Zagreb.

¹ Pavišić, Berislav, Komentar Zakona o kaznenom postupku, Žagar, Rijeka, 2003., 300.;

Gluščić, Stjepan, Kaznenopostupovno pravo, u: Veić, Petar i dr., Osnove kaznenog prava, MUP, Zagreb, 2004., 187.

Nazočni svjedoci ne propituju osnovanost pretrage, čemu su namijenjeni drugi načini i druge osnove za nezakonitost dokaza, već se njihova uloga u glavnini odnosi na potvrđivanje vjerodostojnosti pronalaska dokaza. Ustav u čl. 34. st. 5. naglašava obveznu nazočnost svjedoka kod pretrage koja je usmjerena na traženje dokaza, kao što i čl. 216. st. 2. ZKP-a također veže tu obvezu uz pretragu radi traženja dokaza, a ne i za ostale osnove pretraživanja.

2. Iako odredba ima značajne koristi, do neželjenih poteškoća je mogao dovesti način na koji je nastalo prikazano tumačenje. U ZKP-u od 1998. godine nije postojala naznaka da bi svjedoci trebali biti *zajedno* tijekom pretrage. Nastanku ovakvih povreda je moglo pogodovati što su ove odredbe preuzete iz ranijeg ZKP-a u kojem nisu imale poseban značaj niti su bile predmet posebne pozornosti. Iako su te odredbe od novog ZKP-a 1998. godine postale uvjet zakonitosti dokaza, njihovo značenje također nije podrobije protumačeno niti su iskazivana stajališta da su kod te odredbe nastale promjene u odnosu na ranija gledišta. Iskustvo pokazuje da su do 1998. svjedoci ponekad razdvajani kod opsežnijih pretraga i s time nije bilo nikakvih poteškoća u dokaznoj uporabi, niti su branitelji tome prigovarali. Vrhovni sud je započeo s izražavanjem ovakvih stajališta od 2001. godine, a tek nakon toga je zakonskim izmjenama iz 2002. godine propisano da dva svjedoka moraju biti nazočna *istodobno* kroz cijelo vrijeme trajanja pretrage. I takva odredba je potaknula pitanja u praksi jer svjedoci mogu biti *istodobno* (u isto vrijeme) na pretrazi, a da nisu *zajedno* u istoj prostoriji.
3. Iskusni službenici koji su smatrali da zakonito postupaju nisu mogli biti u prigodi doznati kakvo će tumačenje nakon nekoliko godina primijeniti sud. Takvo stanje ne doprinosi pravnoj sigurnosti jer službenicima može biti nejasno što je potrebno ispunjavati za zakonitost dokaza. Vidljivo je da su osigurali nazočnost dva svjedoka, što pokazuje kako su imali namjeru poštovati zakonske odredbe. U odluci se ne navodi da je bilo koji svjedok postavio ikakve primjedbe o nepravilnostima u radu policije, što pokazuje i da je pretraga bila provedena pravilno. Razlog zbog kojeg mogu nastati ovakvi nezakoniti dokazi nije u namjeri zanemarivanja temeljnih prava ili sklonosti zloporabama, već to može biti posljedica spornog tumačenja. Primjerenije uvođenje pravila je moglo postići poštovanje željenog tumačenja o zaštiti prava građana i prikupljanje valjanih dokaza o kaznenim djelima. Za usporedbu, kod uvođenja sustava nezakonitih dokaza sredinom XX. stoljeća u Sjedinjenim Američkim Državama, načelnik policije u New Yorku, najvećoj jedinici u Sjedinjenim Američkim Državama s preko 40.000 službenika, je utvrdio da je trebalo urediti nove načine i naputke za postupanje službenika, uspoređujući pripreme s potresom nakon kojeg je sve iznova trebalo izgraditi.² Iako je domaći sustav po zakonskim povredama koje mogu dovesti do nezakonitosti znatno zahtjevniji od američkog, nije uočeno da je to imalo utjecaj na dostupnost tumačenja prije stupanja na snagu ZKP-a kako bi se službenici redarstva pravovremeno pripremili za promijenjena stajališta.
4. Iako je vjerodostojnost dokaza osnovna vrijednost koja se nastoji očuvati ovakvim pravilom, u pojedinačnim slučajevima sud ne propituje jesu li dokazi vjerodostojni, već nakon nastale povrede izdvaja dokaze. Kada bi se uvažavala svrha odredbe pro-sudbom je li izočnost jednog svjedoka imala ikakvog utjecaja, to bi moglo dovesti

² Kamisar, Yale, In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol. 26., 2003., 124.

do prilagođenijih učinaka jer u nekim slučajevima zajednička nazočnost dva svjedoka nema poseban značaj, kao u slučaju velikih predmeta (npr. ukradeni traktor skriven u staji) koje po naravi stvari nitko ne bi mogao podmetnuti tijekom pretrage. Osim toga, pronađeni predmet može imati različitu ulogu za dokazivanje u odnosu na osobu kod koje je predmet pronađen. Ukoliko činjenica pronalazjenja predmeta nije ključna za dokazivanje u odnosu na osobu kod koje je pronađen, već je bitan sadržaj pronađenog predmeta, tijekom provođenja pretrage nema nikakvu ulogu za vjerodostojnost dokaza. Primjerice, ako istražitelji pronađu neku poslovnu ispravu (npr. nezakonite račune) ili snimku, a ta isprava ili snimka sadrži pouzdane i objektivne podatke o kaznenom djelu druge osobe, vjerodostojnost njihovog sadržaja ne ovisi o nazočnosti svjedoka.

Uvođenje dodatnog uvjeta koji poboljšava vjerodostojnost dokaza je korisno jer će policija lakše moći odbaciti neosnovane prigovore, iako zbog subjektivne naravi svjedoka mogu nastajati i poteškoće. S obzirom na to da ponekad policijski službenici omogućuju osobi kod koje se pretražuje neka sama pozove dva svjedoka (npr. susjedi s kojima je u dobrim odnosima), u praksi se javljaju slučajevi da takvi svjedoci kasnije mijenjaju iskaze u korist počinitelja. Iako su takvi postupci policajaca usmjereni prema smanjivanju nelagode građana jer će im u skrovite ladice zavirivati nepoznata osoba i pritom možda otkrivati intimnosti koje nisu poznate niti ukućanima, službenici po zakonu ne trebaju dopuštati osobi kod koje se provodi pretraga da sama bira svjedoke.

5. Kada je spornom pretraživanju nazočio samo jedan svjedok, a nije izrazio naznake da je dokaz podmetnut, njegov iskaz bi mogao biti korišten za dokazivanje ako bi možebitno bio pokrenut kazneni postupak protiv istražitelja zbog sumnje u podmetanje dokaza. Tada bi i taj jedan svjedok mogao iskazivati da je radnja bila provedena bez zloporaba i da su dokazi bili u garaži, čime bi u kaznenom postupku bio prihvaćen iskaz samo jednog svjedoka za dokazivanje da nije bilo zloporaba. Za dokazivanje činjenice da nije bilo zloporaba bi se mogli koristiti i drugi načini poput tragova koji bi mogli potvrditi nalazi li se taj predmet tamo duže vrijeme i je li ga osumnjičeni koristio. Za istu činjenicu nepostojanja zloporaba sud ne bi prihvatio iskaz samo jednog svjedoka ili druge tragove u odnosu na dokaze iz pretrage, već bi zbog izostanka drugog svjedoka ocijenio dokaze kao neuporabljive. U tom smislu, za dokazivanje vjerodostojnosti su postavljeni zakonski zahtjevi koji ponekad mogu dovesti do različite razine od uobičajene slobodne ocjene. Pitanje je kako bi sud ocijenio pretragu na kojoj ne bi bili korišteni subjektivni svjedoci nego bi tijekom pretraživanja bio objektivno sniman tehničkim uređajima.

Uvođenje sličnog uvjeta nije primijećeno kod drugih radnji koje mogu imati jednaku ili veću ulogu u dokazivanju krivnje. U brojnim radnjama se mogu prikupljati dokazi od osumnjičenog te nije potrebna dodatna nazočnost dva svjedoka kod pronalazjenja predmeta. Kad policajac uoči odbacivanje predmeta (npr. iz stana prije pretrage),³ kad provodi očevid ili kad pronađe predmet pregledom vozila, također može biti od ključnog značaja pouzdanost dokaza. U praksi su u nekim poznatim slučajevima i takve radnje dovodene u pitanje, što pokazuje da bi sustavno poboljšavanje postupaka za unaprjeđivanje vjerodostojnosti svakako trebalo podržati.

³ Osumnjičeni "u trenutku kada postaje svjestan da dolazi policija, drogu baca kroz prozor", VSRH, I Kž 1089/04-3 od 2. veljače 2005. godine

6. Za sagledavanje načina na koji ovakvu odredbu tumače sudovi drugih država se nailazi na poteškoće jer razvijenije države nemaju sličnu odredbu s takvim posljedicama povrede. Slovensko pravo je jedno od rijetkih koje poput našeg zakonitost pretrage stana veže uz uvjet nazočnosti dva svjedoka (slov. *priči*) (čl. 219. ZKP/Slo). Nazočnost svjedoka nije obvezna kada se postupuje bez naloga te ako ne postoji mogućnost pronalaženja svjedoka.⁴ U sudskoj praksi se nazočnost svjedoka shvaća kao osiguravanje općenitog nadzora pravilnosti postupanja.⁵

Od značajnijih pravnih sustava, u Francuskoj je kod pretrage doma potrebna nazočnost korisnika ili u slučaju njegove nemogućnosti mora biti nazočan predstavnik ili dva svjedoka (franc. *deux témoins*) koja odaberu službenici (čl. 57. st. 2. CPP).⁶ Za povrede spomenutih formalnosti je predviđena ništavost radnje, što se ne prosuđuje apsolutno nego samo ako je nanosena šteta pravima obrane.⁷

Iako pravni sustavi njemačkog govornog područja također nemaju ovakvu odredbu, za način tumačenja može poslužiti djelomično sličan slučaj iz Švicarske. U odluci Saveznog vrhovnog suda *BGE 96 I 437* koja se odnosi na obavljanje pretrage stana tijekom koje je povrijeđena odredba o nazočnosti korisnika ili njegovog zastupnika na pretrazi, sud je zaključio da u slučaju da su korisnik ili njihov zastupnik bili nazočni, isti dokazi bi također bili pronađeni jer prisutnošću tih osoba ne bi moglo biti zakonito spriječeno otkrivanje dokaza.⁸ U Njemačkoj se, kao i u drugim značajnijim državama, materijalni dokazi kod pretraga rijetko izdvajaju zbog nezakonitosti.⁹

U Engleskoj ne postoji obveza nazočnosti svjedoka na pretrazi ali na zahtjev osobe kod koje se pretražuje mora biti dopuštena nazočnost susjeda, prijatelja ili druge osobe, osim ukoliko mjerodavni redarstvenik zaključi da bi nazočnost te osobe onemogućila provedbu ili ugrozila sigurnost službenika (čl. 6.11A Pravilnika o pretragama). Engleska također u odnosu na nezakonitosti počinjene tijekom prikupljanja stvarnih dokaza koristi pristup pouzdanosti, zbog čega nezakonitost u načelu nema utjecaja na izdvajanje. Dokazi koji su prikupljeni nezakonitom pretragom su načelno dopustivi, a sud može odlučiti drugačije.¹⁰

7. Različite teorije pokušavaju objasniti nastanak policijskih nezakonitosti navodeći brojne čimbenike, počevši od organizacijskih karakteristika, uloge policije u odnosu na društvene slojeve, do osobnih karakteristika osoba koje privlači zanimanje policajca. Ako su nejasno

⁴ Žaberl, Miroslav, Policijska pooblastila, VPVŠ, Ljubljana, 2001., 138.

⁵ "To ne pomeni, da morata biti priči prisotni pri vsaki potezi policistov, ki izvajajo hišno preiskavo, vendar pa mora biti ta izvedena tako, da je pričama omogočen dejanski nadzor njenega poteka", VSRS, I Ips 214/97 od 28. studenog 2002. godine

⁶ Stefani, Gaston i dr., Procédure Pénale, Dalloz, Paris, 2004., 167.

⁷ Guinchard, Serge i Buisson, Jacques, Procédure Pénale, Litec, Paris, 2002., 540.

⁸ "der Wohnungsinhaber oder sein Vertreter haben keine Möglichkeit, durch ihre Anwesenheit auf legalem Wege die Beschlagnahme von Beweismaterial zu verhindern", BGE 96 I 437 od 4. studenoga 1970. godine

⁹ "nur bei schwerwiegenden Verstößen", Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, Beck, München, 1998., 299.

¹⁰ "As a matter of law, then, evidence obtained by an unlawful search is admissible, but the judge may decide not to admit it in certain circumstances", Stone, Richard, Entry, Search and Seizure, Sweet and Maxwell, London, 1997., 29.

riješena stručna pitanja ustvari čimbenik koji pogoduje nastanku nezakonitosti, za suzbijanje bi trebalo ukloniti taj čimbenik, što se ne postiže izdvajanjem nezakonitih dokaza. Značajni strani sustavi većinom ne koriste apsolutno izdvajanje koje nakon određene povrede obvezno izdvaja dokaze, već se promatraju i druge uključene okolnosti kao što su npr. "razmjer između javnog probitka i zaštite pojedinčevih prava, težinu kaznenog djela, težinu povrede temeljnog ljudskog prava i mogućnost njezinog otklanjanja, prirodu mjere kojom je to pravo povrijeđeno, privolu osobe čije je pravo povrijeđeno kao i druge okolnosti koje mogu utjecati na ugled kaznenog pravosuđa" što je bilo zamišljeno i u domaćem nacrtu ZKP-a iz 1994. godine.¹¹ Takav pristup je u skladu s europskim sustavima koji primjerice mogu uvažavati i težinu kaznenog djela za koje se izdvajaju dokazi.¹²

II. Tajno snimanje razgovora od strane sugovornika

Kada je u odredbama čl. 180. do 182. ZKP propisano da se mjera tajnog snimanja razgovora, da bi bila dokaz u kaznenom postupku, može odrediti samo pismeno obrazloženim nalogom suda, onda se samo takva, po istražnom sucu odobrena, snimka može koristiti kao dokaz, bez obzira da li je sniman privatni razgovor i da li je taj razgovor bio namijenjen osobi koja ga je snimala ili je snimanje obavio, u ime državne ili javne vlasti, predstavnik te vlasti.

Samo takvim, potpuno pravilnim tumačenjem odredbi čl. 180. do 182. ZKP, garantira se građanima Republike Hrvatske zaštita naprijed spomenutih ustavnih prava i međunarodnim pravom zajamčenog prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života proklamiranog [...] u čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u kojemu je propisano da svatko ima pravo na poštovanje svog privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.

VSRH, Kzz-16/01-2 od 15. listopada 2002. godine

1. Odluka se odnosi na pitanje dokazne uporabe snimke razgovora između dvije osobe, pri čemu jedna od uključenih osoba nije bila upoznata da njen sugovornik potajno snima sadržaj razgovora. U odnosu na zaštitu tajnosti općenja (čl. 36. Ustava), razgovor je bio namijenjen sugovorniku i on nije obuhvatio tuđi razgovor koji se vodi u tajnosti, te s onime što je čuo može slobodno raspolagati i u tom dijelu nedvojbeno nema posebnog zahvata, što nije sporno niti po sudskoj odluci. Svjedok ima dužnost istinito iskazivati o činjenicama koje su mu poznate iz razgovora, tako da se sporno pitanje odnosi samo na položaj obavljenog tajnog snimanja. U domaćim teorijskim stajalištima nisu iskazivane prosudbe o potrebi uvođenja prava koje bi ovakvo snimanje smatralo dodatnim zahvatom koji narušava prava građana. *Krapac* smatra kako sudionik razgovora može snimati razgovor koji mu je namijenjen.¹³ *Pavišić* ne smatra prihvatljivom prikazano sudsko

¹¹ Krapac, Davor, *Reforma kaznenog postupka i zaštita ljudskih prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 1., 1994., 1., 112.

¹² "If illegal house-searches and body-searches are bad, offences such as rape, torture, murder, and armed robbery are obviously worse", Spencer, J. R., *Evidence*, u: Delmas-Marty, Mireille i Spencer, J. R. (ur.) *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004., 603.

¹³ Krapac, Davor, *Kazneno procesno pravo*: Institucije, Narodne novine, 2003., 389.

stajalište jer primatelj ima razne mogućnost obuhvaćanja primljenog razgovora pri čemu se snimanje ne razlikuje bitno od bilježenja ili slušanja.¹⁴ *Kos* drugačije navodi da je u ovakvim slučajevima tajnog snimanja prevagnula zaštita prava.¹⁵

Svaki sudionik razgovora podrazumijeva određenu mogućnost otkrivanja izrečenih činjenica, tako da ne postoji pravna zaštita od otkrivanja sadržaja njihovog razgovora. Stajališta koja se protive ovakvim tumačenjima navode da je prirodno da sudionik razgovora može svjedočiti jer on ne osluškuje tajno te je samorazumljivo da može čuti razgovor, dok je snimanje prikriveno. Osim toga, prigovori se temelje i na tome da se građanin ne osjeća jednako u smislu privatnosti razgovora kada ga se snima ili kada ga se samo sluša. Sud se u prikazanoj odluci ne dodiruje opravdanosti postojanja takvog zasebnog prava, niti pokušava teorijski pojasniti svoje poglede koji bi mogli biti doprinos razjašnjavanju pravne suštine u izraženom pitanju, već kao opravdanje koristi drugačiju razinu ocjene koja se temelji na vrednovanju postupanja građanina koji prikuplja dokaze.

2. Sud utvrđuje da je obavljen posebni izvid bez sudbenog naloga, što bi značilo da se djelovanje građana može obilježiti pojmovima koji se koriste za radnje koje po zakonu mogu provoditi samo tijela vlasti. Zakonski tekst određuje pojmove osoba ili tijela vlasti, iz čega može biti vidljivo u kojim ulogama se u kaznenom postupku može pojaviti građanin, koji tada ima prava ili dužnosti koje su vezane uz njegov položaj. Primjerice, u čl. 170. ZKP-a je određen pojam osumnjičenika a u čl. 232. ZKP-a pojam svjedoka, te ukoliko neki građanin potpada pod neke od tih pojmova, može biti uključen u odnosnoj ulozi. Ne čini se opravdano podvoditi pojam građana pod značenje drugih tijela koja su također jasno pojmovno određena u zakonu. Za posebne izvide je u čl. 182. st. 1. ZKP-a određeno da nalog za posebne izvide izvršavaju redarstvene vlasti, a u čl. 170. st. 3. ZKP-a je određen pojam redarstvenih vlasti.

Odredbe ZKP-a o prethodnom postupku po naravi stvari uređuju postupanje tijela vlasti, a ne postupanje građana. Drugačije tumačenje bi dovodilo do značajnih poteškoća u dokaznom položaju brojnih radnji, jer kao što je ovdje za sporno snimanje sud utvrdio da je riječ o posebnom izvidu, moglo bi biti nejasno znači li po istom načelu da kada jedan građanin nešto pita drugog, da je to ustvari radnja ispitivanja osumnjičenika, i bi li prije takvog ispitivanja trebao upozoriti sugovornika na njegova prava. Primjerice, ne bi bilo jasno niti provodi li građanin ustvari istražnu radnju očevida kada zapaža stanje na mjestu događaja, i provodi li radnju nadzora ako sustavno potajno promatra tko dolazi kod susjeda u kuću.

Norme ZKP-a su namijenjene zaštiti građana od postupaka tijela vlasti, dok je međusobna zaštita građana omogućena zakonima koji sadrže kaznene i prekršajne odredbe. Dok je za tijela vlasti ZKP propisao pod kojim uvjetima mogu provoditi posebne izvide, za građane je zabranjeno kazneno djelo neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja (čl. 131. st. 2. KZ) koje se odnosi samo na razgovore koji im nisu namijenjeni. ZKP-om nisu uređeni posebni uvjeti pod kojima bi građanin koji je sudionik razgovora mogao snimati razgovor bez znanja drugog sudionika, iz čega proizlazi da nije postojala namjera uređenja tog područja. Ukoliko bi se ovakvo djelovanje građana

¹⁴ Pavišić, Berislav, Komentar Zakona o kaznenom postupku, Žagar, Rijeka, 2003., 108.

¹⁵ *Kos*, Damir, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupkovnom pravu Republike Hrvatske, Hrvatska pravna revija, 1., 2004.

označavalo kao nezakonito postupanje iako nije protivno KZ-u ni ZKP-u, to bi značilo da se ne prihvaćaju dokazi iako tijekom njihovog pribavljanja građanin nije povrijedio niti jednu zakonsku odredbu koja se na njega odnosi.

3. S obzirom na to da se u odluci ističe pravilnost tumačenja jednake zaštite temeljnih prava građana pozivanjem, između ostalog, i na odredbe Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava (EKLJP), može biti korisno prikazivanje konvencijskog tumačenja takvih slučajeva. Kao prikladan primjer može poslužiti poznata odluka u kojoj je još 1988. godine Europski sud za ljudska prava (ESLJP) izrazio odnos prema dokazima prikupljenima kaznenim djelom u slučaju *Schenk protiv Švicarske*¹⁶ koji se odnosi na tajno snimanje razgovora od strane građanina kojeg je osumnjičena osoba unajmila za počinjenje ubojstva. U bitnim okolnostima je taj slučaj gotovo istovjetan prikazanom slučaju o kojem je odlučivao naš Vrhovni sud, a u pravnom uređenju je razlika što je prema tamošnjem kaznenom zakonodavstvu takvo postupanje građana bilo propisano kao kazneno djelo. Ta je odluka poznata po prvom izražavanju stajališta da na načelnoj razini ESLJP ne otklanja mogućnost uporabe dokaza prikupljenih nezakonitim postupanjem, već je pravičnost uporabe postignuta time što je osumnjičeni mogao provjeriti vjerodostojnost snimki,¹⁷ pri čemu ESLJP nije smatrao bitnim za dopustivost dokaza to što je prikupljen počinjenjem kaznenog djela već zaključuje da okrivljeni nije bio uskraćen u pravičnom postupku. ESLJP naglašava da pravila koja se odnose na postupanje istražnih tijela vlasti ne mogu izravno primjenjivati i na dokaze koje prikupljaju pojedinci.¹⁸ Primjerice, u slučaju *M. M. pr. Nizozemske*¹⁹ u kojem su redarstvenici osobu savjetovali neka snima razgovor koji će voditi s osumnjičenim i pritom joj dali uređaj za snimanje te je uputili kako ga koristiti, s ciljem da bi izbjegnuli vlastito pridržavanje zakonskih uvjeta za prisluškivanje, ESLJP je zaključio da postoji povreda čl. 8. EKLJP i slijedom toga odredio odštetu, a ne i izdvajanje dokaza.
4. Iz osnovnog pregleda značajnijih svjetskih pravnih sustava s razvijenom pravnom teorijom i praksom je vidljivo da se za razmatranje ovog složenog pitanja donose opsežnije odluke, sa nekoliko desetaka stranica posvećenih detaljnijem prikazivanju zauzetih stajališta. U Sjedinjenim Američkim Državama su osnovna pravila o dokaznoj dopustivosti postavljena sredinom XX. stoljeća. Prema pravilu iz slučaja *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963) u kojem se građanin samostalno opremio uređajima za prisluškivanje snimivši razgovor tijekom kojeg mu je osumnjičenik dao mito, Savezni vrhovni sud je utvrdio da takvo tajno snimanje nije povrijedilo prava okrivljenog jer snimanje samo potpomaže točnosti onoga što je svjedok čuo. U tamošnjem uređenju se od ranog XX. stoljeća prihvaćaju dokazi koje građani samostalno pribave bez utjecaja policije. U slučaju *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921) u kojem je poslodavac bivšem zaposleniku koji je dobio otkaz zbog nezakonitih postupaka nasilno otvorio sef, sud je utvrdio kako nastanak ustavnih odredbi o pravima privatnosti jasno pokazuje namjeru ograničavanja djelatnosti tijela vlasti a ne drugih subjekata kao što su pojedinci.

¹⁶ Schenk pr. Švicarske od 12. srpnja 1988. godine, br. tužbe 10862/84.

¹⁷ "He had the opportunity - which he took - of challenging its authenticity", Schenk pr. Švicarske od 12. srpnja 1988., br. tužbe 10862/84.

¹⁸ "The rules set out and discussed here, which concern the investigating authorities, cannot as such apply to evidence unlawfully obtained by private individuals", Schenk pr. Švicarske, toč. 28.

¹⁹ M. M. pr. Nizozemske od 24. rujna 2003. godine, br. tužbe 39339/98.

U Engleskoj se dopušta uporaba snimki koje su potajno snimili građani o razgovoru u kojem su sudjelovali. Primjerice, u slučaju *R v. Shannon [1999] EWCA Crim 1535* u kojem je novinar razgovarao s osumnjičenim kao da želi nabaviti drogu za proslavu, prizivni sud je prihvatio snimku za dokazivanje.

U Njemačkoj se primjenjuje teorija pravnih krugova (*Sphärentheorie*) prema kojoj dopustivost dokaza ovisi o razini privatnosti na koju se odnosi razgovor. Teorija je u sudskoj primjeni korištena 1971. godine u tumačenju Saveznog ustavnog suda *BVerfG 34, 238*²⁰ o slučaju tajnog snimanja razgovora u kojem je osumnjičeni nagovarao osobe na počinjenje kaznenog djela. Prema takvom uređenju, razvrstavanjem prava u tri razine je najveća zaštita omogućena u području nepovredivog osobnog života koja se ne mogu izlagati zahvatima tijela vlasti. Kao primjer područja koje spada u ovu skupinu se navodi zaštita kakvu ima intimni bračni život²¹ ili osobni razgovor supružnika u njihovoj sobi.²² Za privatni život koji spada u drugu razinu se primjenjuje teorija razmjernosti ili vaganja (*Abwägungslehre*) kojom se uspoređuje težina povrede u odnosu na težinu kaznenog djela, tako da procjena dopustivosti dokaza ovisi o svakom pojedinom slučaju. U Njemačkoj se propisi o kaznenom postupku odnose na usmjeravanje tijela vlasti koja imaju utjecaj na kazneni progon.²³

5. Pitanje je mogu li se neke od spomenutih stranih država zbog toga što dopuštaju ovakvu vrstu dokaza, kao i brojne druge dokaze koji bi u našem sustavu bili nezakoniti, smatrati da su to države u kojima je zaštita temeljnih ljudskih prava nepovoljnija nego u Hrvatskoj. Nije uočeno da bi se domaći sustav isticao po višoj zahtjevnosti svih standarda postupanja kada je potrebno učinkovito ostvarenje temeljnih prava i građanima koji nisu osumnjičeni za kazneno djelo. Vrlo povoljnim ocjenama bi se trebalo opisivati stanje kada bi sustav postizavao razinu zaštitu temeljenih prava građana kakvu ne mogu postići niti najrazvijenije države. Tvrdnja iz odluke da se izdvajanjem dokaza "garantira se građanima Republike Hrvatske zaštita naprijed spomenutih ustavnih prava" može imati umanjeni značaj jer kada je potrebno iste garancije primijeniti prema nedužnoj osobi kod koje niti nisu pronađeni dokazi, upitno je može li to biti ostvareno na ovako učinkovit način. Koje mogućnosti zaštite prava postoje može biti vidljivo u hipotetičkom slučaju u kojem bi događaj bio jednak ovome na koji se odnosi odluka, samo što snimana osoba nije rekla ništa što može biti dokaz na sudu. S obzirom na to da tada ne postoje dokazi, ne može se primijeniti izdvajanje dokaza, a osoba koja je obavljala snimanje nije počinila ništa nezakonito. U usporedbi sa slučajem iz odluke, time se javlja stanje po kojem dvije jednake situacije neće biti jednako označene kao nezakonite niti će se koristiti slično pravno sredstvo. Čini se da je takva pitanja ESLJP uspješno otklonio time što svakoj osobi kojoj su povrijeđena ista prava određuje novčani iznos kao jednaku odštetu, ne dovodeći to u vezu krivnjom ili dokazima, a jednaku zaštitu prava promatra kroz druge bitne značajke.

²⁰ BVerfGE 34, 238; 2 BvR 454/71 od 31. siječnja 1971.

²¹ "Intimleben im häuslichen Schlafzimmer", Beulke, Werner, Strafprozeßrecht, Müller, Heidelberg, 2000., 230.

²² Schroeder, Friedrich-Christian, Strafprozeßrecht, Beck, München, 2001., 74.

²³ "StPO richten sich nur an die Strafverfolgungsorgane, nicht dagegen an Privatpersonen", Beulke, Werner, Strafprozeßrecht, Müller, Heidelberg, 2000., 234.