

ŽELJKO KARAS*

Sudska praksa o postupanju redarstvenih vlasti: obvezna obrana

1. NAZOČNOST BRANITELJA NA ISPITIVANJU OSUMNJIČENIKA

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 djelatnik policije, koji je kao svjedok pred istražnim sucem iskazivao, između ostalog, i o sadržaju svog razgovora za III-opt., 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.

VSRH, I Kž-650/00 od 19. listopada 2000. godine

Za radnju ispitivanja osumnjičenika u članku 177. stavku 5. Zakona o kaznenom postupku iz 1997. godine (dalje: ZKP/97.)¹ potrebno je osumnjičenika obavijestiti o pravu na branitelja. Ako osumnjičeni odbije koristiti branitelja, redarstvene vlasti nemaju mogućnosti postaviti ga da bi ispunili uvjet nazočnosti i time omogućili pribavljanje iskaza kao dokaza. To je njegova zakonska mogućnost i ne radi se o povredi prava ili nezakonitosti počinjenoj od strane redarstvenih vlasti. Ako policijski službenici nastave razgovor bez branitelja, njihov je postupak zakonit te provode radnju obavijesnog razgovora koja nema posebna upozorenja o pravima. Zato je u navedenoj odluci posebnost što sud ne navodi da se zbog izostanka branitelja radi o običnom obavijesnom razgovoru, već navodi da se radi o zabranjenom dokazu. Ako bi zbog osumnjičeničkog nekorištenja branitelja iskaz bio nezakoniti dokaz, to bi značilo da su i svi dokazi koji su otkriveni temeljem tog

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

¹ Zakon o kaznenom postupku. (NN 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 115/06.)

razgovora također nezakoniti dokazi, što sud također potvrđuje prema američkoj teoriji o plodovima otrovne voćke (čl. 9. st. 2. ZKP/97.). Navedena odluka se ističe jer sudska praksa inače dopušta korištenje dokaza otkrivenih obavijesnim razgovorom jednako kao i drugim općim izvidnim radnjama.² U brojnim drugim odlukama stanje je jasnije jer sud ne izdvaja iskaz pribavljen ispitivanjem osumnjičenika bez branitelja po članku 9. ZKP/97. koji se odnosi na nezakonite dokaze, već ga izdvaja kao prikupljene obavijesti po članku 78. stavku 3. ZKP/97. koji se upravo i odnosi na neformalno prikupljene obavijesti od osumnjičenika.³ S obzirom na to da se izdvajanjem obavijesti ne obuhvaćaju i drugi dokazi za koje se iz njih saznalo, čini se da se u prikazanoj odluci sud pozvao na odredbu koja je namijenjena za drugačije slučajeve.

U stranim sustavima je učestalije uređenje prema kojem je policiji za dokazno pribavljanje iskaza dostatno samo upozoriti osumnjičenika na njegova prava, te dokazni položaj ne ovisi o tome hoće li on neka prava i koristiti. U američkom sustavu, čija je odluka *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966.) kao prva u ovom području poslužila brojnim državama za uređivanje upozorenja o pravima, također nije postavljen uvjet nazočnosti branitelja, već je dovoljno samo obavijestiti osumnjičenika kojem se oduzima sloboda o njegovim pravima. Uz to, ako policija i povrijedi pravilo o davanju upozorenja o pravima a iskaz je bio dragovoljan, ne primjenjuje se 'teorija o plodovima otrovne voćke', prema pravilu iz odluke *Dickerson v. United States* 530 U.S. 428 (2000.). U prikazanoj hrvatskoj odluci su tako stajališta stroža od sustava iz kojeg potječu.

Međutim, navedena odluka ustvari valjano prikazuje mogućnosti izdvajanja prema novom zakonskom uređenju ako osumnjičenik odbije korištenje branitelja. Novi Zakon o kaznenom postupku iz 2008. godine (ZKP/08.)⁴ unosi značajne promjene u ovom području. Više ne postoji izvidna radnja ispitivanja osumnjičenika već istražitelji redarstvenih vlasti mogu provoditi dokaznu radnju ispitivanja okrivljenika, koja je dosad bila istražna radnja u djelokrugu istražnog suca. Ta radnja je unekoliko drugačije uređena u pogledu nazočnosti branitelja nego što je bilo kada ju je mogao provoditi istražni sudac. U članku 65. stavku 1. ZKP/97. bilo je propisano da je branitelj obvezan nazočiti na prvom ispitivanju ako se postupak vodi zbog kaznenog djela za koje se može izreći kazna dugotrajnog zatvora. U novom članku 66. stavku 1. točki 2. ZKP/08. to je prošireno, te je branitelj obvezan biti nazočan na prvom ispitivanju za svako kazneno djelo za koje se vodi redoviti postupak, u što spadaju djela za koja je propisana nadležnost županijskog suda. U usporedbi s izvidnim ispitivanjem osumnjičenika, nazočnost branitelja nije više pravo

² Primjerice, "Žalitelj smatra da su svi dokazi proizašli iz ovako izdvojenog nezakonitog dokaza, po doktrini 'plodova otrovane voćke', također trebali biti izdvojeni kao nezakoniti dokazi, a kako nisu presuda se temelji na nezakonitim dokazima. [...] Podaci dobiveni korištenjem izvidnih mjera osnov su za prikupljanje drugih dokaza koji su provedeni na glavnoj raspravi, a radi se upravo o dokazima na koje upire žalitelj, koji međutim nisu nezakoniti činjenicom da se do njih došlo izvidnim radnjama redarstvenih vlasti", VSRH, I Kž-559/06 od 7. ožujka 2007. godine.

³ "Izdvojeni dio teksta zapisnika o ispitivanju ovog svjedoka također predstavlja reproduciranje sadržaja obavijesnog kazivanja osumnjičene odnosno neformalne obavijesti prikupljene tijekom kriminalističke obrade. Kao što je već prethodno navedeno, takva saznanja djelatnika policije prikupljena putem neformalnih obavijesti ne smiju biti unesena u dokazni materijal, već su se morala izdvojiti po čl. 78. st. 3. ZKP", VSRH, I Kž-123/04 od 26. veljače 2004. godine.

⁴ Zakon o kaznenom postupku. (NN 152/08., 76/09.)

o čijem korištenju odlučuje osumnjičenik, već je na prvom ispitivanju obrana obvezna. U kasnijim ispitivanjima se osumnjičeni može odreći korištenja branitelja a da pritom iskaz ne gubi dokazni položaj, što dosad u izvidima nije bilo moguće.

Tijelo koje provodi ispitivanje (čl. 273. st. 4. ZKP/08.) mora postaviti branitelja u zakonom propisanim slučajevima obvezne obrane, a u slučaju izostanka branitelja radi se o propustu za koji mogu biti odgovorni istražitelji redarstvenih vlasti.⁵ To opravdava i drugačije posljedice nego za izvidnu radnju ispitivanja osumnjičenika, odnosno prema članku 281. ZKP/08. prvo ispitivanje bez branitelja dovodi do nezakonitosti dokaza, a ne do svođenja na razinu obavijesnog razgovora. Tek prema novom uređenju bi dokaz, u slučaju povrede obvezne obrane, bio nezakonit dokaz. To se odnosi i na izdvajanje svih drugih dokaza proizašlih iz nezakonitog iskaza.

Kad zakon propisuje da je branitelj obvezan na prvom ispitivanju okrivljenika, time ne uređuje prvi oblik komunikacije kojim se od osumnjičenika traže obavijesti. Nije propisano da u prvom navratu, kada se prikupljaju obavijesti ili prvi put kada se razgovara s okrivljenikom treba provoditi isključivo formalni oblik ispitivanja okrivljenika, već se može provoditi i obavijesni razgovor kao i dosad. Uređenje je namijenjeno reguliranju prve situacije u kojoj se želi provoditi radnja formalnog ispitivanja okrivljenika. Izbor o formalnoj ili neformalnoj radnji prepušten je istražnim tijelima s obzirom da nije propisano da se nakon utvrđivanja sumnje prema konkretnoj osobi smije provoditi isključivo formalni oblik ispitivanja. Time su i dalje u hrvatskom pravu zadržane dvije inačice ispitivanja, jedna formalna u obliku ispitivanja okrivljenika, i druga neformalna u obliku obavijesnog razgovora koja nema dokazni položaj. Prikupljanje obavijesti od građana je prebačeno među policijske ovlasti u članku 36. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima.⁶ Slično kao u ranijem članku 177. stavku 4. ZKP/97.⁷ i u članku 208. stavku 4. ZKP/08. predviđeno je da u provođenju izvida policija ne može građane ispitivati u svojstvu okrivljenika. To znači da ispitivanje okrivljenika mogu provoditi samo posebni istražitelji a ne policija općenito, i to ne kao izvidnu radnju nego kao dokaznu radnju.

Obvezna obrana je novost u postupanju redarstvenih vlasti jer u radnjama koje su dosad provodili nisu imali ovlasti postavljanja branitelja, tako da o tom području niti nema razvijene prakse o djelovanju redarstvenih vlasti. Prema praksi koja se primjenjivala za istražnog suca, za procjenu obvezne obrane nije bitno kako kazneno djelo kvalificiraju u smislu zakonskog članka, već je bitno činjenično stanje o kaznenom djelu kao događaju. Ako bi u prijavi bilo opisano kazneno djelo koje je ustvari ono za koje se poduzima redoviti kazneni postupak, a kvalifikacija je takva da nije potrebno provoditi redoviti kazneni

⁵ "Kako je optužena, dakle, na istražnom ročištu ispitana bez prisutnosti branitelja (njezino odricanje od obavezne obrane nema pravni značaj), to je postupljeno suprotno čl. 65. st. 1. ZKP, a time se radi o nezakonitom dokazu na kojem se, sukladno čl. 9. st. 1. ZKP, ne može utemeljiti sudska odluka, pa je takav zapisnik trebalo izdvojiti iz spisa", VSRH, I Kž-255/00 od 26. travnja 2000. godine.

⁶ Zakon o policijskim poslovima i ovlastima. (NN 76/09.)

⁷ "Naime, u konkretnom slučaju Ž. B. i J. P. su djelatnici policije koji su provodili kriminalističku obradu, u tijeku te obrade oni su razgovarali s građanima, no prema odredbi čl. 177. st. 4. ZKP djelatnici redarstvenih vlasti ne mogu građane ispitivati u svojstvu svjedoka, vještaka ili okrivljenika, pa se iz spisa predmeta moraju izdvojiti sve obavijesti koje su redarstvene vlasti saznale iz kazivanja građana postupajući po odredbi čl. 177. ZKP", VSRH, I Kž-121/05 od 15. veljače 2005. godine.

postupak, prema dosadašnjoj praksi bi značilo da je potrebno uvažavati opis spornog događaja.⁸ Ukoliko je propušteno postavljanje branitelja za kazneno djelo za koje je obvezno bio potreban, a potom je kasnije zbog utvrđenog drugačijeg činjeničnog stanja postupak pokrenut za drugo djelo za koje nije obvezan branitelj, promatra se zakonitost radnje u trenutku prikupljanja iskaza. Tako su nezakonitima bili ocijenjeni iskazi za koje u trenutku pribavljanja nije bila postavljena obvezna obrana, iako je naknadno kazneni postupak pokrenut za lakša djela za koja nije ni bila potrebna obvezna obrana.⁹ Primijeni li se isto tumačenje i obratno, ako redarstvene vlasti prvi put ispituju osobu zbog događaja koji ne spada u kaznena djela po redovitom postupku i ne postave obveznu obranu, a kasnije se utvrdi da se radi o težem kaznenom djelu za koje se provodi redoviti kazneni postupak, prvi iskaz bi i dalje mogao biti zakonit dokaz, ali prvo ispitivanje za novoutvrđeni događaj mora biti s nazočnim braniteljem. Ako su istražna tijela tijekom ispitivanja povrijedila pravila o obveznoj obrani koja proizlazi iz visine kazne, a u međuvremenu je zakonski umanjena kazna zatvora pa više nije potrebna obvezna obrana, njihovo ispitivanje nije samim time postalo zakonito već se i dalje primjenjuje zakon koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela, osim ako sud odluči o primjeni blažeg zakona.¹⁰

⁸ "Naime, u opisu djela bilo je naznačeno da su uslijed terećenih radnji kod ošt. nastale teške posljedice psihičke prirode, što je jasno ukazivalo na pravnu oznaku kaznenog djela iz čl. 192. st. 3. i 5. KZ, tj. da se radi o kaznenom djelu za koje je propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili kazna dugotrajnog zatvora, jer sud nije vezan pravnom oznakom djela redarstvenih vlasti, već činjeničnim supstratom kaznene prijave. U takvoj procesnoj situaciji, sukladno čl. 97. st. 4. i čl. 65. st. 1. ZKP, tada uhićenik morao je imati branitelja već pri prvom ispitivanju, jer se u protivnom ovaj iskaz ne može upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku (čl. 225. st. 10. ZKP)", VSRH, I Kž-65/06 od 5. travnja 2006. godine.

⁹ "U svojim navodima žalbe državni odvjetnik smatra da u navedenim zapisnicima o ispitivanju okrivljenika nije povrijeđeno pravo obrane okrivljenika, jer iako su okrivljenici u tim zapisnicima bili ispitivani bez branitelja u postupku kada im se stavljalo na teret učin kaznenog djela iz čl. 173. st. 3. KZ, jer kasnije podnesenom optužnicom ublažena je kvalifikacija kaznenog djela koje im se stavlja na teret, pa time ne bi došlo do povrede obrane jer nisu ni optuženi za kazneno djelo iz čl. 173. st. 3. KZ, nego su optuženi za kazneno djelo iz čl. 173. st. 2. KZ. Uvidom u spis predmeta Vrhovni sud Republike Hrvatske kao drugostupanjski sud smatra, da je prvostupanjski sud potpuno pravilno postupio izdvajajući predmetne zapisnike iz spisa, jer isti zapisnici nisu doneseni u skladu s zakonskim odredbama čl. 65. ZKP, pa prema tome predstavljaju dokaze pribavljene na nezakoniti način u smislu čl. 9. ZKP", VSRH, I Kž-966/04 od 20. listopada 2004. godine.

¹⁰ "Međutim, protivno navodima žalbe državnog odvjetnika, pravilno je prvostupanjski sud izdvojio iz spisa predmeta zapisnike o ispitivanju svih okrivljenika tijekom istrage, osnovano zaključivši da se radi o nezakonitim dokazima, jer su ti okrivljenici ispitani u istrazi bez prisutnog branitelja, čime je povrijeđena odredba čl. 65. st. 1. ZKP. Okolnost koju iznosi državni odvjetnik, tj. to što je u međuvremenu već stupio na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, nema za posljedicu automatsko važenje blažeg zakona, tj. njegovu automatsku primjenu. Naime, o tome koji je zakon blaži odlučuje sud, no do donošenja takve odluke primjenjujući sve odredbe zakona koji je važio u vrijeme počinjenja djela. Stoga je, kako niti iz istražnog zahtjeva, niti iz zapisnika o ispitivanju okrivljenika, pa čak niti iz rješenja o provođenju istrage nije vidljivo da bi terećeno djelo bilo kvalificirano kao ono iz čl. 173. st. 2. KZ u vezi čl. 25. Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona ("Narodne novine" br. 129/00 od 22. prosinca 2000. godine), već se izrijeком navodi samo pravna kvalifikacija iz čl. 173. st. 2. KZ, da bi ispitivanje okrivljenika u istrazi bilo zakonito provedeno, bilo potrebno da tom ispitivanju prisustvuju branitelji okrivljenika, a sukladno odredbi čl. 65. st. 1. ZKP", VSRH, I Kž-160/02 od 11. travnja 2002. godine.