

Dalida Rittossa*

ELEMENTI MODELA *CRIME CONTROL* I *DUE PROCESS* U ODLUKAMA TIJELA EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA S OBZIROM NA ČLANAK 6. STAVAK 1. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Stupanjem na snagu Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u Republici Hrvatskoj u naš je pravni sustav "ušetao" jedan sasvim nov bogati pravni život proizašao iz obvezatnih tumačenja tijela Konvencije. Crime control i due process modeli, iako tvorevine zemalja common law, utječu kroz praksu Suda, a prije i Komisije, na kazneno postupovno pravo zemalja potpisnica civil law sustava. Upravo stoga ovaj se rad bavi definiranjem ovih dvaju modela i iznošenjem njihovih osnovnih karakteristika. Potanko se analizira zastupljenosti elemenata tih modela u praksi tijela Konvencije s obzirom na članak 6, stavak 1. Konvencije, točnije pravo na pravično suđenje. Posebno se upozorava na kontradiktornost pojedinih odluka, nesukladnost i nekoegzistentnost argumentacijske linije iznesene u odluci. U radu se nadalje razmatra problem definiranja kaznenog postupka, problem primjene članka 6. s obzirom na pravo na pristup sudu, javno suđenje te nepristran i neovisan sud. U završnome poglavlju iznesena su zaključna razmatranja o tematici kojom se rad bavi.

1. UVOD

6. studenog 1997. slobodno možemo uzeti kao datum svojevrsne prekretnice razvoja pravnog poretka Republike Hrvatske. Toga je dana dijelom tog istog poretka postala Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹ pokrenuvši uzročno-posljedični lanac koji bi sada bilo teško zaustaviti. Ne radi se samo o težnjama Republike Hrvatske da postane punopravan aktivan član, a smatram slobodnim reći i akter europskih integracija. Ono što se nagla-

* Dalida Rittossa, znanstvena novakinja pri Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

¹ Zakonom o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda objavljenim u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, 18/97, ratificirana je Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje Konvencija) kao i uz nju protokoli 1, 4, 6, 7. i 11.

šava jest i posljedica gubitka dijela državnog suvereniteta čime se otvorio prostor za nesmetan nadzor tijela Konvencije nad usklađenosti normativnih rješenja pravnog poretka sa standardima diktiranim od Vijeća Europe. U takvom novom ozračju nužno je potrebno upoznati se sa standardima i načelima proklamiranim u Konvenciji i praksi tijela Vijeća Europe, posebice s onima koja su našem sustavu *civil law* orijentacije strana i nesvakidašnja. I sam je Ustavni sud u svojoj odluci U-I-920/1996 naveo da su odredbe Konvencije dio unutarnjeg pravnog poretka RH i po svojoj pravnoj snazi iznad zakona. Te iste odredbe dakle kriju načela koja su nama nesvakidašnja, a koja ćemo, htjeli mi to ili ne i ma koliko god se tome odupirali, morati primjenjivati, unositi u naše zakonske tekstove, obrazloženja presuda. Upravo stoga ovaj je rad posvećen jednom segmentu rasvjetljavanja odredaba Konvencije i prakse njezinih tijela, točnije oživotvorenju elemenata kaznenopravnih modela *crime control* i *due process*, koji su tipične tvorevine zemalja *common law*.² Ti modeli pokazuju drugi, nama stran, način razmišljanja o aktualnoj operativnosti kaznenog postupka, vrijednostima kaznene pravednosti kao i stavovima svakodnevnog promišljanja ljudi o kaznenoj pravdi.³ Oni su u žarištu pažnje svih onih koji se bave kaznenim pravom i kada se vrijednosti tih dvaju modela nađu u koliziji, nastaju tzv. "hard cases"- teški slučajevi čije rješidbe diktiraju kaznenu politiku.⁴

² To ne znači da je kazneni postupak u tim zemljama oličenje jednog ili drugog modela, već da su ti modeli osnove polaska izgradnje kaznenopravnog sustava. U njima se općenito ogledaju forme relativno stabilnog i trajnog pravnog sustava jedne zemlje.

³ Kaznenopravni sustav, moglo bi se reći, pati ili je blagoslovljen, ovisno o kutu gledišta, stalnim promjenama. Dovoljno je da se samo osvrnemo na učestalost izmjena i dopuna Zakona o kaznenom postupku zadnjih nekoliko godina. Takva je situacija posljedica konstantnog nastojanja iznalaženja rješenja koja će smanjiti broj počinjenja kaznenih djela jer jedno je sigurno: unatoč svim naporima uložanim na polju politike suzbijanja kažnjivih ponašanja, kaznena se djela i dalje čine. U zadnjih deset godina *crime control* i *due process* modeli nastoje se tako zamijeniti novim modelima, tzv. *victim participation* modelom, *punitive i non-punitive victims' rights* modelima. Ti modeli nastavljaju tamo gdje su dva kaznenopravna modela, predmeti ovoga rada, stali. Okreću se poziciji u kojoj se nalazi žrtva kaznenoga djela, a koja je u *crime control* i *due process* modelu marginalizirana kao i u Konvenciji koja štiti prava ne žrtve kaznenoga djela, već oštećenoga kojemu je povrijeđeno neko od osnovnih prava iz Konvencije od strane države. No Beloof naglašava kako su danas konvencionalne asumpcije o kaznenome postupku uzdrmane do temelja jer sve se više pažnje posvećuje pravičnosti žrtvi, njenom poštovanju i dostojanstvu koje se uzdižu na ustavnu razinu. Prava žrtava prebacuju se nadalje u nove segmente te ovisno o tome gledaju li se iz ugla punitivne svrhe govorimo o modelu kaznenog postupka koji se oslanja na kažnjavanje i kaznene sankcije ili iz ugla nepunitivne svrhe u kojem su osnovica kaznenoga postupka kaznena prevencija i restorativna pravda. Kazneni postupak, jednostavno rečeno, nije više neosjetljiv na poziciju žrtve koja sve više prestaje biti pasivnom i nijemom u priči o suzbijanju kaznenih djela.

⁴ Finkel, N. J., When Principles Colide in Hard Cases, *Psychology, Public Policy, and Law*, September, 2001, str. 2, 5-6, 10.

Prvi dio rada bavi se tako definicijama i osnovnim karakteristikama tih dvaju modela naglašavajući uz to i teoretska razmatranja o prihvaćanju još jednoga modela, tzv. *victim protection model*. U drugome su dijelu rada analizirane odluke Komisije i judikature Europskog suda za ljudska prava u svezi s člankom 6. stavakom 1. Konvencije, i to podrobnije s obzirom na pravo na pravično suđenje, problem definiranja kaznenog postupka, problem primjene članka 6. s obzirom na pravo na pristup sudu, javno suđenje te nepristran i neovisan sud.⁵ U završnome poglavlju iznesena su zaključna razmatranja o tematici kojom se rad bavi.

2. CRIME CONTROL I DUE PROCESS MODELI – NEPOMIRLJIVE STVARNOSTI?

Crime control v. due process model, dati odgovor na to pitanje i nije tako jednostavno kako se na prvi pogled čini. Modeli o kojima se govori čvrsto su i neraskidivo vezani uz kazneno pravo. Ovisno o našim očekivanjima vezanim za suzbijanje kažnjivih ponašanja i posljedicama koje iz toga proizlaze, favorizirat ćemo odabir jednog od modela, bolje rečeno njihove određene elemente te ih kombinirati.⁶ Je li važnije saznati za događaj da je kazneno djelo počinjeno ili je presudnije spoznati identitet počinitelja? Što nam je činiti s takozvanim djelima bez žrtava⁷ ili sa *petite offenses*? Kako postupati u slučajevima poči-

⁵ U radu je namjerno izostavljen problem suđenja u razumnome roku koje također propisuje ovaj članak Konvencije. Naime, najveći broj pritužbi upravo je podnesen Europskome sudu za ljudska prava zbog povrede toga prava te je s druge strane mnogo radova napisano na tu temu. Vidi tako: Konjić, Z., Trajanje kaznenog postupka i pravo na suđenje bez zakašnjenja u Republici Hrvatskoj, Zagreb, 2000; i Vajić, N., Duljina sudskog postupka u Hrvatskoj i praksa Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 51/5, 2000., Nadalje i *crime control i due process* modeli zalažu se za kratkoću sudskoga postupka, ali svaki iz različitih pobuda. *Due process* model veću kratkoću vidi kao osnovu zaštite osnovnih prava okrivljenika uz ogradu da ta zaštita ne smije ići na njegovu štetu, npr. da ne bi došlo do površnosti i aljkavosti pri ispitivanju predmeta i olako se ustvrdilo počinjenje i okrivljenikova krivica. *Crime control* s druge strane u kratkoći postupka vidi i njegovu efikasnost i veći broj počinitelja dovedenih "pred lice pravde".

⁶ Dilemu odabira ne treba shvatiti na način da se odredi razlika između onog modela koji je loš i onog koji je dobar, ili da se odredi koji je model dio naše realnosti, a koji puko teoretiziranje.

⁷ Kaznena djela bez žrtava, takozvani *victimless crimes*, autori definiraju kao: *Term applied to a crime which generally involves only the criminal, and which has no direct victim, as in the crime of illegal possession of drugs*. Black's Law Dictionary, West Publishing Co., St Paul Mn, 1992; ili kao: *Offenses that do not result in anyone's feeling that he has been injured so as to impel him to bring the offense to the attention of the authorities, for example the offense of fornication*, vidi: Packer, L. H., Two Models of the Criminal Process, University of Pennsylvania Law Review, November 1964, str. 3. Iz definicije proizlazi problematičnost saznanja za

njenja seksualnih kaznenih djela ili kada je riječ o djelima počinjenim od profesionalnih recidivista?⁸ Kazneno je pravo bitna sastavnica pravnog poretka jedne države i kao takvo je neizostavno uzeto za instrument socijalne kontrole. Uz potpuno uvažavanje izrečenoga te ovisno o tome hoćemo li tretirati antisocijalno ponašanje s manje ili više stege i prijekora, govorimo o kaznenome postupku s manje ili više formalističkih sadržaja, o postupku u kojem će ponašanje službenih osoba biti uređeno jasnim pravilima ili pravilima koja pružaju širok prostor za diskrecijsko ponašanje. Kojem od modela dati prednost, točan i izričit odgovor ne postoji, a kako i bi kada su zemlje pristupnice Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda učinile različite odabire naglašavajući pritom vlastitu ljestvicu društvenih vrijednosti eksplicitno ili implicitno odrazivši ih u individualnom normativnom modeliranju.⁹ No ipak, unatoč tome što konačnog odgovora nema, moguće je pronaći neka rješenja za pitanje koji će model prevagnuti ako razmotrimo praksu Europskog suda za ljudska prava. Prije no što se upustimo u razradu presuda suda u Strasbourgu, potrebno je objasniti što su zapravo ta dva modela, koja su to njihova obilježja i što čini njihovu bit.

Članak 6. Konvencije kojim se detaljnije bavimo u narednom poglavlju, s obzirom na svoj lingvistički izričaj, opskuran je i ne daje konačan odgovor na pitanje preferencije pojedinih modela niti daje naznake njihovome definiranju, a razlog tome vjerojatno leži u teškome zadatku koji je bio povjeren sastavljačima Konvencije. Moglo bi se reći da je bilo sve samo ne lako pomiriti tenzije različitih pravnih sustava europskih zemalja. Inkvizitorni, akuzatorni te mješoviti kazneni postupak, svaki od njih zahtijeva različite razine razmatranja s obzirom na dva modela koja su predmet ovoga rada. To i ne čudi kada se uzme da je definicija prava iz članka 6. rezidualna, to jest otvorena, bez preciznih granica nad *genus proximum* i *diferentia specifica*. Drugim riječima, je li došlo do povrede pravičnog suđenja procjenjivat će se u svakom pojedinom slučaju,

počinjenje takvih kaznenih djela kada izostaje žrtva ili kada ona sama nije zainteresirana za otkrivanje tih kažnjivih ponašanja. Ovisno o vrijednostima zastupljenim u kaznenome modelu, različito će se tretirati ti slučajevi, pa tako ako nije dopušteno primijeniti uhićenje, zasjedu, zadržavanje pošiljki, pretragu stana osumnjičenog, teže će biti i otkriti počinjenje kaznenih djela takve prirode. Ono na što teoretičari upozoravaju jest da postupanje tijela koja sudjeluju u kaznenome postupku zbog takvih ograničenja može oslabiti te doći do točke u kojoj daljnje vođenje postupka postaje nemoguće.

⁸ U analizi presuda Vrhovnog suda u Washingtonu kada se radilo o navedenim djelima prevagu su suci dali *crime control* modelu. Čini se da što su kaznena djela društveno pogubnija, to je lakše favorizirati jaču stegovnost društvene kontrole. Više o tome u: Bond, E. J. & Kunsch, K., A State Supreme Court in Transition, Seattle University Law Review, Winter 2002.

⁹ Zato je Konvencija i pisana kao svojevrsan "propis-kišobran" koji obuhvaća niz nacionalnih sustava pa se tako u jednome zasebnom pojmu Konvencije nastoji obuhvatiti mnoštvo pojedinih pitanja koja su protkana posebnostima sustava država.

pri čemu je odlučan ishod, "izgled pravičnosti", a ne strogo zadovoljenje uvjeta i pretpostavki.¹⁰ Pa tako proizlazi da je ovisno o uvjetima slučaja sud u Strasbourgu slobodan prednost dati jednom od tih dvaju modela kada je i sama pravna osnova na koju se Sud poziva toliko široka. Nadalje, ne postoji jasno i apsolutno rješenje i stoga što su *criminal control* i *due process* modeli idealnih solucija koje se ne mogu kirurški razdijeliti u pravnom životu države. Niti jedan zaseban, apstraktan teorijski sustav ne može u potpunosti odgovarati svom oživotvorenju u realnosti, što postavlja zahtjev za neizostavnim preinakama i prilagodbama. I ovisno o unosu novih rješenja kazneni će postupak u stvarnosti biti negdje između, bliže ili dalje jednom od modela. Tako teoretičari, kad analiziraju normativna rješenja u svezi s kaznenim postupcima u Velikoj Britaniji ili SAD-u, govore o pomacima od jednog k drugome modelu, a ne o potpunom preslikavanju jednoga od modela.¹¹ Vrijednosti su tih dvaju modela toliko različite, srasle u bipolarne pozicije, da je uistinu nedolično prezentirati ih u jednostavnim "da" i "ne" odgovorima.¹² To ne znači da su modeli striktno odvojeni ili da se zagovara ili traži njihova potpuna razdijeljenost. Pretpostavka koju modeli dijele jest da oblik kaznenoga postupka i temeljne vrijednosti sadržane u njemu ovise o predodžbi o mudrom supstantivnom korištenju kaznene sankcije kao sredstva kojim društvo kontrolira i suzbija kažnjiva ponašanja.¹³ Nadalje, kod oba modela postoji isto opće polazište sa zajedničkim karakteristikama koje ih sprečava da budu jedinstveno apsolutna. Oba sustava dijele presumpciju da je ponašanje definirano kao kazneno odvojen, zaseban i već otprije ostvaren događaj koji se uzima kao osnova samog kaznenog postupka.¹⁴ Načelo zakonitosti kao odraz *ex post facto* klauzule uvažavaju, dakle, od oba modela, uz shvaćanje da nije razborito i pravedno nekoga kazneno progoniti za činidbe koje nisu prethodno zakonom proglašene kaznenim djelima. Druga pretpostavka zahtijeva da se postupak smije pokrenuti samo onda kada postoji određena razina sigurnosti da je kazneno djelo počinjeno te vjerojatnost da će presumirani počinitelj biti osuđen. Treći zajednički zahtjev naglašava granice

¹⁰ Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, third edition, Hague, London, Boston, 1998, str. 318.

¹¹ Tako Sally Lloyd-Bostock u radu: Decline of the 'Little Parliament': Juries and Jury Reform in England and Wales, Law and Contemporary Problems, Spring 1999, objašnjava da su nove promjene u kaznenom procesnom pravu diktirane radije modelom *due process* no *crime control*. Za razliku, Weisberg u djelu Foreword: A New Agenda for Criminal Procedure, Buffalo Criminal Law Review, 1999, iznosi stajalište da su odluke Vrhovnog suda SAD-a kazneni postupak približile modelu *crime control*.

¹² Vrijednosti na koje se osvrćem u ovome radu ne treba shvatiti kao vrijednosti sadržane u moralnome kodeksu svakoga posebno. One nisu proglašene za poduzimanje određenih akcija, već termini kojima se koristimo za lakši prikaz analize apstraktnih kaznenoprocenih modela.

¹³ Packer, L. H., *op. cit.*, str. 2.

¹⁴ Ustav Sjedinjenih Američkih Država, članak 1. stavak 9, *ex post facto* klauzula.

ovlasti službenih osoba koje sudjeluju u provođenju istrage s obzirom na intruziju prava osobe koja se sumnjiči za počinjenje kaznenog djela.¹⁵ Bez ikakve sumnje, glavni zahtjev koji nalazimo u oba modela jest spoznaja da pretpostavljeni počinitelj nije jedino i samo objekt kaznenog postupka. Spram njega treba postupati kao spram aktivnog sudionika koji ima ovlasti i prava poduzimati procesne radnje. Kazneni se proces ne postavlja “iznad” njega, već “oko” njega.

Unatoč tome što oba modela dijele istu osnovu, to nimalo ne umanjuje njihovu bipolarnost. Na slobodnoj je volji zakonodavca da izabere i odredi najvažnije elemente i kaznenog postupka i funkcije tijela koja ga provode. *Criminal control* model naglašava kao najvažniju svrhu represiju kažnjivih ponašanja.¹⁶ Podbačaj u kontroli tih ponašanja vidi se kao prijetnja i vjerojatan uzrok sloma javnog poretka. Bez kaznenog postupka ne postoji socijalna sloboda. Glavni cilj postupka jest, dakle, ostvarenje njegova principa efikasnosti – “mogućnost sustava da spozna, sudi, osudi te da se riješi velikog broja kaznenih prijestupnika za čija se kaznena djela saznalo”.¹⁷ Zahtijevaju se visoke stope saznanja o počinjenju kaznenih djela i počiniteljima te sukladno tome i osuđujućih presuda. A jedini način da se to ostvari jest usvajanje i prihvaćanje brzih postupaka za koje se ne zahtijeva velika formalnost. Ono što je važno jest postizanje određene doze uniformnosti. Takva stajališta povećavaju važnost državnih odvjetnika / javnih tužitelja i policije dajući im široke diskrecijske ovlasti.¹⁸ Postupanja tih tijela više su vrednovana na ljestvici važnosti no samo sudovanje državnih sudova i iz razloga što se utvrđivanje činjenica od strane administrativnih tijela u stadiju prije samog suđenja smatra vitalnom fazom postupka. Upravo iz toga razloga *criminal control* model također je poznat kao i administrativni model. Drugo nadalje naglašeno načelo jeste načelo presumpcije krivnje.¹⁹ Jednom kada se iz dovoljne količine dokaza u određenom omjeru prezentira krivnja

¹⁵ Packer, *op. cit.*, str. 4-5.

¹⁶ Fleissner, J. P., *Constitutional Criminal Procedure: A Two Year Survey*, Mercer Law Review, Summer 1999, west law baza podataka.

¹⁷ Packer, L. H., *op. cit.*, str. 6.

¹⁸ Cho, K., *Reconstruction of the English Criminal Justice System and its Reinvigorated Exclusionary Rules*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, May 1999, str. 12.

¹⁹ Načelo presumpcije krivnje ne smije biti zamijenjeno za načelo koje je direktan opozit načelu presumpcije nevinosti. Naime, presumpcija nevinosti ne pretpostavlja vjerojatnost da je više vjerojatno da počinitelj nije počinio kazneno djelo nego da jest. Ono što se pod tom pretpostavkom zahtijeva jest da sve dok nadležno tijelo, po mogućnosti sudskog karaktera, ne utvrdi u propisanom postupku pravomoćnom presudom da je počinitelj počinio djelo i njegovu krivnju, prema tom se počinitelju treba ponašati kao prema osobi čija je krivnja još uvijek otvoreno pitanje. Tako članak 28. Ustava Republike Hrvatske određuje da je svatko nedužan i da ga nitko ne može smatrati krivim za kazneno djelo dok mu se pravomoćnom sudskom presudom ne utvrdi krivnja.

počinitelja, sve druge buduće radnje državnih tijela provodit će se uz pretpostavku da je osoba protiv koje se te radnje i poduzimaju vjerojatno kriva za počinjenje djela koje joj se stavlja na teret. Takvo rezoniranje ne postavlja nikakve uzde načinu provođenja dokaza i traženju materijalne istine.

Due process model naglašava formalnost traženja materijalne istine kroz izvođenje dokaza o činjenicama vodeći računa o nepristranom sudskome tijelu pred kojim se otvara mogućnost optuženome da iznese svoju obranu i diskreditira sve ono što mu se stavlja na teret. Formalnost izvođenja procesnih radnji rezultira u otežanosti implementacije samog postupka, a sukladno tome opravdano je pretpostaviti da će se u tom postupku manji broj presumiranih počinitelja “dovesti pred lice pravde”, odnosno da će manji broj kaznenih slučajeva biti pravomoćno okončan u jednoj godini. Ovaj model strogo se brine o problemu mogućnosti ljudske pogreške²⁰ i upravo stoga su zahtjevi konačnosti postupka jako visoki, što otvara olakšanu mogućnost vođenja žalbenog postupka.²¹ Smatra se da su najveće deprivacije državne vlasti spram pojedinca oduzimanje njegove slobode i stigmatizacija, a tako nešto neizostavna je pojava u kaznenome postupku. Upravo stoga što se u tome postupku pojedinac subordinirano postavlja u odnosu prema državnom aparatu s obzirom na njegove koercitivne ovlasti, kazneni postupak mora biti podčinjen kontroli i zaštitnim garancijama da će se taj postupak izvoditi s maksimalnom pažnjom. Glavna parola postupka jest da je jedan nevino osuđeni počinitelj teža pogibelj za kaznenopravni sustav no 10 počinitelja krivih za kazneno djelo na slobodi!²² Primarnost uvažavanja pojedinca u kaznenome postupku nadalje zahtijeva postavljanje ograničenja nad radnjama i ovlastima službenih osoba u postupku.²³ Pojedinac je uistinu jako zaštićen, a njegova se osnovna prava, kao što je pravo na privatnost, nepovredivost doma, sloboda kretanja..., tretiraju kao nepovrediva. Za pravni

²⁰ Upravo takvo shvaćanje direktna je suprotnost favoriziranja administrativnih tijela u *crime control* modelu. Policijski djelatnici, državni odvjetnici kao i svjedoci te vještaci samo su ljudi koji su podložni sugestijama, zaboravljanju, emocionalnoj izloženosti, što sve dovodi u pitanje točnost radnji pri otkrivanju materijalne istine. Upravo na takve probleme upozoravaju brojni autori koji se bave sudskom psihologijom, pa više o tome vidi, na primjer, u: Ajduković, M., Psihološki aspekti donošenja odluka u kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 2, br. 2/1995, i Tabaković, Đ., Grozdanić, V., Sušan, Z., Povezanost osobina ličnosti s izborom kaznenih sankcija, Godišnjak za psihologiju, Sveučilište u Rijeci, 1993.

²¹ Više o zastupljenosti *due process* modela u žalbenim postupcima Engleske i SAD-a vidi: Griffin, L., The Corection of Wrongful Convictions: A Comparative Perspective, American University International Law Review, 2001.

²² Sir William Blackston citiran u: Perron, A. Brandon, The Crime Control and Due Process Models, <http://www.defenseinvestigator.com/article10.html>, posljednji put posjećeno 17. siječnja 2003.

²³ Beloof, D. E., The Third Model of Criminal Process: the Victim Participation Model, Utah Law Review Society, 1999, str. 2-3.

sustav jednaka je vrijednost zaštititi nevino optuženoga kao i osuditi onog tko je kriv. Stoga visoka cijenjenost presumpcije nevinosti i doktrine o pravnoj krivnji počinitelja ne iznenađuje. Čak i u slučajevima kada je činjenično dokazana krivnja počinitelja, osoba se smatra nevinom ako činjeničnom stanju nedostaje proceduralna regularnost i/ili ako su tijela kaznenog postupka djelovala izvan okvira svojih nadležnosti.²⁴ Ideja o jednakosti okrivljenih neovisno o njihovome statusu, podrijetlu, financijskim sposobnostima kao i duboki skepticizam spram moralnosti i korisnosti kaznene sankcije neizostavni su elementi *due process* modela.²⁵

Iz svega što je već bilo rečeno proizlazi da je *crime control* model prvenstveno potvrđan, pozitivan model jer naglašava postojanje i izvršnost službenih ovlasti, pa je tako njegova kontrolirana i pravosnažna vlast zakonodavna vlast. Suprotno, *due process* model prije svega je negativan model jer je okrenut postavljanju granica službenih ovlasti i načinima izvršenja tih ovlasti.²⁶ Shodno tome, sudbena je vlast ta koja kontrolira i daje pravnovaljanu osnovu *due process* modelu.²⁷ Tako nije slučajnost da su odluke sudova te koje osnažuju *due process* model, dok su činjenice proizašle iz djelovanja policije i državnih odvjetnika te koje taj model negiraju.²⁸

3. SUDSKA PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA KAO IZVOR SPOZNAJA O PRIHVAĆANJU ELEMENATA *CRIME CONTROL* I *DUE PROCESS* MODELA

Sud u Strasbourgu iskazao je ozbiljno i detaljno ocjenjivanje i razmatranje elemenata modela kaznenih postupaka koji su predmet ovoga rada. Predmetna

²⁴ Sukladno doktrini o pravnoj krivnji u kazneni se postupak unose i druga pravila kao što su: nadležnost sudova, zastara kaznenog progona, posebni postupci spram djece i nebrojivih... Ta pravila nemaju nikakve veze s činjeničnom osnovom je li osoba počinila kazneno djelo ili ne. Ono na što nas ova doktrina upućuje jest da u slučaju da osoba potpadne pod neku od tih kategorija, smatrat će se pravno nevinom.

²⁵ Već je 1956. godine Vrhovni sud Amerike u slučaju *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, odlučio da "...there can be no equal justice where the kind of trial a man gets depends on the amount of money he has." Taj se slučaj smatra prvom odlukom Vrhovnog suda u kojoj je Sud u potpunosti u meritumu odlučivao o "equality norm".

²⁶ O prihvaćanju elemenata *crime control* i *due process* modela u presudama Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država vidi u: Weisberg, R., A New Legal Realism for Criminal Procedure, *Buffalo Law Review*, Spring Summer 2001, dok o utjecajima tih dvaju modela na kazneni postupak u Hong Kongu, Australiji i Engleskoj vidi u: Bronitt, S., Entrapment, Human Rights and Criminal Justice: A Licence to Deviate?, *Hong Kong Law Journal*, 1999.

²⁷ To podržava doktrina "judicial review" i sustava presedana sudskih odluka.

²⁸ Packer, L. H., *op. cit.*, str. 12.

usporedba i odabir u svakom zasebnom slučaju rezultirali su prihvaćanjem različitih elemenata modela u pojedinim stadijima kaznenog postupka sve u nastojanju da se postigne bolje rješenje zaštite prava iz Konvencije. Politika Suda ne sastoji se samo od interpretacije članaka Konvencije, već zahvaća i odraz normativnog uređenja kaznenog postupka pojedinih država članica. Nužnost donošenja takve vrste ocjenjivačkog suda, koji je tada potrebno podvesti pod normativni izričaj Konvencije, rezultira proširenim logičnim zaključivanjem, pa tako nimalo ne iznenađuje da je Sud prihvatio ekstenzivno tumačenje članka 6. stavka 1. u slučaju *Delcourt*. Sud naime smatra da su načela sadržana u tome stavku Konvencije tako velikog značenja za demokratski život jedne zemlje da bi ikoje ograničeno tumačenje bilo protivno samoj svrsi i cilju te odredbe.²⁹ No takva vrsta prihvaćanja ekstenzivnog tumačenja ima i šire konotacije jer Sud u Strassbourgu dajući smjernice glede svoje prakse i prvotnih odluka Komisije i domaćim tijelima čija je obveza primjenjivati članak 6, neposredno pokazuje kako sebe smatra nadležnim preispitati kako domaća vlastodržavna tijela tumače i primjenjuju članak 6.³⁰ Sva daljnja tumačenja prakse tijela Konvencije treba provoditi u svjetlu ovoga pristupa jer se tek tada može razumjeti kazuistički pristup favoriziranja *due process* i *crime control* modela. Iako će se praksa Suda i Komisije mijenjati s obzirom na tumačenje jednog te istog problema (vidi tako slučajeve *Delcourt* i *Borgers*), takva elastičnost samo pokazuje da je judikatura živo tijelo koje se mijenja ovisno o tendencijama zaštite ljudskih prava Komisije i Suda u Strasbourgu.

3.1. Pravo na pravično suđenje

U nastojanju da se odgovori na postavljeno pitanje preferencije *crime control* ili *due process* modela u postupanju tijela Konvencije daljnji je korak analiza članka 6. Konvencije, preciznije prava na pravičan postupak – *right to a fair trial* - koje je kao temeljno načelo opisano u tome članku. Odmah na početku i prije same analize potrebno je razbiti prisutno shvaćanje u kaznenopravnoj teoriji da se to načelo ima poistovjetiti s *due process* modelom kaznenopravnog sustava. Nakon detaljne analize članka 6. stavka 1. potvrdit će se određeno poklapanje tih dvaju kaznenopravnih instituta, što valja i očekivati jer se oba sastoje od određenih posebnih načela i pravila. No to je podudaranje daleko od stopostotne preslike jer je ipak samo riječ o dva zasebna koncepta. U protivnome i sama bi svrha ovoga rada bila bespredmetna.

²⁹ *Delcourt v. Belgium*, A.11, 1970; Gomien, D., Harris, D., & Zwaak, L., Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, 1996, str. 158.

³⁰ Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., *op. cit.*, str. 391.

Pravo na pravično suđenje nije ušlo u pravni poredak Hrvatske stupanjem na snagu Konvencije jer je sastavni dio nekih drugih međunarodnih ugovora koje je Hrvatska već prije ratificirala (na primjer Opća deklaracija o pravima čovjeka te Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima). Pa iako se s tim načelom sada prvi put ne susrećemo, razlika je pozamašna, jer kako Uzelac naglašava, sada se s deklaratorne razine prvi put suočavamo s kontrolom suda čija su tumačenja obvezatna i s dalekosežnim posljedicama.³¹ To se više moramo posvetiti tome pravu, nastojati shvatiti njegovu bit i zahtjeve.³² Pravo na pravično suđenje deklarirano u članku 6. može se podijeliti na dva bipolarna dometa. Prva skupina prava generalna je jer je primjenjiva na svako postupanje pred tijelom koje odgovara zahtjevima Konvencije da bi se nazivalo “sudom”.³³ U tu skupinu spadaju prava sadržana u članku 6. stavku 1. Konvencije i odnose se na: 1. pravo stranaka da prisustvuju izvođenju radnji u postupku, da budu saslušane prije no što sud donese odluku o predmetu te da im se omogući izjašnjavanje o navodima i zahtjevima protivnika – *audiatur et altera pars*; 2. pravo stranke da poduzima sve procesne radnje na koje ima pravo njezin protivnik – *equity of arms*; 3. zabrana da se sudska odluka temelji na nezakonitim dokazima, i 4. zahtjev da sudske odluke moraju biti obrazložene.³⁴ S obzirom na posebnu delikatnost i ranjivost ljudskih prava pri postupanju tijela za vrijeme vođenja kaznenog postupka, druga je skupina elemenata toga prava usmjerena na načela koja se odnose na kazneni postupak i pobliže je navedena u istome članku Konvencije, ali u stavku 2. i 3. koji se odnose na načelo presumpcije nevinosti i ostala minimalna prava okrivljenika u kaznenome postupku.³⁵ Načelo iz stavka 1. poklapa se djelomično s garancijama iz stavka 2. i 3, ali u njemu su

³¹ Uzelac, A., Hrvatsko procesno pravo i jamstvo parničnog postupka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, suppl., 1998, str. 1009.

³² Ovdje upozoravamo na stav Van Dijka da je s obzirom na judikaturu Europskog suda za ljudska prava, npr. slučaj *Bendenoun v. France* iz 1994, moguće izjednačiti dosta nejasan koncept “prava na obranu” u kaznenim stvarima s pravom na pravično suđenje.

³³ Vidi treće poglavlje rada o tome koje sve uvjete mora ispuniti neko državno tijelo da bi se smatralo sudom.

³⁴ Krapac, D.: Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, Informator, Zagreb, 2000, str. 86-91.

³⁵ U slučaju *Dombo Behee v. Netherlands*, A.242, 1993, Sud je, imajući u vidu razliku intenziteta zaštite između građanskih i kaznenih predmeta, razjasnio stav stvaratelja Konvencije da podijeli prvu i drugu grupu elemenata prava na pravični postupak: “Although the right to a fair hearing applies in civil as well as criminal cases, the contracting states have a greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases. Thus although certain of the guarantees listed in Article 6, paragraph 3 (the right to legal assistance or to examine or cross-examine witnesses) may in principle be inherent in a ‘fair hearing’ in civil as well as criminal cases, they may not apply with quite the same rigour or in precisely the same way in civil proceedings as they do in criminal ones.”

samo navedene minimalne garancije koje moraju biti pružene okrivljeniku da bi se ostvarilo njegovo pravo na pravično suđenje.³⁶ Kako i sama tema rada nalaže, naglasak se u ovome radu postavlja na skupinu prava koja moraju biti zastupljena u kaznenome postupku. Kako opseg rada ne dopušta kompleksniju razradu ove teme, u radu će biti izložena analiza elemenata prava na pravično suđenje članka 6. stavka 1.³⁷

Načelo *audiatur et altera pars* ostalo je bez generalnog općeprimjenjivog objašnjenja od tijela Konvencije jer su tijela i ovoga puta krenula kolosijekom konkretnog objašnjenja u “svakom zasebnom slučaju”. Tako Komisija u slučaju *Nielsen* zaključuje da postupak treba uzeti u cjelini, razmotriti ga u cijelosti, i tek tada je moguće dobiti dojam je li postupak pravičan ili ne, pa tako i je li saslušanje pravično također.³⁸ No ono što je nemoguće osporiti jest činjenica da je ovo pravo usko vezano uz pravo da se bude prisutnim pri sudskome postupku, da se bude usmeno saslušan te da se može postupak pratiti. Ta simbioza prava toliko je postala neraskidiva da se prava uzimaju pseudonimski zajedno pod latinskim načelom *audiatur et altera pars*. Pravo prisustvovanja postupku nije apsolutno³⁹ jer ga je moguće ograničiti na način da prisutnost nije obvezatna

³⁶ Drugim riječima, kada Sud u Strasbourgu ustvrdi da je došlo u konkretnom slučaju do kršenja prava okrivljenika iz stavaka 2. ili 3, nema daljnje potrebe da se upušta u razmatranje je li prekršen i prvi stavak jer nema mogućnosti da je u postupku prekršeno neko pravo okrivljenika iz 2. ili 3. stavka a da istovremeno nije prekršen i stavak 1. No, s druge strane, ako i nisu prekršena prava iz stavaka 2. ili 3, to još uvijek ne znači da je protiv okrivljenika proveden postupak pravičnog suđenja jer se postupak mora sagledati u cjelini te stavak 1. ipak može biti povrijeđen. Pravo na pravično suđenje ima širu aplikaciju no pojedinačna okrivljenikova prava jer se primjenjuje na sve aspekte postupka (*Ofner and Hopfinger v. Austria*, 6 YB 676, 1962).

³⁷ Zanimljivo je usporediti članak 47. Povelje temeljnih ljudskih prava Europske unije koji se odnosi na pravo na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje (vidi Bodiroga-Vukobrat, N. & Barić, S., Povelja temeljnih ljudskih prava Europske unije s komentarom, Organizator, Zagreb, 2002). U njemu su sadržane odredbe koje se oslanjaju na članak 6. stavak 1. i 3. te na članak 13. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. No za razliku od Konvencije, Povelja, kako bi izbjegla probleme nastale oko tumačenja primjene članka 6. Konvencije s obzirom na vrstu postupka, sada ne spominje prirodu predmeta koji se ispituje (“utvrđivanje prava i obveza građanske naravi”, tj. “podizanje optužnice”), već se koristi izričajem “ispitivanje slučaja”. Čini se da je tako pravo na pravično suđenje prošireno i na slučajeve progona stranaca iz zemlje, ekstradiciju, razne administrativne postupke, što još treba dokazati praksa Europskog suda u Luxemburgu.

³⁸ *Nielsen v. Denmark*, 343/57, 1961, Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., *op. cit.*, str. 428.

³⁹ Tako je Sud zaključio i u svojoj skorašnjoj praksi: “Where a public hearing has been held at first instance, the absence of such a hearing may be justified at the appeal stage by the special features of the proceedings at issue, having regard to the nature of the domestic appeal system, the scope of the appellate court’s powers and to the manner in which the applicant’s interests were actually presented and protected before the court of appeal, particularly in the light of the nature of the issues to be decided by it.”, *Constantinescu v. Romania*, A.28871/95, 27 June 2000, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 29.3.2003.

u drugostupanjskom ili trećestupanjskom postupku, ali i to opet uz ogradu, jer okrivljeni tada u danom slučaju mora biti prisutan na suđenju prvoga stupnja (slučaj *Ekbatani*, *Kremzow* i *Jan-Ake Andersson*).⁴⁰ No samo pravilo mora li i kada okrivljeni biti prisutan u kaznenome postupku izvan okvira upravo rečenoga nije kristalno jasno s obzirom na odluke tijela Konvencije. Ako razmotrimo presude *F. C. B. v. Italy* i *T. v. Italy* koje se tiču dužnosti okrivljenog da bude prisutan na usmenom saslušanju,⁴¹ vidi se da je Sud zaobišao dati odgovor na to pitanje. Sud se pozvao na pravilo iz *Colloza and Rubinat v. Italy*: “Trial in *absentia* is also permitted where the state had acted diligently, but unsuccessfully, to give an accused effective notice of the hearing”⁴² i tako zaobišao stav Komisije u istome slučaju po kojem ona smatra da je pravo na pravično suđenje apsolutno⁴³ i da ga se okrivljeni ne može odreći kada je u bijegu: “There was no waiver in this situation as the right to a fair trial was absolute and applied to accused persons on the run as well as to others who had not indicated that they had waived their right.” Iz stava Komisije nameće se načelno razmišljanje koje suđenje u odsutnosti dovodi u svezu s onim situacijama u kojima se okrivljenik izričito ili s obzirom na okolnosti slučaja odrekao prisustvovanja usmenome saslušanju. No nezgrapnost takve formulacije dolazi do punog izražaja jer teško da je moguće odreći se nečega što je apsolutno. Nadalje, samo navođenje drugog dijela rečenice pravila upućuje na to da ako se situacija presumiranog počinitelja poistovjeti sa situacijom u kojoj osoba nije “waived his/her right”, to ipak znači

⁴⁰ *Ekbatani v. Sweden*, A.134, 1988, *Kremzow v. Austria*, A.268-B, 1993, i *Jan-Ake Andersson v. Sweden*, A.212-B, 1991, pa tako i u novijoj praksi Suda u slučaju *Belziuk v. Poland*: “A person charged with a criminal offence should, as a general principle based on the notion of a fair trial, be entitled to be present at the first-instance trial hearing. However, the personal attendance of the defendant does not necessarily take on the same significance for an appeal hearing. Indeed, even where an appellate court has full jurisdiction to review the case on questions both of fact and law, Article 6 does not always entail rights to a public hearing and to be present in person.”; *Belziuk v. Poland*, A.45/1997/829/1035, 25 March 1998, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 10.3.2003.

⁴¹ Sam pojam “usmenog saslušanja” kao prijevoda “oral hearing” treba uzeti uz rezervu jer, s obzirom na strukturu postupka anglo-američkog sustava sudovanja, mislimo da bi taj termin trebalo prevoditi kao “glavna rasprava”. Radi harmonizacije s otprije učinjenim prijevodima, u radu se koristi izraz “usmeno saslušanje”.

⁴² *Colloza and Rubinat v. Italy*, A.89, 1985, Harris, D., O’Boyle, M. & Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, 1995, str. 204-205.

⁴³ I u novijoj jurisprudenciji Suda iznalazimo stav kako pravo na pravično suđenje nije apsolutno, ali ono, kako je iskazano u slučaju *Atlan* iz 2001. godine, može biti ograničeno samo takvim mjerama koje idu na uštrb prava obrane, a koje su striktno nužne. Još više, u nastojanju da okrivljenome bude pruženo pravično suđenje, sve teškoće prouzročene obrani zbog takvih ograničenja moraju biti dovoljno kontrabalansirane u kaznenome postupku od strane sudskog tijela. *Atlan v. United Kingdom*, A.36533/97, 19th of June 2001, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 15.3.2003.

da je odricanje od toga prava moguće. Takva nesigurnost ne može biti opravdana parolom da odluke tijela ovise o slučaju, jer se ipak radi o jakom aspektu *due process* modela koji se ne bi smio tako olako podcjenjivati.

Imajući u vidu sve što je rečeno, problem nadalje predstavljaju i takozvana *ex parte* saslušanja koja mogu dovesti u sumnju ostvarenost prava na pravično suđenje.⁴⁴ Ne radi se naime samo o segmentu prava stranke da bude prisutnom u cijelome postupku ili u jednom njegovome dijelu, već problem dobiva novu dimenziju jer se vezuje uz zabranu prezentiranja dokaza javnosti i stranci u postupku. Tako englesko pravo priznaje *ex parte hearings* kao opravdane i legitimne etape kaznenoga postupka u kojima sud čuje samo jednu stranu u postupku, u ovome slučaju državnoga odvjetnika, jer interesi javnosti zahtijevaju da dokaz koji se prezentira na sudu zadrži svoju imunost od toga da se ima prezentirati i okrivljeniku. Za nj okrivljenik kao ni njegov branitelj uopće i ne znaju. Jedino o čemu oni imaju saznanja jest to da takav dokaz postoji i da je s njime upoznat sudac.⁴⁵ U predmetu *Jasper v. United Kingdom*⁴⁶ Sud je, ocjenjujući ovu prijetnju za pravično suđenje tijesnom većinom (radilo se samo o jednome glasu više), prihvatio *ex parte* saslušanja kao saslušanja u suglasnosti sa zahtjevima prava na pravično suđenje iako se okrivljeni nije mogao izjasniti o navodima protivnika niti u kasnijem dijelu kaznenoga postupka jer nije niti znao o kakvom bi se to dokazu trebao izjasniti. No da bi takvo saslušanje ipak bilo valjano, Sud u Strasbourgu zahtijeva da nacionalni sud “weighs the public interest in concealment against the interest of the accused in disclosure” te da “great weight should be attached to the interests of justice, and that the judge should continue to assess the need for disclosure throughout the progress of the trial”. Iako se na prvi pogled čini da je Sud prihvatio raširenih ruku odnos *crime control* modela spram potrebe razotkrivanja dokaza okrivljeniku (koja je svedena na minimum imajući u vidu težnju ovoga modela za što većom efikasnosti pri rješavanju kaznenih predmeta), izloženi zahtjev Suda kao i njegovo naglašavanje činjenice da u slučaju *Jasper* sporni dokaz za vrijeme glavne rasprave nije iznesen pred porotu te da ni u jednom trenutku nije dovedena

⁴⁴ Kao pravni pojam *ex parte hearing* Black’s Law rječnik definira kao “hearings in which the court or tribunal hears only one side of the controversy.”

⁴⁵ Problem nerazotkrivanja dokaza ne samo obrani već i raspravnome sucu razmatran je u slučaju *Atlan v. United Kingdom*, A.36533/97, 19th of June 2001. Isto tako vidi *Fitt v. United Kingdom* od 16.2.2000, A.29777/96, u kojem je Sud kao pravilo iznio ograničenost prava na razotkrivanje dokaza, ali opet pod određenim uvjetima: “...the right to full disclosure was not absolute and could, in pursuit of a legitimate aim such as the protection of national security or of vulnerable witnesses or sources of information, be subject to limitations. Any such restriction on the rights of the defence should, however, be strictly proportionate and counterbalanced by procedural safeguards adequate to compensate for the handicap imposed on the defence.”

⁴⁶ *Jasper v. United Kingdom*, A.27052/95, 16th of February 2000, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 15.3.2003.

u pitanje nepristranost nacionalnog suca, sve to pokazuje obazrivost i brigu Suda o pravima okrivljenika i njegovo teško pristajanje da se ta prava ograniče.⁴⁷

Equity of arms, ili takozvano načelo jednakosti oružja, predstavlja načelo ravnopravnosti pred sudom. Puna važnost ovoga načela posebice dolazi do izražaja u kaznenim predmetima koji su fundamentalno protkani nejednakošću strana jer naspram okrivljenika pred sudom kao stranka stoji tijelo državnog represivnog aparata. Komisija je u slučaju *Kaufman v. Belgium* definirala to načelo kao: "everyone who is a party to such proceedings" (misli se na kaznene i građanske postupke) "shall have a reasonable opportunity of presenting his case to the court under conditions which do not place him at substantial disadvantage vis-à-vis his opponent."⁴⁸ Tako u slučaju *Borgers v. Belgium*⁴⁹ Sud je, razmotrivši poziciju uloge *procureur general* u odlučivanju o prihvatljivosti žalbe okrivljenika, na javnoj sjednici postavio novu odluku koja je ispravila toliko kritizirano stajalište Suda u slučaju *Delcourt*. Naime, *procureur general* imao je mogućnost iznijeti svoje mišljenje o dopustivosti prihvaćanja žalbe kao i pridružiti se raspravi o žalbi Suda, iako bez prava glasa. Za razliku, okrivljeni i njegov odvjetnik nisu imali pravo odgovoriti na navode *procureur general* niti se povući na vijećanje sa sucima. Iako je Sud u Strasbourgu prihvatio stajalište da je uloga *procureur general* savjetodavna, jer je njegovo dati sudu nepristran i nezavisan savjet koji se tiče stvari iz njegove nadležnosti, jednom kada on iznese svoje stajalište o meritumu žalbe, on preuzima ulogu žaliteljeva oponenta. Imajući u vidu sudjelovanje u sjednicama Suda kada se odlučuje o žalbi, što povređuje pravo na prisutnost žalitelja, još više dolazi do izražaja nejednakost žalitelja kojemu ne ostaje previše prostora da se izbori za svoje argumente, čime je povrijeđena proceduralna jednakost stranaka.⁵⁰

Nakon što je Sud donio takvu odluku, nacionalne su se države sa sličnim državnim institutom kao što je *procureur general* upustile u dokazivanje opravdanosti takvog instituta i usklađenosti njegova djelovanja sa zahtjevima

⁴⁷ Sud je u slučaju *Atlan v. United Kingdom* ponovno prihvatio opravdanost neprikazivanja svih dokaza obrani od strane optužbe, ali ovoga puta imajući u vidu cjelokupni postupak i primjenjujući gore opisani test balansiranja. Sud je došao do zaključka da je pravo na pravično suđenje povrijeđeno jer se radilo o dokazu koji je centralni za obranu i jer je obrana izričito upitala tužiteljstvo ima li ono ikoji neotkriveni materijal koji još nije korišten, a da se odnosi na to specifično pitanje ključno za okrivljenikovu obranu.

⁴⁸ *Kaufman v. Belgium*, A.10938/84, Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., *op. cit.*, str. 421-428; *Kuopila v. Finland*, A.27752/95, 27th of April, 2000.

⁴⁹ *Borgers v. Belgium*, A.214-B, 1991, Lawson, R. A. & Schermers, H. G., *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1999.

⁵⁰ Bilo je sasvim dovoljno da podnositelj pritužbe Mr. Borgers dokaže opravdanu sumnju, objektivno dokazivu, u proceduralnu jednakost stranaka, a ne aktualni nedostatak takve jednakosti, da bi Sud u Strasbourgu prihvatio da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije.

Konvencije iz članka 6. stavka 1. U slučaju *Kress v. France*⁵¹ vlada je tu usklađenost opravdavala, osim ostaloga, i historijskim razlozima. Sud nije osporio važnost *commissaire du Gouvernement* u pravnome sustavu Francuske, ali to nije dovoljno opravdanje da se Sud ne bi upustio u ocjenu djelovanja toga instituta.⁵² Imajući u vidu sve okolnosti slučaja, Sud je zaključio da nije došlo do povrede Konvencije u odnosu na izjave komesara na javnome suđenju jer su stranke bile u mogućnosti prije zaključenja glavne rasprave odgovoriti na njih, za razliku od situacije na koju je upozoreno u slučaju *Borgers*. Nadalje, samim time što je komesar iznio svoj negativni stav o osnovanosti žalbe okrivljene javno i pred sudom, okrivljena ga opravdano može smatrati suprotnom stranom u svome suđenju. Njegova prisutnost i iznošenje mišljenja na zatvorenoj sjednici *Conseil d'Etat*, iako bez prava glasa, ne nudi dovoljne garancije okrivljenoj strani da je komesar *vis-à-vis* te strane neutralan te da neće utjecati na odluku sudaca. Takva pozicija i uloga *commissaire du Gouvernement* ne opravdava da se ne posumnja u jednakost oružja, pa i onda kada bi se radilo samo o tehničkoj ulozi asistiranja, stoga što je komesar zadnja osoba koja je vidjela i proučavala spis predmeta i tako je u mogućnosti odgovoriti na bilo koje pitanje za vrijeme zatvorene sjednice. Sve navedeno nije davalo dovoljno razloga Sudu da se odmakne od zaključaka donesenih u ranijem slučaju *Borgers* i proglasi prisutnost i funkciju komesara na sjednici *Conseil d'Etat* u skladu s pravičnim suđenjem.

Jedan od segmenata jednakosti stranaka u postupku ogleđa se u istom protoku informacija koje su dostupne u spisu i pristupu drugim dokumentima koji su značajni za slučaj. Taj pristup mora biti omogućen barem u onolikoj mjeri koja se tiče formiranja mišljenja Suda u konkretnom predmetu.⁵³ Načelo *equity of arms* također zahtijeva da svaka strana ima mogućnost suprotstaviti se argumentima koje je navela protivnička strana. Strane moraju imati i istu mogućnost pozivanja vještaka, s time da i ti vještaci moraju biti u istoj poziciji.⁵⁴ Nadalje, povredom jednake pozicije stranaka smatrat će se i nedostatak elemenata tzv. "adversarial proceeding"⁵⁵, pa je tako u slučaju *Unterpertinger v.*

⁵¹ *Kress v. France*, A.39594/98, 7 June 2001, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 5.4.2003.

⁵² "However, the mere fact that the administrative courts, and the Government Commissioner in particular, have existed for more than a century and, according to the Government, function to everyone's satisfaction cannot justify a failure to comply with the present requirements of European law."

⁵³ *Kamasinski v. Austria*, A.168, 1989, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 5.4.2003.

⁵⁴ O mogućnosti suprotstavljanja navodima druge strane vidi: *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, A.146, 1988, a o jednakosti vještaka vidi: *Bönisch v. Austria*, A.92, 1985.

⁵⁵ "The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations

Austria došlo do povrede prava na pravično suđenje jer je okrivljeni osuđen, a da mu se nije dala mogućnost da ispita svjedoke.⁵⁶ Do istoga je zaključka Sud došao i u slučaju *Luca v. Italy* u kojem je odbio prihvatiti navode talijanske vlade po kojima se osoba N. ne može smatrati svjedokom jer je riječ o osobi koja je okrivljena za počinjenje kaznenoga djela u drugome predmetu. Tako se ta osoba ima pravo braniti šutnjom te sebe sama ne inkriminirati, što i jest razlogom zbog kojega tu osobu okrivljenik ne može ispitati. Sud je odbio takvo rezoniranje naglasivši da je Luca osuđen izričito na temelju izjave osobe N. što ga stavlja u ulogu svjedoka.⁵⁷ Nemogućnost ispitivanja svjedoka nadasve dolazi do izražaja u slučajevima u kojima se presude osnivaju na izjavama anonimnih svjedoka. U slučaju *Birutis and others v. Lithuania*⁵⁸ okrivljenicima se stavljalo na teret organiziranje i sudjelovanje u pobuni u zatvoru te su bili i osuđeni za to kazneno djelo na osnovi iskaza 17 odnosno 19 anonimnih svjedoka. Radilo se većinom o iskazima zatvorenika koji su služili zatvorsku kaznu u zatvoru u kojem je došlo do pobune. Sud se nije upuštao u ocjenjivanje potrebe za anonimnošću svjedoka, ali ono što je razmatrao jest način na koji su se ti iskazi prikupljali i upotrijebili pri donošenju presude. Povodio se naime testom iznesenom u slučaju *Kostowski v. the Netherlands*⁵⁹ i zaključio da je došlo do povrede Konvencije kod prvog okrivljenika jer je njegova presuda isključivo i jedino donesena na iskazima anonimnih svjedoka. Kod drugog i trećeg okrivljenika izneseni su i ocijenjeni od Suda i drugi dokazi, ali kako je nacionalni sud samo pročitao zapisane iskaze s tonskoga snimanja svjedoka od strane tužiteljstva ne upuštajući se u ispitivanje okolnosti i načina pribavljanja tih iskaza te kako za vrijeme suđenja nije drugim proceduralnim sredstvima kontrabalansirao hendikep obrane okrivljenika, okrivljenicima je stoga uskratio pravo na pravično suđenje.⁶⁰

Raspravljajući o pravu na pravično suđenje, Sud se nerijetko upuštao u ocjenjivanje ispunjenosti specifičnih zahtjeva u odnosu prema dokazima. Dokazi moraju biti prikupljeni u skladu s ostalim člancima Konvencije koji se na to

filed and the evidence adduced by the other party.”, *Belziuk v. Poland*, 25 March 1998, HUDOC Reference: REF00000771; <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 5.4.2003.

⁵⁶ *Unterpertinger v. Austria*, A.110, 1986, Key extracts from a selection of judgements of the European Court for Human Rights and decisions and reports of the European Commission of Human Rights, Council of Europe, Directorate of Human Rights, 1999, str. 77-78.

⁵⁷ *Luca v. Italy*, A.33354/96, 27th February 2001, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 1.4.2003.

⁵⁸ *Birutis and others v. Lithuania*, A.47698 i A.48115, 28th March 2002, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 5.4.2003.

⁵⁹ *Kostowski v. the Netherlands*, A.166, 20 November 1989. Više o tome vidi: Krapac, D., *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, Informator, Zagreb, 2000, str. 285.

⁶⁰ Vidi još i *Visser v. Netherlands*, A.26668/95, od 14.2.2002, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 5.4.2003.

odnose, pa su tako dokazi dobiveni od osoba koje su podvrgnute torturi ili drugom nehumanom postupku suprotni članku 3.⁶¹ Konvencije, dok su dokazi prikupljeni na način koji je povrijedio pravo na privatnost već sami po sebi suprotni članku 8.⁶² Europski sud za ljudska prava neće se uvijek upuštati u ocjenu pravilnosti prikupljanja dokaza iz slučaja koji razmatra. Također Sud neće ulaziti u ocjenu snage dokaza.⁶³ No ako sud zemlje potpisnice Konvencije odluči prihvatiti nezakonito pribavljen dokaz i na njemu temeljiti svoju odluku, tada se Sud u Strasbourgu smatra pozvanim da sam ispita nastalu situaciju (*X. v. Belgium*).⁶⁴ No čini se da takvo pravilo Sud baš nije prihvatio u slučaju *Schenk* jer ono na što se Sud poziva glasi: "While the Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore could not exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk's trial as a whole was fair."⁶⁵ Takvo shvaćanje odnosa nezakonitih dokaza i prava na pravično suđenje iznenađuje, ako ne i šokira, jer teško da ima imalo pravde u dokazu koji je izveden na nezakonit način. Nastojanja nekih autora⁶⁶ da spekulativno obrane takvo stajalište Suda argumentima da je obrana imala mogućnosti osporiti originalnost tonskog snimka (radilo se naime o nezakonito pribavljenom tonskom snimku koji je inkriminirao okrivljenika) te da je i iz drugih dokaza krivnja počinitelja bila vidljiva, ne umanjuju srž problema, već samo usmjeravaju argumentaciju u pokušaje uvjeravanja da je crno manje sivo.⁶⁷

⁶¹ *Austria v. Italy*, 788/60, 4 YB 112, "...evidence that is obtained by maltreatment with the aim of extracting a confession is a breach of the right to a fair hearing."

⁶² *Allan v. United Kingdom*, A.48539/99 5th of November 2002, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 1.4.2003; "...following the judgment in *Khan v. the United Kingdom* (no. 35394/97, [Section 3], ECHR 2000-V, judgment of 12 May 2000, §§ 26-28) the use of the audio and video recording devices in the applicant's cell, the prison visiting area and on a fellow prisoner amounted to an interference with the applicant's right to private life under Article 8 § 1 of the Convention and the measures were not used 'in accordance with law' within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention."

⁶³ Tako je u slučaju *Allan v. United Kingdom* iskazano stajalište samoga Suda da on "...considers that an assessment of the strength or the reliability of the evidence concerned is not a straightforward matter. The applicant's conduct as a whole must have played a role in the assessment of the evidence and this Court is not well placed to express a view."

⁶⁴ *X. v. Belgium*, 8876/80 i D&R 23, 1981; Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., *op. cit.*, str. 436.

⁶⁵ Key extracts from a selection of judgements of the European Court for Human Rights and decisions and reports of the European Commission of Human Rights, Council of Europe, Directorate of Human Rights, 1999, str. 78.

⁶⁶ Vidi stajališta Harrisa, O'Boylea i Warbricka u: *Law of the European Convention on Human Rights*.

⁶⁷ U svezi s problemima o nezakonitim dokazima vidi još stajalište Suda o izjavama osoba koje se na sudu nisu pojavile kao svjedoci.

Imajući u vidu nedavnu judikaturu Suda, ipak treba naglasiti da opisana spremnost Suda da se upusti u razmatranje problematike nezakonitih dokaza spram pravičnog suđenja nije uvijek tako površinska i slaba. Tako se u slučaju *Allan v. U.K.*⁶⁸ Sud upustio u razmatranje sukladnosti iskaza svjedoka zatvorenika kao policijskih doušnika s člankom 6. stavkom 1. Naime, Sud je otišao toliko daleko da je kao argument za potvrdu nepravičnosti takvog dokaza uzeo psihičko stanje pritvorenika koji je bio pod znatnim psihičkim pritiskom suočen s optužbama za ubojstvo iz koristoljublja, što je uvelike umanjilo njegovu dragovoljnost odavanja podataka u svezi s kaznenim djelom zatvoreniku s kojim je dijelio ćeliju, osobi H., inače policijskom doušniku. Nadalje, Sud je ustanovio da je valjanost dokaza u sklopu pravičnog suđenja još više bila potkopana kada se uzme u obzir da je doušnik potanko bio instruiran od policijskih djelatnika kako da stekne povjerenje i prikupi potrebne informacije te upućen da “pritisne okrivljenika što je više moguće”. Sud je tako zaključio da sve to čini sporni dokaz suprotnim članku 6. stavku 1. Konvencije kršeći pravo okrivljenika da bude slobodan od samoinkriminiranja i njegovo pravo na šutnju.⁶⁹

I na kraju, završni element u razmatranju ovog rada prava na pravično suđenje jest ostvarenost zahtjeva da sudska odluka mora biti obrazložena. U njoj se moraju navesti razlozi na kojima se takva odluka zasniva. Bez njihova navođenja stranka može samo pretpostaviti iz kojih je razloga takva i takva presuda donesena, što rezultira iluzornom uspješnosti podnošenja pravnoga lijeka, a pogotovo je to slučaj kada obrazloženje presude u potpunosti izostane. To ne znači da je nacionalni sud dužan iznijeti obrazloženje za svaki argument,⁷⁰ ali on se ne smije oglušiti o onome što je ključno za ishod slučaja.⁷¹ Imajući u vidu slučaj

⁶⁸ *Allan v. United Kingdom*, A.48539/99, 5th of November 2002, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 1.4.2003.

⁶⁹ “The right to silence is a right which, as observed earlier, lies at the heart of the notion of a fair procedure guaranteed by Article 6.”, *Condron v. United Kingdom*, A.35718/97, 2 May 2000, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 1.4.2003. Zanimljivo je spomenuti da je u ovome slučaju Sud došao do zaključka da je pravo na pravično suđenje okrivljenika bilo povrijeđeno s obzirom na ograničenje njegova prava na šutnju, što je kontrarno iznalaženju Suda u slučaju *John Murray v. United Kingdom* iz 1996. godine. Nacionalni je sud propustio ispravno i korektno uputiti porotu na okolnost da se okrivljenik branio šutnjom po uputi svoga branitelja za vrijeme policijskog ispitivanja. Odbijanje iskazivanja okrivljenika za vrijeme apstinencijske krize od heroina nije moglo pridonijeti njegovoj krivnji jer bi kvaliteta takvog iskazivanja bila više no upitna s obzirom na to da je okrivljenikova volja bila znatno oslabljena te da je u takvome stanju okrivljenik bio posebno ranjiv. I samim time što su na glavnoj raspravi okrivljenik i njegov odvjetnik aktivno sudjelovali u izvođenju dokaza te što nije nedvojbeno proizlazilo iz tih dokaza da je okrivljenik kriv za počinjenje djela kao u slučaju *Murray*, pravo na šutnju nije moglo biti ograničeno, a da se ne povrijedi pravo na pravično suđenje.

⁷⁰ *Van de Hurh v. Netherlands*, A.288, 1994.

⁷¹ *Hiro Balani v. Spain*, A.303-B, 1994.

X. v. Federal Republic of Germany, neizostavan je zaključak da je izostanak obrazloženja i u presudama krajnjih instancija odlučivanja također povreda prava na pravično suđenje. No može se, s obzirom na prirodu takve presude, prihvatiti da to obrazloženje ne bude toliko iscrpno kao u presudama nižih instancija. Neizostavnost obrazloženja kao elementa presude ne zahtijeva samo pravo podnošenja žalbe okrivljenika, već i njegovo pravo da zna razloge koji su ga teretili i zbog kojih je osuđen. Također, u tom zahtjevu prava na pravično suđenje ogleđa se i pravo javnosti da zna razloge donošenja presuda u njezino ime.

3.2. Definiranje kaznenog postupka

Kako se članak 6. stavak 1. Konvencije ima primijeniti na građanske i kaznene postupke, Sud je morao izraditi i objasniti kriterije koji čine neki postupak kaznenim. Imajući u vidu sve ono što je bilo rečeno o načinu tumačenja Konvencije u uvodu ovoga poglavlja, primjer ekstenzivnog tumačenja nalazimo i pri određivanju definicije optužnice u slučaju *Deweer* gdje je izrečeno da je koncept termina “criminal charge” autonoman te sukladno tome da ima biti shvaćen “within the meaning of the Convention”.⁷² Sud je u istome slučaju obranio stajalište koje zagovara supstantivnu definiciju optužnice i daje joj prednost nad formalnom.⁷³ Koncept optužnice dan u ovome slučaju kazuje da je riječ o “službenoj obavijesti pojedinca od nadležnog tijela optužbe da je pojedinac počinio kazneno djelo.”⁷⁴ Tako takva optužnica može egzistirati već i u fazi u kojoj su službene osobe pri tužilaštvu ponudile nagodbu. Obavijest iz optužnice ne mora nužno biti verbalna pa se radnje poput pretrage stana i oduzimanje predmeta također prihvaćaju.⁷⁵ Sud u istome predmetu dalje nastavlja

⁷² *Deweer v. Belgium*, A.35, 1980; Key extracts..., *op. cit.*, str. 67-68.

⁷³ Takva pozicija nije oduvijek bila prihvaćena od tijela Konvencije. Naime u slučaju *X. v. Federal Republic of Germany*, 734/60, Komisija je olakšala svoje postupanje prihvativši formalni kriterij po kojem je optužnica takav pojam koji se ima primijeniti samo na osobe optužene za povredu iz redovnog kaznenog zakona. Tako sama činjenica da policija provodi istragu, da se saslušavaju svjedoci, još uvijek ne znači da u datom predmetu postoji optužba. Ako prihvatimo da je klasifikacija po nacionalnom zakonodavstvu odlučujuća, tada dolazimo do neminovne slabosti domašaja primjene članka 6. po kojoj se uvođenjem jednog raspona normi i postupaka koji nisu kazneni sužava ta primjena i ostavlja određen broj osoba bez odgovarajuće pravne zaštite.

⁷⁴ “The official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offense.”

⁷⁵ U slučaju *Foti and Others v. Italy*, A.56, 1982, Sud naglašava da mjere poduzete protiv osobe, da bi se smatralo da je optužnica podignuta, moraju biti takve da sadrže implikacije takvog navoda ili da na sličan način utječu bitno na situaciju u kojoj se nalazi osumnjičena osoba. U mjere će ulaziti pretraga stana i/ili oduzimanje predmeta po slučaju *Eckle v. Federal*

da je važnost definiranja optužnice naglašena samim time što od trenutka davanja obavijesti iz nje započinje primjena članka 6. Konvencije. Ako se takva obavijest da na jeziku koji osoba ne razumije, to neće bit prepreka za egzistiranje optužbe. Preprekom se ne smatra niti situacija u kojoj obavijest do osobe koja se optužuje još nije stigla.

Imajući u vidu slabosti formalnog tumačenja optužnice, u slučaju *Weber v. Switzerland*⁷⁶ Sud je zauzeo stajalište da je shvaćanje optužnice izraženo u nacionalnom zakonodavstvu samo prvi korak procjene Suda. Sud se u svome procjenjivanju mora izdići iznad viđenja koja pružaju nacionalna zakonodavstva te mora ocijeniti proceduralnu stvarnost u svjetlu objekta i svrhe članka 6, dakle u svjetlu zaštite prava obrane. Ali ipak, unatoč tako jakom uporištu *due process* modela pri određivanju pojma "kazneno", ocjena suda ne smije prijeći granice činjeničnog stanja utvrđenog od nacionalnih sudova. Sud se također ne smije upuštati u odabir izvedenih dokaza, niti u ocjenu razmjernosti počinjenog kaznenog djela i kazne kao ni kaznene kvalifikacije pod koju potpada počinjeno djelo. Takvo stajalište direktna je implikacija *criminal control* modela stoga što Sud prihvaća činjenično stanje i njegovo vrednovanje od nacionalnih sudova, a da se ne upušta u dublju konsideraciju postojanja mogućih pogrešaka. Nadalje, Sud ne razmatra postupke protjerivanja ilegalno prisutnih stranaca iz zemlje niti postupke ekstradicije.⁷⁷ Iz sudske prakse proizlazi da cilj takvih postupaka nije utvrđivanje krivnje ili nevinosti s obzirom na počinjenje kaznenoga djela, već postojanje potrebnih razloga za ekstradiciju ili protjerivanje u drugu zemlju. To je još jedno samoograničenje Suda bez daljnjeg utvrđivanja povrede osnovnih prava pojedinca spram kojeg se vodi postupak unatoč tome što takvi postupci imaju i te kako velike implikacije na život pojedinca protiv kojeg se vode.

No vratimo se ekstenzivnom tumačenju proizašlom iz prihvaćanja težnji *due process* modela da se osobi obuhvaćenoj postupkom pruži veća zaštita. Autonomna se interpretacija termina kazneno ne provodi, kako smo vidjeli, bez ikakvih kriterija. Prvi korak jest utvrditi je li riječ o povredama koje potpadaju pod kazneni zakon odnosno disciplinske ili administrativne zakone. U

Republic of Germany, A.51, 1982, zahtjev za ukidanjem imuniteta neke osobe po slučaju *Frau v. Italy*, A-195-E, 1991, sudska potvrda o pečaćenju zgrade po slučaju *Vendittelli v. Italy*, A293-A, 1994. Tzv. koncept "substantially affecting the situation" primijenjen je i u slučaju *Neumeister v. Austria*, A.8, 1968, te *Huber v. Switzerland*, A.188, 1990. U slučaju da je primjena tog koncepta opravdana, njegova je posljedica takvoga dosega da će se članak 6. primjenjivati i retroaktivno u slučaju da je kazneni progon okončan ili da je optužnica odbačena (*X. v. Austria*, 8269/78).

⁷⁶ *Weber v. Switzerland*, A.177, 1990, Gomien, D., Harris, D., & Zwaak, L., *op. cit.*, str. 180-181.

⁷⁷ Vidi slučajeve *X. v. Switzerland*, 9593/81, *Zamir v. United Kingdom*, 9174/80, te *H. v. Spain*, 10227/82.

tome prvome koraku, kada god se radi o povredama iz kaznenoga zakona, tada je neizostavna primjena članka 6. Konvencije unatoč tome što se Sud ne upušta u provjeru valjanosti klasifikacije sukladno objektivnim kriterijima izraženim u kaznenom zakonu.⁷⁸ U ovome trenutku takva provjera nije niti potrebna jer ono čime se bavimo jest iznalaženje kriterija za primjenu članka 6, a kako je značenje kaznene optužbe jednosmjerno, samim time kada ono postoji, smisao je primjene te odredbe zadovoljeno te se Sud ne upušta u ispitivanje primjene daljnjih kriterija članka 6. Priroda povrede kao drugi kriterij, odnosno strogost i priroda sankcije kao treći, dobar su pokazatelj je li riječ o situaciji na koju se primjenjuje članak 6. unatoč tome što se radi o administrativnim ili disciplinskim povredama.⁷⁹

Priroda povrijeđene pravne norme odnosi se na doseg povrijeđene norme i svrhu kaznene sankcije, što spada u sadržaj strasbourškog drugog kriterija. Prva reakcija kada se razmatra doseg određenog pravila jest da ako se ono odnosi samo na određenu skupinu osoba, na zasebnu grupu u društvu, tada se zasigurno radi o stegovnoj normi koja nema karakter generalne obveznosti kao kaznena norma.⁸⁰ No kako u nacionalnim zakonodavstvima postoje ponašanja koja je moguće odrediti kao kažnjiva i za stegovna i kaznena djela te kako se u kaznenome pravu određena kategorija osoba izdvaja u posebnu grupu na koju se primjenjuju zasebne kaznene odredbe (maloljetnici, duševno bolesni, osobe s imunitetom...), doseg pravila iz povrijeđene norme koristan je kriterij koji samo adresira osobu da pripada stegovnome ili kaznenome sustavu, ali nije i jedini koji nužno valja imati na umu. Naime uvjeti općeg dosega norme koja se povrjeđuje i svrhe odvratajuće i kažnjavajuće sankcije moraju kumulativno biti ispunjeni da bi se radilo o povredi kaznenog, a ne administrativnog ili stegovnog karaktera. Razmatrajući doseg pravila prvog dijela drugog kriterija, Sud je iznašao stajalište po kojem ako je norma usmjerena samo na specifičnu grupu, broj članova te grupe nije bitan, već je od presudne važnosti njihov položaj unutar te posebne grupe s obzirom na interese zaštićene pravnim pravilom. Tako se u slučaju *Weber* upitna norma odnosila na stegovne povrede

⁷⁸ Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., *op. cit.*, str. 410.

⁷⁹ Tako proizlazi da se zakonodavstvo država članica Konvencije ne smatra krucijalnim u iznalaženju je li optužba ili cijeli proces kazneni ili ne. U suprotnome, otvorila bi se vrata nacionalnim zakonodavnim tijelima da proglase stegovnima postupke koje primjenjuju za počinjenje određenih kaznenih djela te tako izbjegnu obveze koje proizlaze iz Konvencije. I u slučaju mješovitih povreda koje predstavljaju kazneno i stegovno djelo suverena volja vlastodržavnih tijela nije u ovome slučaju ni od kakvog značenja. Nacionalna je klasifikacija samo točka polazišta sukladno presudi Suda u slučaju *Engel and Others v. Netherlands*, A.22, 1976.

⁸⁰ U slučaju *Eggs v. Switzerland*, 7341/76, radilo se o stegovnim pravilima pripadnika oružanih snaga koja se odnose i koja su nužna za pravilno funkcioniranje vojnih snaga. Kako takva pravila nemaju utjecaja na opće interese društva, stegovna su, a ne kaznena.

svih onih koji su tijesno povezani s funkcijom sudova. Pod izraz “svi oni” potpadale su i stranke postupaka koji su se provodili u nadležnosti sudova. Povreda se dakle odnosila ne samo na suce, državne odvjetnike, odvjetnike, što čini da se norma implicira na cjelokupno stanovništvo Švicarske i time je njezin karakter “kazneni”.⁸¹ Slijedeći takva shvaćanja dolazimo do slučaja *Öztürk* u kojem je Sud rješenje problema je li postupak sadržajno kazneni pokušao pronaći u svrsi sankcije koja se u postupku izriče. Iako su neka lakša kaznena djela u njemačkome pravu dekriminalizirana ako su njihove sankcije zadržale karakter kažnjavanja i odvratanja od ponovnog počinjenja djela, administrativne će se sankcije i dalje tretirati sukladno članku 6. U svome obrazloženju Sud se na tome ne zadržava te nastavlja odbijajući prihvatiti ikoju diferencijaciju između manjih i drugih kaznenih povreda s obzirom na primjenu članka 6.⁸² Državi je zabranjeno odbiti zaštitu iz ovoga članka samo stoga što je ponašanjem počinitelj ostvario *petite offence*. Svatko kome se stavlja na teret počinjenje kaznenoga djela ovlašten je na pristup sudu i na pravično suđenje.⁸³ To ne znači da je zabranjeno klasificirati djela na kojima se krši određena pravna norma na kaznena i na sva ostala. Jednostavno se naglašava da takva klasifikacija ne smije utjecati na primjenu članka 6. kojom bi se počinitelji jedne cijele kategorije djela ostavili bez zaštite.

Priroda i strogost sankcije treći je kriterij, a u većini slučaja i odlučujući, koji ne smijemo zabunom zamijeniti sa svrhom sankcije iz drugog kriterija. Ti su kriteriji alternativni i isključuju jedan drugoga jer ako priroda pravne norme zadovoljava u konkretnom slučaju datost primjene termina “kazneno”, tada se nećemo niti upuštati u razmatranje prirode i strogosti sankcije iz te norme. Opće je stajalište Suda u Strasbourgu da treći kriterij prihvaća zatvaranje za kaznenu sankciju *par excellence* koja upravnome ili stegovnome postupku daje kazneni karakter (slučaj *Wilkinson i Allen*⁸⁴). Pa tako ako je u konkretnom postupku moguće izreći i stegovnu mjeru koja pod svojim imenom krije kaznu dugotrajnog zatvora, tada je karakter takve mjere kazneni, a na postupak se nužno moraju primijeniti uvjeti iz članka 6.⁸⁵ No svako ograničenje slobode

⁸¹ Harris, D., O’Boyle, M. & Warbrick, C., *op. cit.*, str. 170.

⁸² *Öztürk v. Federal Republic of Germany*, A.73, 1984, Lawson, R. A. & Schermers, H. G., *op. cit.*, str. 145-155.

⁸³ O tome više vidi slučaj *Adolf v. Federal Republic of German*, A.49, 1982, i slučaj *Öztürk*.

⁸⁴ Iako je postupak protiv okrivljenika vođen pred vojnim sudom za vojna stegovna djela, samim time što je Wilkinsonu prijetele zatvorska kazna od dvije godine te time što je Allenu izrečena kazna zatvora od šest mjeseci, Sud se u Strasbourgu smatrao nadležnim da se upusti u razmatranje slučaja jer je postupak protiv tih dvaju okrivljenika kazneni, a ne stegovni. *Wilkinson & Allen v. United Kingdom*, A.31145/96 i A.35580/97, 6.2.2001.

⁸⁵ No Sud je u slučaju *Engel* odbio smatrati kaznenim lišavanje slobode za zatvaranje u trajanju od dva dana strogog zatvora jer takvo zatvaranje nije imalo određenu težinu i ne može

nije ujedno i lišavanje, pa tako sama činjenica da su neki vojnici u istome postupku bili ograničenog kretanja jer nisu smjeli napustiti određena mjesta, dakle nisu bili "pod ključem", nije sankciji koja se na njih primjenjivala davalo kazneni karakter. Nadalje, da bi takav karakter sankcije bio ostvaren, samo lišavanje mora imati punitivnu svrhu. Drugim riječima, ovdje su izuzeta zatvaranja duševno bolesnih osoba, pritvaranja stranaca koji se imaju deportirati ili izručiti. Situacija se komplicira kada je riječ o stegovnim mjerama protiv zatvorenika, dakle protiv već zatvorenih osoba. Odgovor nije tako jednostavan jer je s jedne strane sasvim očito da je riječ o pravima osoba koje su lišene slobode te da to lišavanje ima neizostavno punitivni karakter, ali s druge je opet izdržavanje kazne zatvora primjena kaznene sankcije koja je izrečena pravomoćnom presudom nakon provedenog kaznenog postupka u kojem su imali biti ispunjeni svi zahtjevi iz članka 6. U slučaju *Kiss v. United Kingdom*⁸⁶ Komisija je zauzela stajalište da nema primjene toga članka na stegovne postupke protiv zatvorenika ako su sankcije koje iz tih postupaka mogu uslijediti takve da sprečavaju smanjenje kazne zatvora.⁸⁷ No Sud se odmakao od takvog shvaćanja u slučaju *Campbell i Fell* smatrajući da takvi stegovni postupci samim time što diraju u smanjenje kazne zatvora supstantivno utječu na položaj osobe protiv koje se vode i pogađaju njezino opravdano očekivanje da će joj lišenje slobode biti

se stoga smatrati kaznenom sankcijom. Isto je Sud ponovio i u slučaju *Eggs* koji se također tiče vojne discipline, a radilo se o kazni od 5 dana strogog zatvora koja nije po svojoj težini i s obzirom na uvjete u instituciji u kojoj se izdržavala dostatna da bi se smatrala kaznenom. Mislimo da je razmatranje uvjeta prisutnih u instituciji u kojoj se kazna zatvora izdržava problematično kao kriterij ne samo stoga što je porozan i neobjektivan, jer je teško, ako ne i nemoguće, definirati kakva to institucija mora ili ne mora biti da bi se lišavanje slobode smatralo kaznenom sankcijom. Razlog problematičnosti posezanja za takvim kriterijem nalazimo i u tome što je Sud zanemario prirodu kaznene sankcije koja je apstraktno biće u kaznenome pravu pa će se tako izdržavanje kazne zatvora u penalnoj instituciji zatvorenog tipa jednako smatrati kaznom zatvora kao i izdržavanje u instituciji otvorenog i poluotvorenog tipa. Sud također zanemaruje nepobitnu činjenicu da je svako lišavanje slobode težak atak na osnovna prava pojedinca i da posljedice tog lišavanja nisu ništa manje ako se izreknu u stegovnome postupku no u kaznenome. I dalje se radi o slobodi osobe, odnosno o njenom ograničenju. Sama bit prava i dalje je nepromijenjena i zahtijeva jednaku zaštitu neovisno o postupku kojim se ta sloboda ograničava. Rezoniranje koje odbija sankciju strogog zatvora proglasiti kaznenom u sebi krije nedosljednost jer je suprotno stavu koji je Sud izrazio u svezi s pritvorom podnositelja tužbe *De Wit, Done i Schula*. Sud uopće nije razmatrao trajanje stvarno izrečene kazne, već njezin maksimalni iznos koji prijeti stranci protiv koje se postupak vodi. Takva visina sankcije je dovoljna da bi sankcija bila kaznena, pa i onda kada je izricanje maksimalne kazne toliko rijetko da je gotovo zanemarivo.

⁸⁶ *Kiss v. United Kingdom*, 6224/73.

⁸⁷ Odbijanje Komisije da primijeni članak 6. na stegovne postupke protiv zatvorenika nalazimo i u slučaju *X. v. Švicarska*, 7754/77, kada je i zauzela stav da je sankcija izricanja samice stegovnoga karaktera jer njena priroda nije tolike težine, nije toliko stroga za nekoga tko je već lišen slobode.

umanjeno.⁸⁸ Određena nedosljednost i slobodni smo reći proturječnost zamijećena je i pri tretiranju prirode i strogosti novčanih kazni. Tako je Sud donoseći odluku o slučaju *Weber* koji se ticao kazne od 500 švicarskih franaka za povredu tajnosti istrage, a koja je mogla biti pretvorena u zatvorsku kaznu, iznašao da je kazna “sufficiently important to warrant classifying the offence as a criminal one under the Convention.”⁸⁹ Unatoč tome, Sud je u presudi slučaja *Ravnsborg v. Sweden* četiri godine poslije (presuda je donesena 23. 3. 1994), dakle u relativno kratkom vremenu, zauzeo suprotno stajalište i odbio sankciju od 1.000 kruna, koja se može pretvoriti u kaznu zatvora od najmanje 14 dana, uzeti za kaznenu.⁹⁰ Suprotno, novčana je kazna od 200 austrijskih šilinga, odnosno u slučaju neplaćanja 24 sata zatvorske kazne, prošla test strogosti u slučaju *Schmautzer* samo godinu dana poslije (presuda je donesena 23. 10. 1995) da bi Sud sam sebi “skočio u usta” i pozivajući se na slučaj *Ravnsborg* zanijekao karakter kaznenoga sankciji od 20.000 austrijskih šilinga, odnosno 10 dana kazne zatvora u slučaju *Putz*.⁹¹ Takva nekonzistentnost zabrinjava jer kako vidimo riječ je o relativno kratkim vremenskim razmacima u kojima Sud mijenja svoja stajališta pa je nemoguće reći da je ta promjena prouzročena pomacima u shvaćanju pogibeljnosti novčane kazne odnosno supletornog zatvora.

Ima li se u vidu sve rečeno, posebice dio kriterija koji se odnosi na manja djela, nameće se očigledno prihvaćanje i implementacija *due process* modela od strane Suda. Pa ipak, unatoč tome Sud je sebe proglasio nenadležnim za prosuđivanje predmeta u kojima se raspravljalo o ovlastima policijskih službenika da provode uhićenja u stegovnim postupcima. Ne postoje daljnja razmatranja niti konkretni stavovi o tome kada se uhićenje prihvaća za preventivnu mjeru kao i o tome jesu li pravila ponašanja policijskih službenika dosljedno stroga ili u sebi sadrže dozu diskrecijskih ovlaštenja. Posredno, ako bismo oduzimanje slobode u obliku pritvora prihvatili kao dopušteno čak i u stegovnim postupcima, prihvatili bismo i *crime control* model.

3.3. Primjenjuju li se garancije iz članka 6. stavka 1. na cijeli kazneni postupak ili samo na njegov dio?

Jedno od pitanja na koje se zahtijevao precizan odgovor Suda u Strasbourgu bilo je i pitanje primjenjuje li se članak 6. na cijeli kazneni postupak ili samo

⁸⁸ *Campbell and Fell v. United Kingdom*, A.80, 1984, Harris, D., O’Boyle, M. & Warbrick, C., *op. cit.*, str. 168-169.

⁸⁹ Key extracts..., *op. cit.*, str. 69.

⁹⁰ *Ravnsborg v. Sweden*, A.283-B, 1994, Gomien, D., Harris, D., & Zwaak, L., *op. cit.*, str. 181.

⁹¹ *Schmautzer v. Austria*, A.328-A, 1995; *Putz v. Austria*, 22nd of February 1996, HUDOC Reference: REF00000567, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 15.3.2003.

na jedan njegov dio, etapu. Sud je o tome zauzeo stajalište koje pravi razliku između procesnih garancija s obzirom na njihovu prirodu i zaključio da se određene garancije moraju tretirati kao trajno primjenjive, na primjer pravo na pravično suđenje. Takvo shvaćanje Suda direktan je odraz zahtjeva *due process* modela. Sud nije toliko zahtjevan kada je u pitanju pravo na *informiranje* jer, kako naglašava, to pravo treba posebice biti primjereno u fazi istrage.⁹² Dopušta se da se neke od garancija i ne primijene za vrijeme suđenja ako su one bile primijenjene u fazi koja je prethodila suđenju.⁹³ Tako se načelno i svjedoci ispituju na glavnoj raspravi, no u slučaju njihove smrti, ili nemogućnosti pristupa sudu, pročitat će se njihovo svjedočenje dano u istrazi. Slučaj *Findlay* naglašava kako se sve vrijeme suđenje mora provoditi u skladu s člankom 6, pa i kada je riječ o predmetu za koji postupak provodi vojni sud, s time da se odlučuje o Findlayjevoj žalbi čiji se sadržaj odnosi na razloge da se protiv njega odustane od svih optužbi.⁹⁴ Ovdje je bitan element sadržaj žalbe, njegova direktna vezanost uz odluku o krivnji osobe⁹⁵ koja je detaljnije razmotrena u slučaju *Delcourt* koji daje izravan odgovor je li članak 6. primjenljiv i na žalbeni postupak.⁹⁶ Tako je ponovno prihvaćeno šire tumačenje članka 6. stavka 1, čija je osnova pravilo da se optužba treba smatrati neutvrđenom sve do trenutka konačnosti oslobađajuće ili osuđujuće presude. Ova problematika može se sagledati i u svjetlu prava na pristup apelacijskom sudu. Predmetni članak ne postavlja obvezu državama potpisnicama Konvencije da osnuju apelacijske ili kasacijske sudove jer pravo na pristup takvim sudovima nije izričito navedeno. No unatoč

⁹² Tako niti jedna državna službena osoba nije u poziciji davati javne izjave iz kojih bi proizlazilo da je osoba protiv koje je pokrenut postupak proglašena krivom.

⁹³ U slučaju *Albert and La Comte v. Belgium*, A.58, 1983, Sud je s obzirom na dopustivost neprimjenjivanja garancija iz članka 6. zaključio i obrnuto. U slučaju da u postupku određenog tijela nisu ispunjene garancije iz ovoga članka, takvo postupanje bit će dopustivo ako je odluka toga istoga tijela podložna kontroli sudskoga tijela pune jurisdikcije koje pruža garancije iz članka 6. Tako slučajevi *Bendenoun*, A.284, 1994, i *Hennings*, A.251-A, 1992, upućuju na dopustivost utvrđivanja krivnje osobe od strane administrativnog tijela (uprave prihoda) ili državnog odvjetnika pod uvjetom da je na takvu odluku moguće uložiti žalbu sudu s punom nadležnošću. *De Cubber*, A.86, 1984, slučaj nastavlja da neovisno o tome je li moguća žalba na odluku tijela koje je i u materijalnom i u formalnom smislu sudsko tijelo, a u čijoj je nadležnosti odlučivanje u kaznenim i građanskim stvarima koja se takvima smatraju, sukladno Konvenciji i nacionalnome pravu, takvo tijelo uvijek mora odlučivati u postupku u kojem se primjenjuju garancije iz članka 6.

⁹⁴ *Findlay v. United Kingdom*, 25th of February 1997, HUDOC Reference: REF00000602, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 15.3.2003.

⁹⁵ Tako se i predmeti u čijim se postupcima donosi odluka o uvjetnom otpustu, amnestiji, ublažavanju kazne neće smatrati zaštićenima garancijama iz članka 6. jer takvo odlučivanje ne dira u odluku o krivnji koja je *res judicata*. Vidi tako slučajeve *X. v. United Kingdom*, 4036/69, i *X. v. Austria*, 1760/63;

⁹⁶ Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., *op. cit.*, str. 422-424.

tome, *mutatis mutandis*, ako takvi sudovi djeluju i u okviru svoje nadležnosti ispituju žalbe na čije podnošenje stranke imaju pravo, država mora osigurati da svi građani uživaju garancije iz članka 6.⁹⁷ U suprotnome, postoji velika mogućnost da država izbjegne svoje obveze iz Konvencije, što bi rezultiralo u nepopravljivim posljedicama. Ključni razlog primjene članka 6. Sud iznalazi u nadležnosti žalbenog suda da postupa u fazi “punog odlučivanja”. Tako nema primjene članka 6. kada se radi o odlučivanju ustavnoga suda u povodu ustavnosti prethodne sudske odluke (slučaj *Sramek*⁹⁸). Takav stav Suda ublažen je u slučaju *Ruiz–Mateos* kada će iznimno ovaj članak biti primjenjiv ako postoji tijesna veza između predmeta postupka pred ustavnim sudom i predmeta postupka koji je doveo do podnošenja predmeta ustavnome sudu.⁹⁹

3.4. Pravo na pristup sudu

Prihvatanjem veće zaštite okrivljenika garancijama iz članka 6 za sve vrijeme postupka koji se vodi pred sudskim tijelom pune jurisdikcije, pa i u slučajevima kada se odlučuje o žalbi okrivljenika, *due process* model direktno je infiltriran u judikaturu Europskog suda za ljudska prava. No unatoč takvom postavljanju pravila i širem tumačenju prava na pristup sudu, Sud se povukao i učinio rezervu u pogledu apsolutnosti toga prava. Naime pravo na pristup sudu, o kojem i ovisi hoće li uopće doći do primjene spomenutih garancija, nije apsolutno pravo. Imajući u vidu da to pravo “by its very nature calls for regulation, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals... In laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation.”¹⁰⁰ Država ipak nije slobodna u nametanju restrikcija na ovo pravo jer, kao prvo, ona je dužna neprimjenjivati ograničenja takvog dosega koja bi bita suprotna samoj biti toga prava. A i tada kada se ograničenje prihvati, ono mora biti u skladu s takozvanim testom proporcionalnosti/*proportionality test*, koji se često primjenjuje kada se ispituje ili,

⁹⁷ Uporište takvog shvaćanja Sud je iskazao u presudi slučaja *Golder*, A.18, 21.2.1975, kada je razjasnio nedoumice o tome postoje li prava iz članka 6. stavka 1. samo onda kada nacionalna zakonodavstva omogućuju vođenje sudskog postupka ili se pravo na sudski postupak podrazumijeva. Imajući u vidu dva univerzalno prihvaćena načela, prvo po kojem se građanska tužba ima podnositi sudu, i drugo međunarodno načelo po kojem je zabranjeno odreći se vođenja sudskoga postupka, Sud je zaključio da je pravo pristupa sudu ovisno o tome je li država omogućila provođenje sudskog postupka za dati slučaj. *Summa summarum*, “The right of access is one of the aspects of the “right to a court”. Jednostavno rečeno, prava pristupa sudu nema ako nema sudova kojima bi se pristupilo.

⁹⁸ *Sramek v. Austria*, A.84, 1984.

⁹⁹ *Ruiz–Mateos v. Spain*, A.262, 1993.

¹⁰⁰ *Ashingdane v. United Kingdom*, A.93, 28 May 1985.

još bolje, važe opravdanost i težina ograničenja osnovnih ljudskih prava. Ograničenje jednoga osnovnoga prava mora biti propisano zakonom, mora slijediti legitiman cilj, pri čemu mora biti razumna proporcionalnost između cilja koji se želi postići i sredstava koja su za postizanje toga cilja primijenjena.¹⁰¹

Unatoč svemu što je rečeno, drastičan prihvrat *crime control* elemenata prilikom ograničenja prava na pristup sudu Sud je u Strasbourgu prihvatio u slučaju *Klass*. Sporni je zakon ograničavao pravo na privatnost osobe i tajnost njezinih podataka dajući mogućnost prisluškivanja i miješanja u dopisivanje iz sigurnosnih razloga. Takav zakon nije predviđao redovnu žalbu upućenu sudskome tijelu, već je predao u nadležnost parlamentarnom odboru vršenje nadzora. Da bi sud ustvrdio je li došlo do povrede prava pristupa sudu, učinio je u svojim razmatranjima distinkciju između dviju faza, i to prve u kojoj se mjera primjenjivala bez znanja osobe, i druge u kojoj više nije bilo razloga za tajnost jer je mjera već bila okončana. Sud je ustvrdio da samim time što mjere koje se vode protiv osobe imaju biti izvedene u tajnosti, te da za njih ta osoba ne zna, odluka koja osobu stavlja pod takav nadzor ne može biti pod sudskom kontrolom na inicijativu osobe. Nakon provođenja mjere i obavještanja osobe od strane državnog tijela o nadzoru, osobi moraju biti na raspolaganju učinkoviti pravni lijekovi koji nužno ne moraju obuhvaćati i upućivanje žalbe redovnome sudu.¹⁰² Sud je očito dao prednost zadovoljenju težnje *crime control* modela da se nadzorom provodi učinkovita sigurnosna kontrola radi zaštite društva, a samim time i temeljnih vrijednosti koje proklamira i sama Konvencija.

3.5. Javnost suđenja

Članak 6. prepoznaje pravo na javno suđenje kao jedno od postulata demokratskog društva. Imati javno suđenje sukladno *due process* modelu ne znači samo imati velik raspon individualne zaštite već i ostvariti mogućnost davanja uvida javnosti u sudsku zaštitu pravde. Iako *criminal control* model zahtijeva mogućnost isključenja javnosti sa suđenja ne samo da bi se zaštitio privatni život stranaka, maloljetnika, već i kada po mišljenju suda javnost može nanijeti štetu suđenju iz unaprijed stvorenog predrasudnog mišljenja te kad nacionalna sigurnost ili javni poredak zahtijeva takvo isključenje. Pitanje ne dovodi u sumnju isključenje javnosti i medija, već postavlja upitnik na mogućnost odricanja prava na javno suđenje. *Le Compte* i drugi misle da stranke imaju neograničeno

¹⁰¹ *Ashingdane v. United Kingdom*, A.93, 28 May 1985, *Lithgow and Others v. United Kingdom*, A.102, 1986, i *Fayed v. United Kingdom*, A.294-B, 1994.

¹⁰² *Klass and Others v. Germany*, A.28, 1978, Lawson, R. A. & Schermers, H. G., *op. cit.*, str. 54-69.

pravo učiniti takvo odreknuće, a to odricanje ne pretpostavlja i odricanje od saslušanja u sudnici. Također, pitanje treba li osoba biti osobno saslušana nema nikakvog doticaja s pravom na javno suđenje. Ne postoji nikakav način da se javnost isključi pri proglašenju diktuma, pa i onda kada *dictum* sadrži ništa više doli tvrdnju da je žalba odbačena ili da je slučaj vraćen sudu prvoga stupnja.

3.6. Neovisan i nepristran sud

Prije no što se upustimo u raspravljanje o neovisnom i nepristranom suđenju, moramo dati odgovor na pitanje što se sve smatra pod terminom suda. *Campbell* i *Fell* te slučaj *Sramek* naglašavaju da nije nužno da sud bude “a court of law of the classic kind, integrated with a standard judicial machinery of the country.” Sud nije ostvaren ako izostaju njegove ovlasti da prosuđuje slučajeve na osnovi pravnih pravila slijedeći proceduru koja se provodi na propisani način i ako nema ovlast zanemariti odluke nižih tijela o pravnim pitanjima i pitanjima utvrđenih činjenica.¹⁰³ Sukladno mišljenu Suda u slučaju *Belilos v. Switzerland*, sam pojam suda u sebi implicira i niz ostalih zahtjeva, kao što su neovisnost i nepristranost suda, vrijeme trajanja mandata članova toga suda, garancije primjenjive u postupku koji sud provodi...¹⁰⁴ U svojim odlukama Sud u Strasbourgu često ne pravi razliku između neovisnosti i nepristranosti suda.¹⁰⁵ Nisu povučeni jasni kriteriji jer se ta dva pojma često poistovjećuju. Zaboravlja se da je sudsko tijelo neovisno u svom odnosu spram tijela vlasti,¹⁰⁶ dok se pojam nepristranost odnosi na odnos sudaca spram stranaka. Sud je neovisan jedino ako ima mogućnost djelovanja bez postavljanja ikakvih ograničenja od izvršne vlasti. Svoje odluke mora donositi na osnovi vlastitog slobodnog mišljenja o činjenicama i pravu koje se na te činjenice primjenjuje. Ako ne postoje osnove kojima se ostvaruju i zadržavaju garancije za takvu vrstu djelovanja bez vanjskih pritisaka, tada ne možemo govoriti o neovisnom sudu, dakle niti o sudskome tijelu. To ne znači da suci moraju biti imenovani doživotno, radije da ne smiju

¹⁰³ Slučajevi *Schmautzer*, A.328-A, 1995 i *Pfarrmeier*, A.329-C, 1995.

¹⁰⁴ *Belilos v. Switzerland*, A.132, 1988, Key extracts..., *op. cit.*, 1999, str. 74.

¹⁰⁵ Vidi slučaj *Reingeinsen v. Austria*, A.13, 1971, u kojem je odlučeno da je Regionalna komisija bila neovisna o izvršnoj vlasti i o stranama u postupku. Harris, D., O’Boyle, M. & Warbrick, C., *op. cit.*, str. 237.

¹⁰⁶ Test po kojem se prosuđuje nezavisnost sudskoga tijela Sud je u Strasbourgu potvrdio u slučaju od 25.9.2001. *Ari v. Turkey*, pa tako “The Court reiterates that in order to establish whether a tribunal can be considered “independent” for the purposes of Article 6 § 1, regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence.”

biti opozvani ovisno o samoj volji vlasti ili na neprikladnim osnovama.¹⁰⁷ Daljnji je zahtjev za nezavisnošću suda nešto što bi se moglo nazvati zahtjevom da “body presents an appearance of independence“ (slučaj *Delcourt* i slučaj *Bryant*¹⁰⁸). Bitan je dakle i vanjski dojam koji ostavlja tijelo u svezi sa svojom neovisnošću da bi se smatralo sudom.

Sud u Strasbourgu postavio je dvije vrste testa za ocjenjivanja pristranosti sudaca odlučujući se za subjektivni i objektivni pristup nepristranosti.¹⁰⁹ Subjektivni test polazi od pretpostavke da su suci samo ljudi te da se na njih ponekad može lako utjecati ovisno o njihovim stavovima, odnosima s jednom od stranaka, njihovim osobnim uvjerenjima... Ta je vrsta neovisnosti *presumptio iuris* jer se pretpostavlja sve dok se ne dokaže suprotno. Dokazati da je sudac pristran više je no teško, kao što se to vidi u slučaju *Fey*.¹¹⁰ Dokazati motiviranosti suca pri donošenju odluke ili i pri vođenju samoga suđenja gotovo je Sizifov posao sve dok opterećenost predrasudama suca ne postane toliko jasna da ju je nemoguće ne dovesti u svezu s njegovim odlukama. Sukladno objektivnom testu manji je prag zahtjevnosti te se kao osnova za podizanje sumnje u nepristranost suda ili nekog njegova člana uzima sastav suda, njegova organizacija ili kumulacija ili poklapanje funkcija jednog od članova suda. Strah od pristranosti ne može se opravdati samo činjenicom da je sudac odigrao ulogu u prethodnoj fazi postupka. Stav samoga optuženog tu nije od ključne važnosti jer strah od pristranosti mora biti opravdan (*Padovani*). U slučaju *Fey* Sud je odbacio sumnju u osobnu nepristranost sutkinje Kohlegger nastalu zbog njezine prethodne angažiranosti u slučaju jer ona nije bila u poziciji da zauzme ikoji čvrst stav o krivnji optuženog. U slučaju *Padovani* postignut je isti zaključak.¹¹¹ Iako je moguće kritizirati kumulaciju funkcija u dužnostima pretora, u ovom pojedinačnome slučaju sudac nije toliko bio uključen, nije se koristio punim dosegom vlastitih ovlasti. No, za razliku, u slučaju *Tierce and others v. Republica San Marino*, Sud je, nakon što je ispitao dvostruke uloge *commissaria della legge* u njihovoj punoj ovlasti (djelovao je kao istražni i kao raspravni sudac), došao do zaključka da je sumnja u nepristranost toga dužnosnika suda objektivno opravdana.¹¹²

¹⁰⁷ Slučaj *Reingeinsen i Le Compte, Van Leuven i De Meyere v. Belgium*, A.43 iz 1981.

¹⁰⁸ *Bryant*, A.335-A, 1995, Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., *op. cit.*, str. 451-452.

¹⁰⁹ Tako u slučaju *Saraiva de Carvalho v. Portugal*, A.286-B, 1994: “The existence of impartiality for the purpose of Article 6, paragraph 1, must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.”

¹¹⁰ *Fey v. Austria*, A.255-A, 1993.

¹¹¹ *Padovani v. Italy*, A.257-B, 1993.

¹¹² *Tierce and others v. Republica San Marino*, A.24954/94, A.24971/94 i A.24972/94, 25th July 2000, HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 29.3.2003.

Mješovita sudišta podižu daljnje sumnje. Može li sud biti uistinu nepristran ako pri njemu sude i nekvalificirani suci? Ova je situacija bila potanko razmotrena u slučaju *Le Compte*. Područno vijeće bilo je naime sastavljeno od velikog broja osoba koje su bile izabrane od članova profesionalne udruge, dok je Prizivno vijeće bilo sastavljeno u omjeru 50% naspram 50% od medicinskih specijalista i sudaca. Predsjednik takvoga tijela po zanimanju bio je sudac. Sud je u Strasbourgu unatoč takvome sastavu tijela ne samo prihvatio da je riječ o sudu već je prihvatio i rezoniranje po kojem sumnje u nepristranost toga tijela nema jer je nužno da se nepristranost suda pretpostavlja sve dok se ne dokaže suprotno.¹¹³ Situacija s obzirom na kompliciranost dobiva na težini kada se pod lupu stavlja nepristranost vojnih sudova, posebice ako je riječ o slučajevima u kojima vojni sud mora donijeti odluku o obvezatnom služenju vojne službe osobe o čijim se pravima odlučuje. U slučaju *Mr. Findlayja* sud je raspravljao ne o objektivnoj nepristranosti, kao što je to bilo u prijašnjem slučaju, već o subjektivnoj – zapovjednik koji je sazvaio vojni sud ista je osoba čija je ratifikacija potrebna da bi odluka tog suda postala efektivna, a ujedno on je i direktno nadređeni zapovjednik članovima suda. To je jedna od rijetkih situacija u kojima je Sud imao olakšani zadatak dokazati subjektivnu nepristranost tako što je s obzirom na sastav i uloge suda, dakle preko elemenata koji se uzimaju u obzir prilikom primjene objektivnog testa, došao do zaključka o pristranosti.

Pitanja neovisnosti i nepristranosti suda teško da bi bila i dotaknuta u *criminal control* modelu. Glavna svrha i cilj toga modela jest efikasnost suda pa možemo očekivati zagovaranja stajališta da je sastav mješovitih sudova ili vojnih sudova više no pohvalan jer su ti suci najbolje informirani te posjeduju posebno znanje vezano uz ponašanje počinitelja. Model bi, čak i u slučaju kada bi se dokazala nepristranost, odbio poništiti presudu ako je krivnja počinitelja zadovoljavajuće dokazana. Pravni bi lijek bio više no jednostavan – stegovni postupak i primjena sankcije spram službene osobe koja je počinila prijestup pristranog djelovanja.¹¹⁴

¹¹³ Key extracts..., *op. cit.*, str. 75-76.

¹¹⁴ Nespremnost na žešća sankcioniranja službenih osoba nameće se kao pravilo i kada je riječ o nezakonitim radnjama tih osoba pri izvođenju dokaza jer po Beloofu "suppression of unlawfully obtained, but relevant, evidences is very inefficient, so the *Crime Control Model* rejects it." Takvo stajalište više je nego nužno jer je poželjno da policija i državno odvjetništvo agresivno progone počinitelje. No ne smijemo pasti u zabludu i smatrati da taj model zatvara jedno oko kada je riječ o tzv. "police misconduct" tako da odbacuje disciplinsku, civilnu pa i kaznenu odgovornost tih sudionika kaznenog postupka. Po Roachu ono što se odbacuje jest: "...allowing criminal to go free because the constable has blundered. In this respect, the *Crime Control Model* embraces Dicey's idea that the rule of law is based on the ability to impose the ordinary law on state officials." Roach, K., Four Models of the Criminal Process, *Journal of Criminal Law and Criminology*, winter 1999, str. 4.

4. ZAVRŠNI KOMENTARI

Dilema da li se koristiti i s koliko elemenata *due process* ili *crime control* modela riješena je, nadamo se, barem djelomično praksom Europskog suda za ljudska prava. Konačni odgovor nije moguće doseći ne samo stoga što su različiti pravni sustavi važeći u zemljama koje prihvaćaju nadležnost Suda već i zbog postojanja povijesnih diferencijacija i različitih teorijskih stajališta. Tako se ne može poreći niti zanemariti činjenica da se, na primjer, u Velikoj Britaniji zbog duge tradicije *Habeas Corpus Act* odabir elemenata tih dvaju modela ne smatra problematičnim, što je suprotno onom što nalazimo u Njemačkoj.¹¹⁵ Osim toga, kako je i sam Sud iskazao u slučaju *Kress v. France*, Konvencija je živ instrument koji treba tumačiti u svjetlu trenutno postojećih uvjeta i ideja koje prevladavaju u nacionalnim državama. Te ideje i uvjeti podložni su promjeni pa je više no otežano konačno, definitivno odabrati između elemenata *crime control* i *due process* modela. Suočeni s takvom dilemom, ipak ne smijemo smetnuti s uma da je potrebno poduzeti visoke mjere opreza. Pa iako se ciljevi *crime control* modela čine prihvatljivima, pa ako i ne primamljivima, prihvaćajući njihovo ostvarenje kroz taj model prihvaćamo i mač s dvije oštrice jer je tada više no jednostavno upasti u nijekanje i zanemarivanje pa, slobodni smo reći, i žrtvovanje temeljnih ljudskih prava. Takva situacija sukladno načelima pravne države nikako ne može biti opravdana, pa ni stremljenjima k smanjenju stope kriminaliteta i povećanju sigurnosti i slobode života u nekoj zajednici. Žrtvovati pojedinca za dobrobit kolektiva dovodi nas do legaliziranja nesigurnosti Kafkinih procesa u kaznenim stvarima. Okrivljeni mora biti svjestan svog vlastitog položaja znajući za svoja prava stranke u kaznenome postupku i pravna sredstva koja mu stoje na raspolaganju u slučaju da se ta njegova prava prekrše. Nije prihvatljivo tolerirati ostvarenje nikogjeg višeg cilja ako bi to dovelo do zanemarivanja dostojanstva i osobnosti pojedinca, posebice u kaznenome postupku. Jer ako se dublje zadubimo u ovu problematiku, ne može se poreći da je *due process* model zapravo u ulozi i funkciji *crime control*/kontrola kriminala.

¹¹⁵ Kuk Cho drži kako njemački pravni sustav nije iznimka s obzirom na pravne sustave drugih zemalja kada se uzme da se još uvijek traži zadovoljavajući ekvilibrij između *crime control* i *due process* modela. No imajući u vidu predanost u traženju činjenične istine, veliko povjerenje dano službenim osobama čije su ovlasti određene zakonom, visoke ovlasti policije u utvrđivanju činjenica, Cho zaključuje da se njemački kazneni postupak priklonilo *crime control* modelu. Cho, K., Procedural Weakness of German Criminal Justice and its Unique Exclusionary Rules Based on the Right of Personality, Temple International and Comparative Law Journal, Spring 2001.

LITERATURA

1. Ajduković, M., Psiholgijski aspekti donošenja odluka u kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 2, br. 2/1995.
2. Beloof, D. E., The Third Model of Criminal Process: the Victim Participation Model, Utah Law Review Society, 1999.
3. Black's Law Dictionary, West Publishing Co., St Paul Mn, 1992.
4. Bodiroga-Vukobrat, N. & Barić, S., Povelja temeljnih ljudskih prava Europske unije s komentarom, Organizator, Zagreb, 2002.
5. Bond, E. J. & Kunsch, K., A State Supreme Court in Transition, Seattle University Law Review, Winter 2002.
6. Bronitt, S., Entrapment, Human Rights and Criminal Justice: A Licence to Deviate?, Hong Kong Law Journal, 1999.
7. Cho, K., Procedural Weakness of German Criminal Justice and its Unique Exclusionary Rules Based on the Right of Personality, Temple International and Comparative Law Journal, Spring 2001.
8. Cho K., Reconstruction of the English Criminal Justice System and its Reinvigorated Exclusionary Rules, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, May 1999.
9. Finkel, N. J., When Principles Colide in Hard Cases, Psychology, Public Policy, and Law, September 2001.
10. Fleissner, J. P., Constitutional Criminal Procedure: A Two Year Survey, Mercer Law Review, Summer 1999.
11. Gomien, D., Harris, D., & Zwaak, L., Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, 1996.
12. Griffin, L., The Corection of Wrongful Convictions: A Comparative Perspective, American University International Law Review, 2001.
13. Harris, D., O'Boyle, M. & Warbrick, C., Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, 1995.
14. HUDOC baza podataka, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>, posljednji put posjećeno 5.4.2003.
15. Key extracts from a selection of judgements of the European Court for Human Rights and decisions and reports of the European Commission of Human Rights, Council of Europe, Directorate of Human Rights, 1999.
16. Konjić, Z., Trajanje kaznenog postupka i pravo na suđenje bez zakašnjenja u Republici Hrvatskoj, Zagreb, 2000.
17. Krapac, D., Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, Informator, Zagreb, 2000.
18. Lawson, R. A. & Schermers, H. G., Leading Cases of the European Court of Human Rights, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1999.
19. Lloyd-Bostock, S., Decline if the "Little Parliament": Juries and Jury Reform in England and Walles, Law and Contemporary Problems, Spring 1999.
20. Packer, L. H., Two Models of the Criminal Process, University of Pennsylvania Law Review, November 1964.
21. Perron, A. B., The Crime Control and Due Process Models, <http://www.defenseinvestigator.com/article10.html>, posljednji put posjećeno 17. siječnja 2003.
22. Roach, K., Four Models of the Criminal Process, Journal of Criminal Law and Criminology, Winter 1999.
23. Tabaković, Đ., Grozdanić, V., Sušanj, Z., Povezanost osobina ličnosti s izborom kaznenih sankcija, Godišnjak za psihologiju, Sveučilište u Rijeci, 1993.

24. Ustav Republike Hrvatske
25. Ustav Sjedinjenih Američkih Država
26. Uzelac, A., Hrvatsko procesno pravo i jamstvo parničnog postupka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, suppl., 1998.
27. Vajić, N., Duljina sudskog postupka u Hrvatskoj i praksa Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 51/5, 2000.
28. Van Dijk, P. & Van Hoof, A.W., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, third edition, Hague, London, Boston, 1998.
29. Weisberg, R., Foreword: A New Agenda for Criminal Procedure, Buffalo Criminal Law Review, 1999.
30. Weisberg, R., A New Legal Realism for Criminal Procedure, Buffalo Law Review, Spring Summer 2001.
31. Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, 18/97.

Summary

ELEMENTS OF CRIME CONTROL AND DUE PROCESS MODELS IN DECISIONS
MADE BY THE BODIES OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION
OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS WITH REGARD
TO ARTICLE 6 PARAGRAPH 1 OF THE EUROPEAN CONVENTION
FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

When the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms came into effect in the Republic of Croatia, a completely new and complex legal concept "crept into" our legal system. This concept arose from obligatory interpretations by the bodies of the Convention. Although the models of crime control and due process are products of common law countries, through practises of the Court and previously, of the Commission, they have had an impact on the criminal procedures of the countries signatories of the civil law system. For this reason, this paper defines these two models and states their basic characteristics. An in-depth analysis deals with the presence of elements of these models in the practices of the Convention bodies related to Article 6 paragraph 1 of the Convention, i.e. the right to a fair trial. Special emphasis is placed on the contradictoriness of certain decisions, the lack of harmonisation and the inconsistency of the statement of reasons in the decision. The paper also discusses the problem of defining criminal procedure, the problem of applying Article 6 with regard to the right of access to the court, a public trial and to an unbiased and independent court. The final chapter offers concluding observations on the main topics of this paper.

108. str. prazna