

ČLANCI I PRILOZI

Mr. sc. Marina Carić*

ZABRANA UTEMELJENJA SUDSKIH ODLUKA NA NEZAKONITIM DOKAZIMA

Nakon uvodne napomene o pojmu nezakonitih dokaza u kaznenom postupku kao jednom od najspornijih, autorica u svojem članku analizira njegove sastavnice, opisuje vrste nezakonitih dokaza te raspravlja o pravnim učincima povrede zabrane uporabe nezakonitih dokaza. Ističući kako je ta zabrana vezana uz kvalitetu sudske presude, ona se zalaže da se pojam nezakonitog dokaza tumači u najširem smislu riječi, posebice u pogledu dokaza kod prikupljanja ili izvođenja kojeg je došlo do kršenja tzv. zaštitnih formi. Autorica smatra da bi u kontekstu sankcija za povredu navedene zabrane valjalo de lege ferenda razmotriti propisivanje apsolutno bitne procesne povrede na koju bi sud pazio po službenoj dužnosti, koja bi uvijek postojala kad bi prvostupanjski sud u spisu predmeta ostavio nešto što bi drugostupanjski sud mogao utvrditi kao dokaz na kojem se nije mogla utemeljiti prvostupanjska odluka.

1. UVODNE NAPOMENE

Pojam nezakonitih dokaza, koji izaziva mnoge teorijske rasprave i sporove, jedan je od središnjih pojmova suvremenog dokaznog prava. Kompleksnost tog problema spada u najteža pitanja kaznenog procesnog prava. Razlog je tome u dvojakom cilju i svrsi kaznenog postupka. Suvremeni kazneni postupak mješovitog tipa, kao i onaj akuzatornog tipa, nastoje održati ravnotežu između dviju temeljnih suprotstavljenih tendencija – tendencije funkcionalnosti kažnjavanja s jedne i zaštite prava građana s druge strane. Te se dvije tendencije najdramatičnije sukobljavaju u institutu nezakonitih dokaza, praktična primjena kojih postavlja složene zahtjeve pred kaznene suce. Rješavanje pitanja nezakonitih dokaza u temeljima je ostvarenja svrhe djelovanja kaznenog pravosuđa kao primjenjivača kaznenog procesnog prava. Hrvatski je zakonodavac odredbom članka 9. stavaka 1. i 2. Zakona o kaznenom postupku (u daljnjem tekstu ZKP) nastojao odgovoriti teorijskim i praktičnim zahtjevima reguliranja tog složenog pravnog instituta. Pri tome je s promjenjivim uspjehom postigao ravnotežu između dviju spomenutih suprotstavljenih tendencija.

* Mr. sc. Marina Carić, asistentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu

U ovom radu najprije ćemo analizirati pojam nezakonitih dokaza, zatim ćemo obraditi vrste nezakonitih dokaza i na kraju raspraviti o pravnim učincima uporabe nezakonitih dokaza kao temelja sudske presude.

2. POJAM NEZAKONITIH DOKAZA

Pojam nezakonitih dokaza kako je danas definiran u Zakonu o kaznenom postupku ima svoje povijesno ishodište u prijašnjim zakonima o krivičnom postupku koji su se primjenjivali na području Republike Hrvatske. Međutim, tek je čl. 9. st. 2. ZKP dao zakonsku definiciju nezakonitih dokaza. Prema toj odredbi, nezakoniti dokazi su oni dokazi “koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, čast i ugled te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, kao i oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ovim Zakonom, te drugi dokazi za koje se iz njih saznalo”. Osim pojma nezakonitih dokaza, u teoriji se navodi i pojam pravno nevaljanih dokaza.¹ Budući da se mogu pojaviti izvjesne dvojbe u tumačenju tih pojmova, analizirat ćemo ukratko njihov sadržaj.

Pojedini načini pribavljanja dokaza zakonom su zabranjeni, pri čemu su neki od tih načina istodobno i predmet procesnopravne odnosno materijalno-pravne zabrane, tj. predstavljaju dokaz pribavljen na zabranjeni način odnosno inkriminirani su kao kazneno djelo. Pravni učinak prvospomenute zabrane je nemogućnost temeljenja sudske odluke na tako pribavljenom dokazu, dok je kod druge to kaznenopravna sankcija za osobu koja je time počinila kazneno djelo. Eventualna nepreciznost ili međusobna neusklađenost paralelnih propisa može dovesti do dviju neprihvatljivih situacija. U prvoj se dokaz pribavljen na zabranjeni način ipak može upotrijebiti, dok se onaj koji ga je pribavio može eventualno kazniti. U drugoj se dokaz pribavljen na zabranjeni način upotrebljava, ali se osoba koja ga je pribavila uopće ne kažnjava.²

Izričito je zabranjeno pribavljanje iskaza okrivljenika odnosno svjedoka silom, prijetnjom, obmanom ili sličnim sredstvima, potom sugestivnim ili kaptioznim pitanjima (posljednja se odnose samo na okrivljenika) te primjena medicinskih intervencija kojima se utječe na volju (lobotomija, narkoanaliza i narkodijagnoza). Osim izričito zabranjenih, postoje i dvojbeni načini pribavljanja dokaza kao što su uporaba poligrafa i drugih psihologijskih metoda.

¹ Taj pojam zastupao je V. Bayer, vidi Bayer, V., *Kazneno procesno pravo*, Odabrana poglavlja, knjiga I. (priređio prof. dr. sc. Davor Krapac), Zagreb, 1995., str. 252 i dalje.

² Na apsurdnost te situacije upozorava Tomašević, G., *Kazneno procesno pravo*, temeljni pojmovi i osnove praktične primjene, Split, 1998., str. 290.

Postavlja se pitanje smiju li se dokazi pribavljeni na zabranjeni način upotrijebiti u kaznenom postupku. Izričita zakonska odredba daje na to samo djelomičan odgovor, jer je samo za neke zabranjene načine pribavljanja dokaza izrijeком navedeno da se na tako pribavljenim dokazima ne može utemeljiti sudska odluka, npr. čl. 237. st. 10. (225. st. 9.) ZKP, dok za druge to nije učinjeno, npr. čl. 238. (226.) st. 1. ZKP. Potpun odgovor na to pitanje treba tražiti u zakonskoj definiciji pojma nezakonitog dokaza. Taj je pojam širi od pojma dokaza pribavljenih na nedozvoljeni način. S obzirom na to da je svaki od zabranjenih načina pribavljanja dokaza istodobno i povreda odredaba kaznenog postupka, može se zaključiti da su svi dokazi pribavljeni na zabranjeni način ujedno i nezakoniti dokazi, pri čemu svi nezakoniti dokazi ne moraju biti pribavljeni na nedozvoljeni način. Nadalje proizlazi da se na dokazima pribavljenim na zabranjeni način ne može utemeljiti sudska odluka ili zbog toga što za neke zabranjene načine zakon to izričito navodi ili iz razloga što je riječ o povredama odredaba kaznenog postupka koje su zakonom predviđene kao takve.

Odredba čl. 9. st. 1. ZKP propisuje da se “sudske odluke ne mogu utemeljiti na dokazima pribavljenim na nezakoniti način (nezakoniti dokazi)”. Ta zabrana u skladu je s odredbom čl. 29. st. 4. Ustava RH koja navodi da se “dokazi pribavljeni na nezakoniti način ne mogu uporabiti u sudskom postupku”. Pojam dokaza ovdje treba shvatiti u najširem smislu riječi. To znači da obuhvaća utvrđivanje činjenica utemeljeno na dokazu, ali i na opažanju, dakle sve izvore saznanja o činjenicama (npr. očevid ili rekonstrukcija). Usko tumačenje moglo bi otvoriti put prodoru u kazneni postupak takvih načina saznanja koji predstavljaju kazneno djelo. Zakonsko preciziranje sadržaja pojma nezakonitog dokaza otklonilo je situaciju u kojoj su se dokazi pribavljeni na zabranjeni način dijelili na one koji se nisu mogli uporabiti i one koji su se mogli uporabiti u kaznenom postupku. To je dovelo do logički i praktički neprihvatljivih pravnih posljedica. Danas je jasno da sud mora odbiti svaki prijedlog izvođenja nezakonitih dokaza³, premda to nije izrijeком rečeno u čl. 339. (322.) st. 4. t. 1. ZKP, budući da se u stavku 4. navodi riječ “može”. Međutim, takav zaključak proizlazi iz same dikcije točke 1. istog članka.

Pojam nezakonitih dokaza otvara još jedno pitanje: Smatra li kazneno procesno pravo nezakonitim svaki dokaz koji je pribavljen na nezakonit način kršenjem propisane forme prikupljanja i izvođenja dokaza? Odgovor mora biti negativan. Nezakonitim se smatraju samo oni dokazi kod prikupljanja

³ Postoji samo jedna iznimka u korist okrivljenika. Ako je riječ o dokazu koji se smatra nezakonitim zbog toga što su njegovim pribavljanjem ili izvođenjem prekršena prava obrane, a njegova bi uporaba u konkretnom slučaju mogla dovesti do nepovoljnije odluke za okrivljenika, tada uporaba takvog dokaza pri donošenju odluke mora biti dopuštena. U protivnom, pravilo ustanovljeno u korist okrivljenika moglo bi za nj proizvesti štetne posljedice. Tako Krapac, D., *Kazneno procesno pravo*, prva knjiga: Institucije, II., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2003., str. 111.

ili izvođenja kojih je došlo do kršenja određenih procesnih formi koje znače zaštitu određenih osobnih prava i sloboda građana odnosno okrivljenikovih prava obrane u kaznenom postupku, dakle tzv. zaštitnih formi. Takav zaključak proizlazi iz definicije čl. 9. st. 2. ZKP.⁴ Drugo je pitanje je li ta zakonska definicija namjerno ili slučajno dala preuzak i nedorečen pojam nezakonitog dokaza, ostavljajući tako otvorenim neka teorijska i praktična pitanja te mogućnost izigravanja zabrane temeljenja presude na nezakonitim dokazima.

Međunarodnopravni akti, čini se opravdano, ne sadržavaju pravila po kojima bi se neki način pribavljanja dokaza mogao smatrati nezakonitim, već to prepuštaju isključivo domaćem pravu. U tom je smislu Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu ESLJP), postupajući na temelju odredaba Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu EKZLJP), pristupao rješavanju tog pitanja kazuistički. Ipak je postavio jedno čvrsto pravilo prema kojem domaće kazneno procesno pravo, tijekom suđenja okrivljeniku, mora zajamčiti učinkovito incidentalno rješenje pitanja zakonitosti dokaza pribavljenih na nezakoniti način ili povredom konvencijskih odredaba.⁵

Premda se za naše prilike *Corpus iuris* još uvijek može smatrati “profesorskim pravom” (Kos)⁶, čini se opravdanim upozoriti na rješenja vezana uz nezakonite dokaze. Člankom 32. stavkom 1. navedene su vrste dopuštenih dokaza u državama članicama Europske unije i zakoniti način njihova pribavljanja, s napomenom u stavku 2. istog članka da time nije isključena “valjanost drugih oblika dokaza koji se smatraju dopuštenima prema pravu zemlje suda”. Zakonitost odnosno nezakonitost konkretnog dokaza procjenjuje se prema domaćem pravu države u kojoj su dokazi pribavljeni (članak 33. stavak 2.). Pojam nezakonitih dokaza u *Corpus iuris* na neki je način proširen ekskluzivskim pravilom definiranim u članku 33. stavku 1., a razrađen provedbenom odredbom. Tako je propisano da će se izdvojiti “... dokazi koje su agenti Unije ili nacionalne vlasti pribavili bilo povredom temeljnih prava zajamčenih Europskom konvencijom o ljudskim pravima, bilo povredom gore navedenih pravila (članci 31. i 32.) odnosno povredom mjerodavnog domaćeg prava...” Istom odredbom relativizirano je svojstvo nezakonitosti dokaza, jer je navedeno da će se takvi dokazi “... izdvojiti samo ako bi njihova uporaba potkopala pravičnost postupka”.⁷ Analizom navedenih odredaba može se zaključiti da

⁴ Usp. Krapac, D., Kazneno procesno pravo, str. 341.

⁵ Presuda ESLJP u slučaju Schenk protiv Švicarske od 12.7.1988., broj zahtjeva za pokretanje postupka 10862/84 (podaci o odlukama ESLJP uzeti su s internetske stranice Suda: www.echr.coe.int).

⁶ O problemu nezakonitih dokaza s osvrtom na *Corpus iuris v. Kos, D.*, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupovnom pravu Republike Hrvatske – s osvrtom na *Corpus iuris*, Hrvatska pravna revija, god. 4., siječanj 2004., br. 1, str. 92-97.

⁷ Usp. čl. 32. i 33. *Corpus iuris, Corpus iuris* 2000., Hrvatska udruga za europsko kazneno pravo, Zagreb, 2003., str. 80-85.

će se eventualna kolizija odredaba *Corpus iuris* s odredbama domicilnog prava razrješavati primjenom pravila *lex specialis derogat legi generali*, dakle u korist *Corpus iuris*. Međutim, spomenuta relativizacija nezakonitosti dokaza omogućuje prodor nezakonitih dokaza u kazneni postupak vođen na temelju odredaba *Corpus iuris*.

3. VRSTE NEZAKONITIH DOKAZA

Postoje razlike u klasifikacijama nezakonitih dokaza, ovisno o njihovim autorima. Dok jedni autori sve nezakonite dokaze dijele u tri skupine,⁸ drugi govore o četiri skupine nezakonitih dokaza.⁹ Međutim, usprkos različitom broju skupina, te se dvije klasifikacije u biti ne razlikuju: obje se temelje na zakonskoj dikciji, a odvaja ih različito stupnjevanje materijalnopravnih i procesnopravnih kategorija. Treća klasifikacija, premda polazi od zakonske definicije nezakonitih dokaza, kao generički pojam uzima pravno nevaljane dokaze unutar kojih razlikuje pravno nevaljane dokaze pribavljene na zabranjeni način od ostalih pravno nevaljanih dokaza.¹⁰ Moglo bi se reći da je ta posljednja klasifikacija “obogaćena” s dvije vrste nezakonitih dokaza specifičnih po opsegu odnosno subjektu koji ih pribavlja te formalnom momentu. Dokazi pribavljeni na zabranjeni način zapravo su specifična podskupina nezakonitih dokaza i ulaze u taj širi pojam. Dokaze pribavljene policijskom operativno-kriminalističkom djelatnošću kao ostale pravno nevaljane dokaze prikuplja policija na neformalan način bez primjene odredaba ZKP-a, što tim dokazima oduzima procesnopravnu vrijednost ostavljajući im samo onu spoznajnu. U ovom radu usvojena je prva klasifikacija nezakonitih dokaza utemeljena na zakonskoj dikciji, ali je proširena još i vrstom dokaza pribavljenih policijskom operativno-kriminalističkom neformalnom djelatnošću.

3.1. Dokazi pribavljeni povredama određenih temeljnih prava i sloboda građana

Ova skupina nezakonitih dokaza rezultat je sustavne zabrane kršenja temeljnih prava i sloboda čovjeka. Ustav RH i mnogobrojni međunarodni akti predviđaju stroge uvjete pod kojima državne vlasti smiju ograničavati temeljna prava i slobode građana. Posljedica takve pravne zaštite je sankcioniranje

⁸ V. Krapac, D., Kazneno procesno pravo, str. 344-348.

⁹ V. Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, 4. izdanje, Rijeka, 2003., str. 27.

¹⁰ Tu podjelu usvaja Tomašević, G., Kazneno procesno pravo, str. 294-295.

postupaka tih vlasti kojima one, pribavljajući dokaze za potrebe kaznenog postupka, krše postavljene uvjete. Materijalno kazneno pravo takve njihove postupke inkriminira kao kaznena djela protiv sloboda i prava građana.

Kazneno procesno pravo dokazima pribavljenim kršenjem temeljnih prava i sloboda građana oduzima svako pravno značenje. Prava na formalnu i materijalnu obranu predviđena su u čl. 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima te u čl. 6. EKZLJP. Članak 29. stavak 2. Ustava RH jamči veći broj prava posredno ili neposredno vezanih uz pravo obrane – ona načelnog značenja za obranu kao funkciju u kaznenom postupku, potom odredbe o materijalnoj i formalnoj obrani u svim stadijima postupka, uključujući odredbe o branitelju kao procesnom pomoćniku koji značajno pridonosi očuvanju procesnih garancija. Pravo na dostojanstvo, ugled i čast te pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života predviđaju se čl. 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima te čl. 7. EKZLJP. Ustav RH u čl. 35. jamči poštovanje tih prava svakom čovjeku i građaninu. Zakon o kaznenom postupku u velikom broju svojih odredaba zaštićuje spomenuta osobna prava, nalažući tijelima kaznenog postupka njihovo strogo poštovanje, čak i na štetu djelotvornosti kaznenog postupka. Treba istaknuti da ti dokazi postaju neuporabljivi *ex judicio*, što znači da sud u konkretnom slučaju mora utvrditi da je pojedini dokaz pribavljen kršenjem navedenih temeljnih ljudskih prava i prava obrane. Riječ je o pravu na formalnu i materijalnu obranu, pravu na dostojanstvo, ugled i čast te pravu na nepovredivost osobnog i obiteljskog života.

Postavlja se pitanje je li svako kršenje temeljnih prava i sloboda građana u kaznenom postupku istovremeno i nezakoniti dokaz. Čini se prihvatljivim stajalište da samo oni postupci državnih vlasti koji jesu povreda navedenih temeljnih ustavnih prava i sloboda, ali koji su uz to i kazneno djelo protiv slobode i prava čovjeka i građana, rezultiraju nezakonitim dokazom.¹¹ Prema tome, ako radnja prikupljanja dokaza nije kazneno djelo, tada ni prikupljeni dokaz ne možemo smatrati nezakonitim.

3.2. Dokazi za koje je izričito u Zakonu predviđeno da se ne smiju uporabiti pri donošenju sudske odluke

Ova skupina nezakonitih dokaza predviđa takve izvore saznanja koji su pribavljeni postupanjem protivnim odredbama Zakona o kaznenom postupku i koji su izričito predviđeni kao nezakoniti dokazi. Riječ je, dakle, o vrsti dokaza koji postaju neuporabljivi *ex lege*, s obzirom na to da sam Zakon određuje nedopuštene načine pribavljanja dokaza te izričito propisuje da se na tako pri-

¹¹ Tako Krapac, D., Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2000., str. 267.

bavljenim dokazima ne može temeljiti sudska presuda. Postoji šest kategorija tih dokaza¹² i mi ćemo upravo njima posvetiti veći dio ovog rada. Iako bi se navedene kategorije dokaza mogle svrstati u dvije skupine – na osobne dokaze i dokaze kojih je nositelj predmet o zakonitosti pribavljanja i sačinjavanja kojeg ovisi zakonitost samog dokaza,¹³ mi smo se u izlaganju odlučili za sustav u skladu s koncepcijom pravnih instituta u Zakonu o kaznenom postupku. Pri tome se nećemo posebno baviti šestom kategorijom nezakonitih dokaza privremeno oduzetih predmeta koji ne podliježu toj mjeri, jer o njima nema nekih spornih pitanja, uz napomenu da ta kategorija omogućuje dosljednu zaštitu od uporabe svih ostalih nezakonitih dokaza iz prethodnih pet kategorija.

3.2.1. Izvori saznanja pribavljeni nezakonitim mjerama privremenog ograničenja ustavnih prava i sloboda

Nova pravna regulacija izvida kaznenih djela pomaknula je aktivnost pribavljanja dokaza izvan samog formalnog kaznenog postupka.¹⁴ Premda izvidi kaznenih djela nikad nisu postupovne radnje, oni su ustrojani prema modelu postupovnih radnji.¹⁵ Središnji dio te nove pravne regulacije su odredbe o primjeni posebnih izvidnih mjera privremenim ograničenjem ustavnih prava i sloboda radi pribavljanja podataka i dokaza za provedbu kaznenog postupka [čl. 190.(180.) st. 1. točka 1.-6. ZKP]. Provedba mjera dana je u nadležnost redarstvenih vlasti. Iz samog naziva mjera proizlazi da njihova uporaba znači formalno policijsko djelovanje kojeg su rezultati pravno valjani dokazi (ako su mjere primijenjene pod zakonskim uvjetima). Ti pravno valjani dokazi mogu biti iskazi svjedoka, tehničke registracije činjenica i isprave.

S obzirom na ograničeni opseg ovog rada, osvrnut ćemo se samo na neka sporna pitanja o kojima je sudska praksa zauzela određena stajališta.

¹² Neki autori govore i o sedmoj kategoriji u koju ubrajaju zapisnike o radnjama koje je poduzeo sudac koji je trebao biti izuzet (čl. 40. st. 2. ZKP). Usp. Krapac, D., Zakon o kaznenom postupku, V. izdanje, Zagreb, 2003., str. 100.

¹³ Tako Kos, D., Bitna povreda odredaba kaznenog postupka – nezakoniti dokazi, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, 2005. godina, Inženjerski biro, Zagreb, str. 195 i sl.

¹⁴ Ta činjenica povećava osjetljivost primjene spomenutih mjera s obzirom na to da se one, u pravilu, ne mogu kasnije ponoviti ako je došlo do neuspjeha iz bilo kojeg razloga. V. Tomašević, G.-Gluščić, S., Neka pitanja primjene posebnih izvidnih mjera predviđenih člankom 180.-182. Zakona o kaznenom postupku, Hrvatska pravna revija, god. I., 2001., br. 8, str. 98.

¹⁵ Usp. Pavišić, B., Kazneni postupak u Republici Hrvatskoj – pogled na reformu iz 1997. godine s posebnim osvrtom na predistražni postupak i istragu, HLJKPP, vol. 7, 2000., br. 2, str. 593.

Prikriveni istražitelj i pouzdanik¹⁶ mogu se ispitati kao svjedoci o tijeku provođenja same mjere, pri čemu se njihov iskaz može odnositi na opažanja koja nisu vezana uz njihov razgovor s osumnjičnikom ili drugom osobom. U tom je dijelu iskaz tih osoba zakoniti dokaz. Međutim, ispitivanje prikrivenog istražitelja i pouzdanika o sadržaju razgovora vođenog s osobama iz kriminalnog miljea bio bi nezakoniti dokaz, jer bi se na taj način zaobilaznim putem u dokazni materijal unosio iskaz osumnjičenika koji je dan bez propisanih upozorenja i bez prisutnosti branitelja.¹⁷

Jednak tretman s obzirom na prepričavanje sadržaja razgovora prikrivenog istražitelja s osumnjičnikom primijenjen je i kad je to dio izvještaja prikrivenog istražitelja. Riječ je o nezakonitom dokazu koji se ne može razgledati niti se njime može služiti u kaznenom postupku kad ga je sud pravomoćnim rješenjem već izdvojio iz spisa.¹⁸

Posljednje izmjene Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (NN br. 33/05 od 14. ožujka 2005.) nude drugačije rješenje pitanja nemogućnosti ispitivanja prikrivenog istražitelja o razgovoru vođenom u kriminalnoj grupi. Članak 42b. ZUSKOK propisuje mogućnost ispitivanja prikrivenog istražitelja kao svjedoka o sadržaju razgovora s osumnjičnikom i svim sudionicima kaznenog djela "... ako postoji bojazan da te osobe zbog stvarnih ili pravnih razloga neće iskazivati na glavnoj raspravi" (stavak 1.). Ravnatelj Ureda bez odgode će od istražnog suca zatražiti provođenje hitne istražne radnje [čl. 197.(185.) ZKP] ispitivanjem prikrivenog istražitelja kao svjedoka uz poseban način ispitivanja i sudjelovanja svjedoka u postupku [čl. 251.(238c.) ZKP]. Slučajevi uporabe zapisnika s tog ročišta o ispitivanju taksativno su navedeni u čl. 42b. st. 3. ZUSKOK.¹⁹

Provođenje mjera prikrivenih istražitelja simulirane kupnje predmeta odnosno simuliranog davanja i primanja potkupnine ne smije biti poticanje na počinjenje kaznenog djela [čl. 190. (čl. 180.) st. 5. ZKP]. U tom smislu valjalo bi utvrditi koje okolnosti upućuju na to da je privilegirani istražitelj poticateljski djelovao na počinitelja. Suvremena teorija nije dala odgovor na

¹⁶ Zakon ne pravi razliku između prikrivenog istražitelja i pouzdanika kao osobe koje provode posebne izvide, iako je prikriveni istražitelj policijski djelatnik, a pouzdanik to nije. U nedostatku zakonske definicije sudska praksa izgradila je pojam pouzdanika, usp. Kos, D., Bitna povreda..., str. 211.

¹⁷ Navedeno stajalište izraženo je u odlukama Vrhovnog suda RH, I Kž-1051/04 od 1. 12.2004. i I Kž-529/04-3 od 24.06.2004. Usp. Karas, Ž., *Nezakoniti dokazi*, Zagreb, 2006., str. 159.

¹⁸ Stajalište Vrhovnog suda RH izraženo u odluci I Kž-595/02 od 23.1.2003.

¹⁹ Kos upozorava na dvojaki karakter citirane odredbe: s jedne strane, ograničenje mogućnosti korištenja iskaza prikrivenog istražitelja kao svjedoka kao zakonitog dokaza, a s druge strane proširenje opsega zakonite primjene dokaza i za kaznena djela koja ne spadaju u nadležnost USKOK-a. V. Kos, D., *Bitna povreda* ..., str. 213-214.

to pitanje, ali je sudska praksa upozorila na potrebu utvrđivanja postojanja odnosno nepostojanja prethodne namjere počinitelja i konkretnih okolnosti njegova postupanja.²⁰ Međutim, nisu rijetki slučajevi u praksi da sudovi u obrazloženju jednostavno navedu da u konkretnom slučaju nije bilo poticanja bez ikakvog daljnjeg obrazloženja za takvu prosudbu.²¹ Budući da je riječ o utvrđivanju važne činjenice o kojoj ovisi procjena krivnje okrivljenika, valjalo bi da sud uvijek *in concreto* obrazloži svoj zaključak. Time bi se postupno izgradili općeprihvatljivi kriteriji, što je u materiji nezakonitih dokaza nedvojbeno najbolji način rješavanja spornih pitanja.

Način registracije činjenica tijekom provođenja posebnih izvida kaznenih djela često su video i audiosnimke kao nositelji dokaza. Zakonitost izvođenja samog dokaza ovisi o zakonitosti prikupljanja i sačinjavanja tog dokaza. Tako iz prijepisa audiovrpce, koju je prikriveni istražitelj tajno snimio tijekom razgovora s osumnjičenikom po nalogu istražnog suca, treba izdvojiti one dijelove koji se odnose na izjave osumnjičenika dane prikrivenom istražitelju prilikom razgovora jer one su nezakoniti dokaz, a ako to nije moguće, treba izdvojiti čitav sadržaj prijepisa. U suprotnom radilo bi se o nezakonitom dokazu.²² U praksi se postavilo pitanje vezano za audio i videosnimke koje su učinjene bez naloga istražnog suca i mimo volje okrivljenika. Čini se opravdanim što se u takvim slučajevima sudska praksa opredijelila za prevagu zaštite građanskih prava i prava na privatnost nad mogućnošću gubitka važnih dokaza odnosno dokaza koji se na drugi način ne mogu pribaviti.²³ To je dobar primjer poteškoća koje su osobito prisutne u materiji nezakonitih dokaza vezanih uz uspostavljanje ravnoteže između dviju temeljnih tendencija u kaznenom postupku.

3.2.2. Zapisnici o nezakonito obavljenim pretragama prostorija i osoba

Drugu kategoriju nezakonitih dokaza čine zapisnici o nezakonito obavljenim pretragama prostorija i osoba. Pretraga stana i ostalih prostorija te pokretnih stvari u stanu i izvan njega normirana je čl. 224.(211.) st. 1. i 2. ZKP, dok je pretraga osoba normirana čl. 227.(212.) st. 1. ZKP. U praksi se javljaju mnogi problemi koji proizlaze iz razlikovanja pretrage, očevida i

²⁰ U tom su smislu odluke Vrhovnog suda RH I Kž-42/02-7 od 29.10.2002. i I Kž-888/1999-6 od 9.5. 2000. V. Karas Željko, *Nezakoniti dokazi*, str. 152-153.

²¹ Na takav lapidaran način nepostojanje poticanja na kazneno djelo "obrazložio" je Vrhovni sud RH u svojim odlukama I Kž-777/01-3 od 8.10.2001., I Kž-316/02-3 od 23.4.2003. i I Kž-77/02. od 5.3.2002.

²² Stajalište Vrhovnog suda RH u odluci I Kž-222/01 od 11.4.2001.

²³ U tom smislu glasi odluka Vrhovnog suda RH I Kž-172/01.

pregleda. Dok su pretraga i očevid uvijek formalne procesne radnje od kojih svaka za sebe ima poseban cilj i uvjete pod kojima se čine, dotle pregled može biti neformalna radnja koju redarstvene vlasti čine u okviru svoje preventivne djelatnosti, izvidna radnja ili sastojak procesnih radnji. Riječ je, dakle, o različitim pravnim temeljima obavljanja tih radnji, što ima kao rezultat i različitu valjanost pribavljenih dokaza.²⁴ Iako se sudska praksa učestalo bavi pitanjima razgraničenja pojedinih radnji, ovdje ćemo izložiti jednu zanimljivu rješidbu Vrhovnog suda RH u predmetu Županijskog suda u Zagrebu. U rješenju Vrhovnog suda navodi se: "Stajalište suda prvog stupnja pogrešno je u oba smjera: ne radi se o izvidnoj mjeri iz čl. 177. st. 2. ZKP, jer je zakonska pretpostavka za primjenu odredbe čl. 177. st. 2. ZKP postojanje osnovane sumnje da je počinjeno kazneno djelo za koje se progoni po službenoj dužnosti (čl. 177. st. 1. ZKP), ... a u konkretnom slučaju utvrđeno je da su policajci A.Č. i Z.K. inkriminiranog dana vršili rutinsku kontrolu vozila na cesti ... ne sumnjajući konkretno u to da je optuženi B.G. počinio bilo kakvo kazneno djelo." Iz toga Vrhovni sud zaključuje "... da nije bilo nikakvih uvjeta za primjenu čl. 177. st. 2. ZKP jer se taj članak primjenjuje isključivo radi ispunjenja zadatka iz stavka 1." U rješidbi se dalje ističe da "... pristanak na pregled ne obuhvaća i pristanak na pretragu vozila. Za svaku pretragu vozila potreban je pisani obrazloženi nalog (čl. 213. st. 1. ZKP), što u konkretnom slučaju nije pribavljeno."²⁵ Stoga je riječ o nezakonitom dokazu na kojem se ne može temeljiti sudska presuda. Držimo da izneseno stajalište upućuje na složenost ocjene pravne prirode konkretne poduzete radnje kao prethodnog pitanja, budući da se tek nakon tog utvrđenja može ocijeniti zakonitost odnosno nezakonitost izvedenog dokaza.

Iako postoje izgrađena stajališta sudske prakse o isključenju prava redarstvenih vlasti da prilikom pregleda zadiru u bit same stvari te im je dano samo pravo vanjskog pregleda,²⁶ čini se da se tu mogu postaviti još neka pitanja. Na problem koji na ovom mjestu tretiramo upozorilo nas je jedno naše neobjavljeno istraživanje sudske prakse Općinskog i Županijskog suda u Splitu o ostvarenju zabrane utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima.²⁷ Iz

²⁴ O sadržaju tih triju pojmova, osjetljivoj granici među njima te praktičnim pitanjima vezanih uz njih vidi Vinja, I.-Josipović, I., Izvidna mjera pregleda osoba i stvari (razgraničenje u odnosu na pretragu i neki problemi u teoriji i praksi s osvrtom na praksu Vrhovnog suda RH), Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva 2000., str. 38-53; Karas, Ž., Redarstveni pregled i pretrage vozila, HLJKPP, vol. 11, br. 1/2004., str. 21-78.

²⁵ Rješenje Vrhovnog suda RH I Kž-115/05-3 od 7.4. 2005.

²⁶ O tom pitanju govore odluke Vrhovnog suda RH I Kž-808/99 od 24.02.2000., I Kž-255/02 od 18.11.2003., I Kž-371/02 od 14.01.2003. V. Karas, Ž., Nezakoniti dokazi, str. 88-90.

²⁷ Istraživanje je provedeno u vremenu od svibnja do listopada 2003. godine, a obuhvatilo je ukupno 27 kaznenih predmeta, i to 19 iz nadležnosti Općinskog, a 8 iz nadležnosti Županijskog suda u Splitu u kojima je prvostupanjska presuda donesena u razdoblju od 1. siječnja 1998. do

provedenog istraživanja proizlazi zaključak da je pitanje izvršenog pregleda ili pretrage pitanje koje spada u domenu ocjene suda u svakom pojedinom slučaju, koja dakako može biti i pogrešna. To može biti žalbena osnova pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, ali ne povreda zakona.²⁸ Premda se načelno slažemo s ocjenom Vrhovnog suda da je to činjenično pitanje, držimo da je ono tek posredno vezano uz utvrđivanje činjenica počinjenja kaznenog djela (te se radnje pregleda i pretrage upravo i čine da bi se utvrdile i dokazale te činjenice), a neposredno je vezano uz izvršenje radnji (u tehničkom smislu) službenih tijela kaznenog postupka. Od odgovora na postavljeno pitanje ovisi zaključak je li jedna procesna radnja uopće poduzeta, a ako jest, je li to učinjeno u skladu sa zakonom. Ako je riječ o pregledu kao neformalnoj policijskoj djelatnosti, rezultati te radnje nemaju procesnopravne (dokazne), već samo spoznajne učinke. Međutim, ako je riječ o nezakonito obavljenoj pretrazi, moglo bi se reći da su čak i spoznajni rezultati (bar što se tiče suda) na neki način neuporabivi, budući da treba izdvojiti ne samo nezakoniti dokaz nego i dokaze koji su iz njega proizašli.

Obavljanje pretrage “bez pisanog sudskog naloga” protivno je propisu čl. 34. st 2. Ustava RH. To je npr. slučaj kad redarstvene vlasti, imajući saznanja da postoji “dovoljno osnova za sumnju” da bi se u prostorijama osumnjičenika ili drugih osoba mogli pronaći tragovi kaznenog djela ili predmeti “važni za kazneni postupak”, namjerno izbjegnuto zatražiti od istražnog suca nalog za pretragu. U istoj situaciji redarstvene vlasti iz nestrpljenja obave pretragu bez naloga, premda znaju da će on stići. Prvi slučaj namjernog zaobilaženja strogih propisa o pretrazi, nažalost, u praksi nije rijedak. Redarstvene vlasti obave “očevid”, kojom prilikom registriraju tragove kaznenog djela te oduzmu predmete koji će poslužiti pri utvrđivanju činjenica u kaznenom postupku. Vrhovni se sud RH u svojoj presudi I KŽ-119/1999. od 16.3.1999. (Županijski sud u Zagrebu, K-23/99) očitovao da su zapisnici o takvom “očevidu” nezakoniti dokaz.²⁹ Uz to pitanje u praksi se javlja i problem razgraničenja između policijskih neformalnih pregleda vozila, putnika i prtljage te pretrage spomenutih objekata kao represivne djelatnosti odnosno istražne radnje. O tome se izjasnio Županijski sud u Bjelovaru u svom rješenju Kv-277/99 od 28.10.1999.

31. prosinca 2001. Budući da se u sudskim upisnicima ne može doći do relevantnih podataka koji čine čvrste kriterije za određivanje uzorka, nakon konzultacije sa sucima navedenih sudova predmetne spise odabrali smo metodom slučajnog uzorka. Podaci su prikupljeni pomoću četiriju upitnika koji su sastavljeni prema kriteriju procesnih radnji: privremeno ograničenje ustavnih prava i sloboda, pretraga stana i osoba, obavijesti građana državnom odvjetniku i redarstvenim vlastima te vještačenje.

²⁸ Navedeno stajalište zauzeo je Vrhovni sud RH u svojoj presudi I KŽ-49/98-5 od 9.11.2002. (presuda Županijskog suda u Splitu, K-47/98 od 14.10.1998.).

²⁹ Vidi Krapac, D., Izdavanje zapisnika o nezakonitoj pretrazi, HLJKPP, vol. 6., 1999., br. 1, str. 271-273.

iznoseći da su dokazi pribavljeni radnjom koju treba smatrati pregledom, a ne pretragom - nezakoniti dokazi.³⁰ Obje opisane situacije istodobno su i kazneno djelo protuzakonite pretrage iz čl. 123. KZ. Međutim, postoji mogućnost da redarstvene vlasti poduzmu pretragu pogrešno vjerujući da nalog postoji, premda to nije točno (npr. istražni sudac povuče nalog o pretrazi prije nego su ga redarstvene vlasti počele izvršavati, a o tome ih ne izvijesti). U tom slučaju ovlaštene službene osobe redarstvenih vlasti nalaze se u zabludi o činjenici koja isključuje protupravnost njihove radnje. Iz navedenog razloga takva pretraga nije kazneno djelo i njezin rezultat može biti zakoniti dokaz, ako su ispunjeni materijalnopравни uvjeti na temelju kojih je istražni sudac mogao izdati nalog o pretrazi.

Obavljanje pretrage bez osoba koje imaju pravo biti nazočne pretrazi znači postupanje suprotno čl. 229.(214) st. 2. ZKP. Ta odredba odnosi se na stanara, njegova zastupnika i solemnitetne svjedoke. Solemnitetni svjedoci moraju biti nazočni u svakom trenutku pretrage od njezina početka do kraja, i to upravo u prostoru koji se pretražuje. Jedino se na taj način ostvaruje njihova garantivna funkcija. Stanar odnosno njegov zastupnik mogu se faktično odreći prava na nazočnost, budući da se mogu odreći temeljnog prava na nepovredivost doma, kojem prvospomenuto pravo služi kao zaštitni mehanizam. Stoga, nenazočnost solemnitetnih svjedoka uvijek ima kao posljedicu nezakonitost dokaza, dok nenazočnost stanara, ako je uredno pozvan i omogućena mu je nazočnost, ne mora imati takvu posljedicu.³¹

Na ovom mjestu valja upozoriti na nespojivost uloge stanara i uloge solemnitetnog svjedoka. U tom smislu smatramo da suprug okrivljene ni pod kojim uvjetima ne može biti solemnitetni svjedok. Tako je u jednom slučaju iz spomenutog istraživanja sudske prakse Općinskog i Županijskog suda u Splitu suprug okrivljene kao privilegirani svjedok u postupku dao je svoj iskaz o tijeku pregleda obiteljske kuće i plastenika. Iako sud uzima da se nije radilo o pretrazi, već o pregledu, poziva se na iskaz tog svjedoka kao potvrdu pronalaska cigareta i samog tijeka izvođenja radnje pregleda, što bi se sadržajno moglo tumačiti kao korištenje iskaza privilegiranog svjedoka u svojstvu solemnitetnog svjedoka.³² Držimo da je to neprihvatljivo. Solemnitetni svjedoci mogu u postupku biti ispitani i njihov iskaz je dokaz o zakonitosti radnje pre-

³⁰ V. Sudsku praksu Županijskog suda u Bjelovaru, br. 24, siječanj-prosinac 1999., str. 19.

³¹ Sudska praksa ide čak šire u tumačenju neobvezatnosti nazočnosti vlasnika stana u kojem se obavlja pretraga. Tako se navodi "... okolnost da o pretrazi nije obaviješten korisnik stana odnosno da u konkretnom slučaju optuženiku nije predan nalog za pretragu i da nije poučen da ima pravo o pretrazi izvijestiti branitelja ne čini zapisnik o pretrazi nezakonitim dokazom..." Stajalište izraženo u odluci Vrhovnog suda RH I Kž-842/03.

³² Presuda Općinskog suda u Splitu, I K-601/99 od 6.6.2000.

trage. Oni imaju garantivnu ulogu i obavljaju to kao građansku dužnost, što je nespojivo s posebnim pravnim statusom privilegiranog svjedoka.

Valja naglasiti da se pretraga započeta na nezakonit način ne može naknadnim ispunjenjem zakonskih uvjeta (naknadnim dolaskom dvaju solemnitetnih svjedoka) procesnopravno konvalidirati. To je posljedica činjenice da je pretraga kao procesna radnja obilježena jedinstvom vremena i prostora.³³

3.2.3. Zapisnici o iskazima okrivljenika izvedeni na zabranjeni način

U treću kategoriju nezakonitih dokaza spadaju zapisnici o iskazima okrivljenika izvedeni na zabranjeni način. Ispitivanje okrivljenika je procesna radnja detaljno pravno regulirana i njome se dolazi do okrivljenikova iskaza. Subjekt koji obavlja ispitivanje te forma u kojoj se ono obavlja ovisi o stadiju kaznenog postupka odnosno vremenu i cilju poduzimanja te procesne radnje.

Prvo formalno ispitivanje okrivljenika u istrazi regulirano je člankom 237.(225.) do 241.(231.) ZKP, pri čemu se ključnom odredbom može smatrati upravo članak 237.(225.) ZKP. U njemu su dane načelne postavke za provođenje ispitivanja okrivljenika koje su narednim člancima razrađene. Posebno mjesto u citiranoj odredbi imaju prohibitivne odnosno garantivne dispozicije, za kršenje kojih je predviđena kaznenoprocena sankcija. Spomenute odredbe posebno su zanimljive s aspekta nezakonitih dokaza.

Člankom 237.(225.) stavkom 2. ZKP regulirana je jamstvena cjelina prava bitnih za položaj okrivljenika o kojima ga istražni sudac mora obavijestiti prije početka ispitivanja. To su: pravo biti upoznat s optužbom, pravo uskratke iskaza (pravo na šutnju) te pravo slobodne materijalne obrane. Člankom 237.(225.) st. 3. ZKP uređena je druga jamstvena cjelina, a to je upoznavanje s pravom na formalnu obranu. Iskaz okrivljenika je specifičan dokaz jer sadržava aktivnost okrivljenika. Stoga njegova valjanost ovisi o tome je li pribavljen na način određen u čl. 237.(225.) ZKP. Premda zakon ne predviđa obvezu tijela kaznenog postupka da upozna okrivljenika s pravom da se prije iznošenja obrane može posavjetovati s braniteljem, posljedica sprječavanja okrivljenika u ostvarenju toga prava jest nevaljanost dokaza.

U stavku 9. citiranog članka 237.(225.) ZKP predviđeno je da okrivljenik koji ima branitelja, u slučaju kad obrana nije obvezna, može biti ispitan bez branitelja samo ako se izričito odrekao toga prava. To odricanje mora biti uneseno u zapisnik. U protivnom slučaju iskaz okrivljenika je nezakoniti dokaz. U slučaju obvezne obrane branitelj uvijek mora biti nazočan ispitivanju okrivljenika, pri čemu se ocjena obveznosti obrane vezuje za težinu inkrimi-

³³ Stajalište Vrhovnog suda RH izraženo u odluci I Kž-751/99 od 9.11.1999.

niranog kaznenog djela izraženu kroz visinu zapriječene kazne (dugotrajni zatvor), a ne uz osobno svojstvo počinitelja (mlađi punoljetnik) i nemogućnost izricanja te kazne.³⁴

Nazočnost branitelja ispitivanju osumnjičenika jedan je od uvjeta za zakonitost dokaza provedene radnje. Valja naglasiti da se izbor branitelja mora temeljiti na autonomiji volje osumnjičenika, koja se očituje u nazočnosti izabranog branitelja iz povjerenja, a ne branitelja po službenoj dužnosti određenog i postavljenog od redarstvenih vlasti. Pitanje davanja okrivljenikove punomoći branitelju, ako ono nije zapisnički konstatirano, faktično je pitanje koje se ocjenjuje ovisno o daljnjem postupanju osumnjičenika odnosno branitelja. Sud provjerava jesu li zadovoljeni uvjeti iz čl. 186.(177.) st. 5. ZKP, uključujući i nazočnost branitelja, pregledom spisa, a posebice zapisnika o ispitivanju osumnjičenika.³⁵

Zapisnici redarstvenih vlasti o iskazu osumnjičenika danom u nazočnosti branitelja i u skladu s čl. 186.(177.) st. 5. ZKP mogu se koristiti kao dokaz u kaznenom postupku. Međutim, iskaz osumnjičenika dan pred policijom uz poštovanje ostalih zakonskih formalnosti, ali bez nazočnosti branitelja (osumnjičenik je izjavio da ne traži nazočnost branitelja³⁶ ili se uredno pozvani branitelj nije odazvao pozivu), nema snagu pravno valjanog dokaza. U tom slučaju policija nastavlja s neformalnim prikupljanjem obavijesti. Može se zaključiti da formaliziranje iskaza osumnjičenika policiji zapravo ovisi o branitelju odnosno o njegovu dolasku. Postoji još jedna "opasnost", a to je "obrana šutnjom" u nazočnosti branitelja (najčešće po njegovoj sugestiji). To "iskaz osumnjičenika" čini stvarno neupotrebljivim, premda su poštovane formalnosti. Postavlja se pitanje ima li osumnjičenik, prije ispitivanja pred redarstvenim vlastima, pravo posavjetovati se s braniteljem. To upozorenje nije izričito uneseno u zakonski tekst tako da postoje dva moguća odgovora. Prema prvom, prikupljanje obavijesti od osumnjičenika drukčija je radnja od ispitivanja osumnjičenika i okrivljenika kao postupovne radnje, zbog čega se nazočnost branitelja svodi upravo samo na to, a ne očekuje se stručna pomoć branitelja. Prema drugom, prikupljanje obavijesti izjednačeno je s postupovnom radnjom ispitivanja okrivljenika te bi postojalo pravo i posavjetovati se s braniteljem prije iznošenja iskaza. Da bi se izbjegle moguće razlike u položaju branitelja kod pojedinih radnji, o čemu ovisi i vrijednost iskaza danog pred redarstvenim vlastima kao dokaza u kaznenom postupku, treba u svakom

³⁴ U tom je smislu i odluka Vrhovnog suda RH, I Kž-255/00 od 26.4.2000.

³⁵ Suprotne tvrdnje treba potkrijepiti dokazima; tako odluka Vrhovnog suda RH, I Kž-579/00 od 2.10.2000.

³⁶ To je često u praksi, jer osumnjičenik ne može plaćati branitelja, usp. Veić, P.- Gluščić, S., Primjena članka 177. stavka 5. Zakona o kaznenom postupku, HLJKPP, vol. 7., 2000., br. 2, str. 785-786.

konkretnom slučaju izjednačiti režim ispitivanja osumnjičenika s istražnom radnjom. To je najbolji način osiguranja dokazne vrijednosti tog ispitivanja osumnjičenika pred redarstvenim vlastima.³⁷

U slučaju da branitelj bude nazočan ispitivanju osumnjičenika, o tome će državni odvjetnik sastaviti zapisnik. Takav se zapisnik može koristiti kao dokaz u kaznenom postupku u smislu čl. 186.(177.) st. 5. ZKP. Na taj način državni odvjetnik zapravo postaje alternativno izvidno tijelo prije započinjanja kaznenog postupka, što je u skladu s delegacijom njegovih ovlasti iz čl. 14. st. 1. Zakona o državnom odvjetništvu. Međutim, ovlast državnog odvjetnika za ispitivanje građana ipak je nešto uža od ovlasti policije.³⁸ Ispitivanje osumnjičenika kod državnog odvjetnika uz nazočnost branitelja ima dokaznu snagu i opravdanje upravo u slučajevima kad se ne radi o uhićeniku ili o pretrazi stana, jer u tim situacijama državni odvjetnik neće ni biti u prilici postupati po čl. 183.(174.) st. 4. ZKP.

3.2.4. Zapisnici o iskazima svjedoka izvedeni na zabranjeni način

Četvrtu kategoriju nezakonitih dokaza čine zapisnici o iskazima svjedoka izvedeni na zabranjeni način. Zakon predviđa dvije iznimke od opće dužnosti svjedočenja. To su slučajevi tzv. relativne nesposobnosti svjedočenja nekih osoba te povlastice (blagodati) dane nekim osobama da odbiju svjedočiti u cijelosti ili u odgovoru na pojedina pitanja. Relativno su nesposobne za svjedočenje one osobe koje se ne mogu ispitati kao svjedoci, jer postoji potreba očuvanja kakvog drugog društvenog interesa pretežnijeg od interesa vođenja kaznenog postupka. Njihovo ispitivanje kao svjedoka moguće je tek kada ta potreba prestane.

Iskaz svjedoka, u načelu, izvodi se neposredno. Samo iznimno, u Zakonom propisanim slučajevima, iskaz se izvodi posredno, čitanjem. Zapisnici o prijašnjem ispitivanju osoba oslobođenih dužnosti svjedočenja smiju se pročitati samo ako su te osobe bile pozvane na glavnu raspravu. U protivnom, ako te osobe nisu uopće bile pozvane ili su na glavnoj raspravi izjavile da neće svjedočiti, zapisnici o njihovu prijašnjem ispitivanju izdvojiti će se

³⁷ Usp. Pavišić, B. i suradnici, Komentar Zakona o kaznenom postupku, knjiga I, II. izdanje, Rijeka, str. 327-328.

³⁸ Državni odvjetnik može ispitati samo osobe iskazi kojih pridonose ocjeni vjerodostojnosti navoda u prijavi, a ta ovlast traje samo do donošenja odluke o kaznenoj prijavi. Iz tog razloga neki autori osporavaju smisao davanja formalnog karaktera toj radnji, tako Tomašević, G. i sur., Primjena novih istražnih metoda ..., str. 722. Drugi tu formalizaciju opravdavaju povećanom odgovornošću državnog odvjetnika vezanom uz načelo svrhovitosti, v. Krapac, D., Kazneno procesno pravo, I. izdanje, str. 361.

iz spisa (čl. 78. ZKP). Ako je izjavljena žalba protiv rješenja o izdvajanju, o njoj odlučuje viši sud koji određuje hoće li se glavna rasprava održati pred istim ili izmijenjenim sudskim vijećem. Ta mogućnost postoji zbog mogućeg utjecaja zapisnika i obavijesti iz čl. 78. ZKP. Sud može odlučiti da odmah nastavi s glavnom raspravom, u kojem slučaju posebna žalba protiv rješenja o izdvajanju nije dopuštena. Druga je mogućnost da sud ne nastavi odmah s glavnom raspravom i tada dostavlja strankama rješenje o izdvajanju na koje stranke imaju pravo žalbe.

Nažalost, ako se zapisnici izdvajaju iz spisa tek nakon završenog dokaznog postupka, moguć je značajan prodor, a time i utjecaj nezakonitih dokaza na sud. Stoga bi to izdvajanje zapisnika iz spisa bezuvjetno moralo biti obavljeno prije početka glavne rasprave. Istovremeno, viši sud može odlučiti da se glavna rasprava nastavi pred istim ili izmijenjenim vijećem samo na temelju ocjene sadržaja zapisnika koji bi trebao biti izdvojen, što je još veći prodor nezakonitih dokaza u spis predmeta.

Kad sud odluči odmah nastaviti s glavnom raspravom, također otvara neka pitanja. Tako, na pitanje je li u takvom slučaju posebna žalba protiv rješenja o izdvajanju dopuštena, odgovor ovisi o tome kakvu je odluku donio raspravni sud. Ako je žalba dopuštena, postavlja se pitanje može li utjecati na odluku višeg suda o suđenju pred istim vijećem. Odgovor je negativan, jer rasprava može biti dovršena prije nego viši sud odluči o žalbi. U oba slučaja presudna je odluka raspravnog suda, pri čemu je zapravo zakonskom formulacijom isključena mogućnost odlučivanja višeg suda.³⁹

Osobe koje uživaju povlasticu da ne moraju svjedočiti mogu, ako to žele, odbiti davanje iskaza u cijelosti - čl. 244.(234.) ZKP. To su privilegirani svjedoci koji sami odlučuju hoće li dati iskaz. Ako odluče dati iskaz, oni su u pravima i dužnostima izjednačeni sa svakim drugim svjedokom. Osoba koja može biti oslobođena dužnosti svjedočenja mora biti upoznata s tim pravom prije svakog ispitivanja. Ako to upozorenje izostane ili dano upozorenje i odgovor ne budu uneseni u zapisnik, takav iskaz osobe nevaljani je dokaz i treba ga izdvojiti iz spisa.⁴⁰

Privilegirani svjedok ima uvijek dužnost odazvati se pozivu, pri čemu sud može svjedoku koji je jednom izjavio da ne želi svjedočiti ponovo uputiti poziv. Ako ta osoba nakon ponovnog upozorenja izjavi da ne želi svjedočiti, nepotrebno je njezino ponovno pozivanje u svojstvu svjedoka u istom stadiju kaznenog postupka. Posebno je rješenje situacije kad je osoba tijekom istrage otklonila blagodat i dala iskaz. Zapisnik o iskazu te osobe ne smije se pročitati

³⁹ Usp. Pavišić, B. i sur., o. c., str. 558-559.

⁴⁰ Premda Zakon govori o pravu osobe na oslobođenje od dužnosti svjedočenja, bolje je govoriti o povlastici, jer se ne radi o subjektivnom pravu koje bi uživalo zaštitu posebnim pravnim sredstvom. Tako Krapac, D., Kazneno procesno pravo, str. 368.

ako ona uopće nije pozvana na glavnu raspravu ili je na glavnoj raspravi izjavila da neće svjedočiti - čl. 348.(331.) st. 2. ZKP. Drukčija je situacija kad je privilegirani svjedok, odrekavši se blagodat nesyjedočenja, dao iskaz u istrazi, ali je potom umro prije održavanja glavne rasprave. U tom slučaju može se pročitati njegov iskaz kao zakoniti dokaz.⁴¹ Postoje i situacije na koje zakon ne daje izravan odgovor. Tako svjedok može odustati od prethodne odluke o davanju iskaza ili opozvati tu odluku prije ponovnog ispitivanja sve do trenutka njegova ispitivanja na glavnoj raspravi. Istovremeno, ne može se opozvati odluka svjedoka da će svjedočiti kao ni iskaz tog svjedoka dan na glavnoj raspravi. Jednako vrijedi i za odustanak od navedenog (iznimka je novi postupak nakon ukidanja prvostupanjske presude). Osobito je složena situacija u slučaju opoziva zornoga ili verbalnog iskaza tijekom radnji prepoznavanja i suočenja, kao i rekonstrukcije. Ako su te radnje poduzete tijekom istrage, opoziv odluke o davanju iskaza ne dovodi u pitanje samo dani iskaz, već i valjanost cijele procesne radnje.⁴²

U praksi može doći do posrednog korištenja sadržaja iskaza privilegiranog svjedoka koji tijelu kaznenog postupka priopći druga osoba, koja saznanje o kaznenom djelu crpi iz razgovora s privilegiranim svjedokom, a on je iskoristio blagodat nesyjedočenja. Valja smatrati nezakonitim dokazom iskaz "svjedoka po čuvenju", koji je ispitan o sadržaju razgovora vođenog s privilegiranim svjedokom tijekom kaznenog postupka ili izvan njega, ali prije upozorenja privilegiranog svjedoka na blagodat nesyjedočenja.⁴³ Takvim tumačenjem konkretne pravne situacije dosljedno se primjenjuje teorija "plodova otrovne voćke".

Posebnu vrstu "svjedoka po čuvenju" čine djelatnici redarstvenih vlasti koji mogu tijekom kaznenog postupka biti ispitani u svojstvu svjedoka. Ako je sadržaj tog iskaza prepričavanje razgovora s građanima obavljenog u okviru njihove službene dužnosti, to će biti nezakoniti dokaz, jer je u pravilu riječ o obavjesnom – neformalnom razgovoru.⁴⁴ Čak i u slučaju da policijski djelatnik nije osobno vodio razgovor s osumnjičnikom, već je samo u okviru svoje službene dužnosti bio nazočan razgovoru osumnjičenika s drugom osobom, njegov iskaz o sadržaju tog razgovora nezakonit je dokaz.⁴⁵ Međutim, ako su redarstveni djelatnici do tih saznanja došli u vezi s obavljanjem svoje službene dužnosti, ali na temelju osobnog zapažanja, riječ je o zakonitom dokazu.⁴⁶

⁴¹ Tako Vrhovni sud RH u svojoj odluci I-Kž-271/02 od 27.5.2003.

⁴² Usp. Pavišić, B. i sur., o. c., str. 449.

⁴³ Navedeno stajalište zauzeo je Vrhovni sud RH u svojoj odluci I Kž-486/02 od 10. 9. 2002.

⁴⁴ Stajalište Vrhovnog suda RH izraženo u odluci I Kž-650/00.

⁴⁵ O tom pitanju Vrhovni se sud očitovao u odluci I Kž1/01 od 11.1.2001.

⁴⁶ To je stajalište izraženo u više odluka Vrhovnog suda RH: I Kž-4/00, I Kž-339/01, I Kž-93/04. Spomenuta shvaćanja o iskazivanju "svjedoka po čuvenju" navedena su prema

Zakon predviđa još jedan slučaj oslobođenja od dužnosti svjedočenja koji se realizira kroz uskratu davanja odgovora na pojedina pitanja. Riječ je o djelomičnom oslobođenju od dužnosti svjedočenja svih osoba za koje je vjerojatno da bi odgovorom na pojedino pitanje (koje je inače dopušteno) izložile sebe ili svoga bliskog rođaka⁴⁷ teškoj sramoti, znatnoj materijalnoj šteti ili kaznenom progonu - čl. 246.(236.) ZKP. Sud je dužan poučiti svjedoka o pravu uskrate odgovora na pojedina pitanja čim se pokaže vjerojatnost postojanja navedenih razloga. Propust davanja upozorenja ne dovodi do nevaljanosti dokaza iskaza svjedoka.⁴⁸ Prilikom primjene odredbe čl. 246.(236.) ZKP javljaju se izvjesne dvojbe vezane za njezinu djelotvornost. Gotovo je nezamisliva primjena navedenog članka bez prethodnog bar djelomičnog otkrivanja okolnosti koje su temelj oslobođenja. Smisao konkretne odredbe je zaštita od postupovne zloupotrebe da se okrivljenik ispituje u svojstvu svjedoka, koji u zabludi o vlastitim dužnostima zapravo daje priznanje kaznenog djela.⁴⁹

Posebnu povlasticu da ne moraju odgovarati na pojedina pitanja ili da odbiju davanje iskaza u cjelini uživaju tzv. ugroženi svjedoci. Neki teoretičari razlikuju dvije kategorije takvih svjedoka.⁵⁰ Prvu čine osobe koje bi odgovorom na pojedino pitanje ili davanjem iskaza sebe ili sebi blisku osobu izložile ozbiljnoj opasnosti za život, zdravlje ili tjelesnu nepovredivost, slobodu ili imovinu većeg opsega. Navedenu povlasticu te osobe uživaju dok se ne osigura zaštita svjedoka - čl. 249.(238.a) st. 1. ZKP. Druga kategorija predviđena je čl. 248.(238.) st. 5. i 6. ZKP, a u nju spadaju nenormalno osjetljive osobe (djeca oštećena kaznenim djelom, stare osobe, bolesne osobe, osobe s posebnim potrebama).

Pravno je zanimljiv i relativno nov institut "krunskog svjedoka", kolokvijalno nazvan "pokajnikom". Taj je pojam uveden odredbama Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. Da bi stekao status "krunskog svjedoka" i u tom se svojstvu pojavio na glavnoj raspravi, osumnjičenik ili okrivljenik mora proći propisanu proceduru, u kojoj mu sud

odgovarajućim odlukama Vrhovnog suda RH, koje su u svojim radovima analizirali i obradili Kos, D., Bitna povreda ..., str. 189-229, te Mršić, G., Nezakoniti dokazi – praksa sudova o nekim pravnim pitanjima, Hrvatska pravna revija, god. 4., lipanj 2004., br. 6, str. 112-125.

⁴⁷ Prema zakonskoj formulaciji, ne bi bili obuhvaćeni bračni i izvanbračni drug, ali to bi trebalo uzeti kao redakcijsku pogrešku. Usp. Tomašević, G., Kazneno procesno pravo, str. 309.

⁴⁸ Ako tijelo koje vodi kazneni postupak odbije pravo uskrate odgovora na pojedina pitanja, svjedok nema pravo žalbe protiv te odluke, već samo pravo žalbe na odluku o kažnjavanju koje tijelo kaznenog postupka donese zbog uskrate iskaza svjedoka. Prisila svjedoka na iskaz mogla bi se označiti kao kazneno djelo iz čl. 127. KZ. Vidi Krapac, D., Kazneno procesno pravo, II. izdanje, str. 368.

⁴⁹ Usp. Pavišić, B., Komentar ..., 4. izdanje, str. 336.

⁵⁰ Vidi Damaška, M., Dokazno pravo u kaznenom postupku - oris novih tendencija, Zagreb, 2001., str. 70.

na prijedlog ovlaštenog tužitelja podjeljuje taj status. U tu svrhu ispituje ga ovlašteni tužitelj, i to u svojstvu svjedoka, nakon čega dani iskaz vrednuju državni odvjetnik i sud u posebnom postupku za podjelu statusa “krunskog svjedoka”. Ako “krunski svjedok” odstupi od iskaza koji je dao državnom odvjetniku, postoji mogućnost nastavka njegova progona za kazneno djelo u postupku u kojem je stekao to svojstvo. Sud je dužan uzeti u razmatranje zapisnik o ispitivanju osumnjičenika odnosno okrivljenika u istrazi od strane državnog odvjetnika ako je ispitivanje provedeno prema pravilima za ispitivanje svjedoka. Riječ je o jedinjoj iznimci korištenja pred sudom zapisnika o ispitivanju osobe od strane ovlaštenog državnog odvjetnika koje je izvršeno prema pravilima o ispitivanju svjedoka.⁵¹ Radi se, dakle, o specifičnom zakonitom dokazu.

Odredbom čl. 245.(235.) ZKP predviđeni su slučajevi kad iskaz svjedoka nije pravno valjani dokaz te se na njemu ne može temeljiti sudska odluka. Prvi je slučaj kad je kao svjedok ispitana osoba koja je relativno nesposobna za svjedočenje, a razlog te nesposobnosti nije prestao. Drugi slučaj vezan je uz ispitivanje u svojstvu svjedoka osobe koja ima povlasticu uskrate cijelog iskaza, a nije na to upozorena ili se nije izričito odrekla toga prava ili ako upozorenje i odricanje nije ubilježeno u zapisnik. Sljedeći slučaj je iskaz svjedoka iznuđen silom, prijetnjom ili drugim sličnim zabranjenim sredstvom. Najzad, to je situacija kad je kao svjedok ispitana maloljetnik koji ne može shvatiti značenje prava da ne mora svjedočiti. Razlikuje se način dokazivanja počinjenih povreda. U prva dva slučaja povreda postupanja može se utvrditi prema zapisniku o ispitivanju svjedoka. Pri ispitivanju maloljetnika odnosno iznuđivanju iskaza nepravilnosti se utvrđuju izvođenjem dokaza, s napomenom da se iznuđivanje iskaza može dokazati i na druge načine, a ne samo pravomoćnom presudom. Treba podsjetiti da među iskaze koji su nevaljani dokazi, osim slučajeva izričito predviđenih čl. 245.(235.) ZKP, možemo ubrojiti i iskaze svjedoka dobivene uporabom sredstava kojima se utječe na njihovu volju pri davanju iskaza - čl. 282.(265.) st. 4. ZKP, kao i dokaze za koje se saznalo iz naprijed navedenih iskaza. Također se može smatrati nevaljanim dokazom iskaz ugroženog svjedoka pri ispitivanju kojeg je primijenjen poseban način ispitivanja i sudjelovanja u postupku, ako je unatoč žalbi stranaka odstupljeno od zakonom propisanog modela.

⁵¹ Tako Kos, D., Bitna povreda ..., str. 214.

3.2.5. Zapisnici o ispitivanju vještaka koji to pravno ne smiju biti

Peta kategorija nezakonitih dokaza su zapisnici o ispitivanju vještaka koji to pravno ne smiju biti. Iskaz vještaka je dokaz u kaznenom postupku koji tijelu kaznenog postupka omogućuje zaključak o postojanju ili nepostojanju činjenica koje se mogu utvrditi samo pomoću stručnog znanja ili umijeća. Premda vještak ne može i ne smije odgovarati na pravna pitanja,⁵² već isključivo na činjenična pitanja koja mu je sud postavio, u praksi njegovo mišljenje ima odlučujuću ulogu prilikom primjene prava. Vještaci nisu jedini stručnjaci koje sud može angažirati u kaznenom postupku. Zakon omogućuje da stručni savjetnici - čl. 211.(198.) st. 8. ZKP i stručni pomoćnici - čl. 262.(246.) st. 1. ZKP pružaju stručnu pomoć sudu pri obavljanju pojedine istražne radnje. Međutim, ta pomoć nikada ne rezultira njihovim iskazom kao dokazom, tako da se navedeni stručnjaci ne smatraju vještacima.⁵³

Središnje pitanje problematike vještačenja vezano je za sposobnost osobe biti vještakom, pri čemu moraju biti zadovoljena dva uvjeta: stručni i pravni. Stručni se uvjet ostvaruje posjedovanjem stručnog znanja potrebnog za opažanje određenih činjenica. Premda Zakon ne zahtijeva formalne kvalifikacije utvrđene stručnim ispitima, sud se služi vanjskim okolnostima (zvanje i zanimanje, kvalifikacija, radni staž i sl.) koje upućuju na vještakovu stručnost.⁵⁴ Pravni je uvjet određen negativnom zakonskom formulacijom koja propisuje koje se osobe ne mogu uzeti za vještaka. Tako je čl. 267.(250.) st. 1. ZKP navedeno da se za vještaka ne može uzeti osoba koja ne može biti ispitana kao svjedok - čl. 243.(233.) ZKP, osoba koja je oslobođena dužnosti svjedočenja - čl. 244.(234.) ZKP te osoba prema kojoj je kazneno djelo počinjeno (oštećenik). Pravna posljedica kršenja te zabrane odnosno određivanja za vještaka osobe iz navedenih kategorija očituje se u tome što je iskaz vještaka (nalaz i mišljenje) nevaljani dokaz te se na njemu ne može temeljiti sudska odluka.

Člankom 276.(259.) stavkom 2. ZKP propisano je da se za vještaka ne može odrediti liječnik koji je liječio umrloga. On se može ispitati kao svjedok pri obdukciji leša u cilju razrješenja tijeka i okolnosti bolesti, pri čemu nema blagodat iz čl. 244. st. 1. t. 4. (234. st. 1. t. 5.) ZKP. Razlog toj zabrani

⁵² Zadatak je vještaka utvrđivanje pravno relevantnih činjenica na koje ga upozorava sud, ali nikada njihova pravna ocjena. Vidi odluku VSH, Kž-216/59, Kramarić, I., Zakon o kaznenom postupku i sudska praksa, Zagreb, 1998., str. 357.

⁵³ To stajalište sudske prakse izraženo je u mišljenju da "izvješće o pregledu motornog vozila koje je sačinio kriminalistički tehničar obučen za mehanoskopske preglede... ne može predstavljati dokaz u kaznenom postupku u smislu vještačkog nalaza". Vidi odluku Županijskog suda u Bjelovaru, Kv 48/01 (Kir-I-620/00) od 8.2.2001., Sudska praksa Županijskog suda u Bjelovaru, br. 26., Bjelovar, veljača 2002.

⁵⁴ U tom su smislu i smjernice navedene u nekim zakonskim odredbama. Vidi čl. 265.(248.) st. 2. i 4., čl. 276.(259.) st. 1. te čl. 279.(262.) st. 1. ZKP.

jest mogućnost da je upravo taj liječnik svojim liječenjem uzrokovao smrt. Premda zakon izrijeckom ne određuje da se vještačenje liječnika koji je liječio umrloga smatra nevaljanom dokazom, moglo bi se prihvatiti stajalište da nevaljanost takvog dokaza proizlazi iz tumačenja pojma i opsega nezakonitih dokaza.⁵⁵ U tom članku možda bi bila opravdana dopuna citirane odredbe. Razlog za to leži u činjenici da je moguća pristranost liječnika kao vještaka rezultat straha od kaznenog progona za kazneno djelo nesavjesnog liječenja (čl. 240. KZ) ili nepružanja medicinske pomoći (čl. 243. KZ). Iskaz vještaka (nalaz i mišljenje) dan u navedenim okolnostima može biti lažan ili bar neistinit te pribavljen suprotno dokaznim pravilima.

Iako su teoretski mogući slučajevi vještačenja od strane osoba koje to pravno ne smiju biti, u praksi se rijetko javlja izdvajanje iz spisa predmeta nalaza i mišljenja vještaka kao izvorno nezakonitog dokaza. U praksi se ipak može pojaviti sumnja u nezakonitost dokaza vještačenja. Na to su nas upozorili rezultati našeg već spomenutog neobjavljenog istraživanja. Riječ je o dvije pravne situacije koje su sudskoj praksi stvorile izvjesne dileme. Prvi se slučaj odnosi na predmete u kojima je izveden dokaz pregledom nalaza stručnog pregleda videograma, koji je izradilo Društvo za zaštitu audiovizualnih djela. Sud je spomenuti nalaz u svim analiziranim slučajevima tretirao kao vještačenje, odnosno nazvao ga tim imenom, i na tom dokazu utemeljio svoju odluku.⁵⁶ U žalbenom postupku osporavana je zakonitost dokaza vještačenjem koje je obavio predstavnik oštećenika odnosno spomenutog Društva za zaštitu audiovizualnih djela. Rješenje tog pitanja može se naći u jednoj odluci Županijskog suda u Zagrebu u kojoj je zauzeto stajalište da stručni pregled videokaseta, koji obavi Društvo za zaštitu audiovizualnih djela i o tome donese svoj nalaz, nije vještački nalaz. U tom smislu ne može se govoriti ni o primjeni odredbe čl. 267.(250.) ZKP o tome koje se osobe ne mogu uzeti za vještaka i koji su razlozi za izuzeće vještaka. Međutim, zapisnik o stručnom pregledu koji sastavi oštećenik može biti dokaz u postupku i on se ocjenjuje kao i svi ostali dokazi, uključujući i eventualno vještačenje.⁵⁷

Ako bismo citirano pravno stajalište htjeli primijeniti na prije spomenute slučajeve Općinskog suda u Splitu, moglo bi se reći da je sud pogriješio kad je nalaz stručnog pregleda videograma tretirao kao vještačenje. Usprkos nazivu koji u sebi sadržava riječ "nalaz", što odgovara jednom od sastavnih dijelova pisanog očitovanja vještaka, zapisnik o stručnom pregledu videograma koji je

⁵⁵ Tako rezoniraju Tomašević, G., *Kazneno procesno pravo*, str. 314, i Pavišić, B. i sur., o. c., str. 473.

⁵⁶ Vidi npr. presude Općinskog suda u Splitu I K-828/00 od 17.11.2000., I K-68/00 od 16.01.2001. i I K-1059/00 od 21.2.2001.

⁵⁷ Vidi Županijski sud u Zagrebu, IV Kž-850/02 od 30.8.2002., Izbor odluka VSRH, 2002(2), 240.

izradilo Društvo za zaštitu audiovizualnih djela nije vještačenje ni u formalnom ni u sadržajnom smislu. Uostalom, stručni pregled računalnih programa nije naložilo tijelo kaznenog postupka, već ga je samoinicijativno izvršilo spomenuto Društvo. Nedostaje, dakle, formalna pretpostavka vještačenja, pa se ne može ni raspravljati o zakonitosti dokaza vještačenjem. Nije riječ ni o hitnoj istražnoj radnji koju su odredile redarstvene vlasti, jer u konkretnom slučaju nije bilo potrebe za takvom radnjom. Naime, nije postojala opasnost od odgode, budući da je za osiguranje dokaza bilo sasvim dovoljno oduzeti sporne kasete i videograme. U sadržajnom smislu nalaz stručnog pregleda videograma ne obrazlaže jesu li videokasete nelegalne zato što nema odobrenja autora ili zato što nije riječ o izvorniku, a ne govori ni o drugim činjenicama iz kojih bi se moglo zaključiti u čemu se ostvaruje protupravnost djelovanja vlasnika videoteke, osim što iznosi utvrđene činjenice. Nije riječ, dakle, o vještačenju, već bi se nalaz stručnog pregleda videograma mogao tretirati kao zapisnik o inspekcijском nadzoru, pa se kao takav može pregledati na sudu. Drugo je pitanje, koje ostaje u domeni sudske ocjene dokaza i utvrđivanja činjeničnog stanja, je li za ispravnu sudsku odluku trebalo provesti odgovarajuće vještačenje. To, međutim, ne dovodi u pitanje zakonitost provedenog dokaza stručnog pregleda videograma.

Drugi slučaj su predmeti u kojima je izveden dokaz pregledom zapisnika o utvrđivanju vrste nepoznate tvari, koji je sastavila ovlaštena službena osoba u policijskoj postaji na okolnosti utvrđivanja prisutnosti THC-a. Sud je navedeni dokaz ocijenio kao dokaz da je riječ o biljnoj materiji koja predstavlja opojnu drogu marihuanu te je na tome utvrđenju temeljio osuđujuću presudu.⁵⁸ Budući da se uporabom tih preliminarnih testova dobivaju pouzdano točni rezultati, Državno odvjetništvo RH dalo je obvezni napatuk svim državnim odvjetništvima da svoje odluke donose na temelju tih testova. Treba naglasiti da se napatuk odnosi isključivo na droge tipa *Cannabis* iz čl. 173. st. 1. KZ, i to kad se primjenjuje načelo svrhovitosti kaznenog progona. U slučaju optuženja, ako okrivljeni tijekom kaznenog postupka predlaže vještačenje, to vještačenje treba provesti na njegov trošak.⁵⁹

Ključno je pitanje kakav procesni karakter ima opisana radnja koju obavljaju ovlaštene službene osobe u policijskim postajama i u kakvom je svojstvu one obavljaju. Činjenica da su te osobe educirane za obavljanje konkretnih kemijskih testova radi utvrđivanja kemijskog sastava sumnjive materije odnosno utvrđivanja postotka određene tvari (THC) u toj materiji, po našem mišljenju,

⁵⁸ Vidi odluke Općinskog suda u Splitu I K-1067/00 od 14.2.2001., I K-913/00 od 16.2.2001., I K-889/00 od 20.7.2001., I K-127/01 od 11.6.2001., I K-1048/00 od 13.2.2001., I K-1073/00 od 20.2.2001., I K-1009/00 od 26.2.2001., I K-803/00 od 11.10.2001. i odluku Općinskog suda u Kaštel Lukšiću K-27/01 od 11.7.2001.

⁵⁹ Vidi Državno odvjetništvo RH, br. 0-6/00 (A-33/00), Zagreb, 1. lipnja 2001.

nije dostatna da bi se te osobe smatrale vještacima. Njihovo specijalističko znanje za obavljanje testova ne mijenja temeljno svojstvo tih policijskih djelatnika. Osim toga, testovi se obavljaju bez pisanog naloga tijela kaznenog postupka, što znači da nema pravne pretpostavke za procesnu radnju vještačenja. Ne može se govoriti ni o hitnoj istražnoj radnji jer nije bilo opasnosti od odgode, budući da se samim oduzimanjem sporne materije dokaz osigurava. Zapisnik o utvrđivanju vrste nepoznate tvari, ni u formalnom ni u sadržajnom smislu, nije vještački nalaz i mišljenje, već se može usporediti s alkotestom. U prilog tom stajalištu jest i postupanje pojedinih državnih odvjetništava koja su zahtijevala provođenje toksikoloških vještačenja, iako je u predmetu postojao zapisnik o utvrđivanju vrste nepoznate tvari.⁶⁰ Sve to navodi na zaključak da u konkretnom slučaju nije riječ o procesnoj radnji vještačenja, već o preliminarnim testovima, kojih je primarna svrha smanjiti troškove kaznenog postupanja u vrijeme dok se ono nalazi u stadiju pretkaznenog postupka (odlučivanje po načelu svrhovitosti).

Takvo postupanje čini se opravdanim i racionalnim jer se u tim slučajevima osumnjičenik suglasio s utvrđenjem svojstva materije kao opojne droge. Međutim, s doktrinarnog stajališta, u slučaju optuženja, ako okrivljenik tijekom kaznenog postupka predloži vještačenje, to se vještačenje obavlja na njegov trošak. Takvo postupanje nije u skladu s teretom dokaza koji je, u pravilu, na ovlaštenom tužitelju, kao ni s presumpcijom nedužnosti. Akuzatorni element predlaganja dokaza ne bi trebao stvarati obvezu predujmljivosti troškova izvođenja tih dokaza. Oni će, ako optuženi bude osuđen, ionako pasti na njegov teret (osim ako ga sud ne oslobodi plaćanja tih troškova). Na taj način optuženik se stavlja u neravnopravan položaj pri ostvarivanju prava na obranu, jer mora dokazivati ključnu činjenicu u postupku, što dovodi u pitanje načelo pravičnosti kaznenog postupka.

Možemo, dakle, zaključiti da preliminarni kemijski testovi koje obavljaju ovlaštene službene osobe u policijskim postajama nisu vještačenja te se ne postavlja pitanje primjene čl. 250. ZKP u pogledu osobe koja ne može biti vještak, što znači da nije riječ o nezakonitom dokazu vještačenjem. Rezultati tih testova mogu se koristiti kao dokaz činjenice da se radi o određenoj materiji, ali bi taj dokaz sud, nakon izvršenog uvida u zapisnik, trebao ocjenjivati kao i svaki drugi dokaz u kaznenom postupku, s napomenom da su presude Općinskog suda u Splitu na tom dokazu pretežno pravno utemeljene. Ostaje otvoreno pitanje potrebe provođenja toksikoloških vještačenja, jer opisanim načinom nije egzaktno utvrđeno da je riječ o određenoj vrsti opojne droge, a ta činjenica ima značenje bitnog elementa bića kaznenog djela iz čl. 173. KZ.

⁶⁰ To je, uostalom, bio i povod donošenju spomenutog naputka Državnog odvjetništva RH.

Nalaz i mišljenje vještaka u sudskoj se praksi, sam po sebi, rijetko pojavljuje kao nezakoniti dokaz. Češće su određeni spisi ili predmeti, na kojima se obavlja vještačenje, prikupljeni radnjom koja je poduzeta suprotno zakonu. Ako sud takvu radnju – primjenom teorije “plodova otrovne voćke” – proglašiti nezakonitim dokazom, postaju nezakoniti i svi dokazi proizašli iz nje, što znači i sam nalaz i mišljenje vještaka (vidi pod 3.3. ovog rada).

3.3. Dokazi za koje se saznalo pomoću nezakonitih dokaza

Klasifikacija nezakonitih dokaza prihvaćena u ovom radu kao treću vrstu uzima dokaze za koje se saznalo pomoću nezakonitih dokaza. Riječ je o izvedenom dokazu koji je pribavljen na zakonit način, ali se za taj dokaz saznalo iz nekog drugog – izvornog dokaza pribavljenog na nezakonit način. Tom postavkom dosljedno je provedeno isključivanje i izvornog nezakonitog dokaza i njegova saznajnog sadržaja uključenog u izvedeni dokaz, koji je sam po sebi zakonit. Zakonska formulacija čl. 9. st. 2. ZKP “drugi dokazi za koje se iz njih saznalo” odnosi se na složeni dokaz, koji čine: a) izvorni dokaz pribavljen na nezakonit način i b) izvedeni dokaz koji opet može biti pribavljen na nezakonit ili na zakonit način. Kriterij za ocjenu zakonitosti dokaza uvijek je ponajprije izvorni dokaz. Kad je izvorni dokaz zakonit, tek tada postaje značajno na koji je način pribavljen izvedeni dokaz. Jedino u tom slučaju taj se dokaz samostalno ocjenjuje. U suprotnom, ako izvorni dokaz nije zakonit, samim time nisu zakoniti ni izvori saznanja do kojih se došlo iz tog dokaza.

Opisanim proširenjem pojma nezakonitog dokaza u našem je kaznenom procesnom pravu prihvaćena “teorija plodova otrovne voćke” (*fruit of the poisons tree doctrine*), prema kojoj su nezakoniti ne samo dokazi koji su pribavljeni na nezakoniti način nego i oni za koje se iz njih saznalo, tzv. izvedeni, derivativni dokazi (*the tainted evidence*). Taj izraz prvi put je upotrijebio sudac Federalnog vrhovnog suda SAD Frankfurter u precedentu *Nardone vs. U.S.* iz 1939. godine. U toj odluci Sud iscrpno obrađuje pitanje u kojoj mjeri zakoniti dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih smiju biti korišteni kao dokazna osnova presude.⁶¹ Teorijsko uporište za neupotrebljivost derivativnih dokaza nalazi se u nizu različitih načela koja su razvijena u teoriji kaznenog procesnog prava,⁶² pri čemu je najprihvatljivije tzv. načelo zaštite okrivlje-

⁶¹ Vidi: LaFave, W. R. - Israel, J. H., *Criminal Procedure*, Stud. ed. St. Paul, 1985., str. 427.

⁶² Anglo-američko pravo poznaje niz načela koja opravdavaju izdvajanje nezakonitih dokaza kao što su: *the reliability principle, the disciplinary principle, the privilege against self-incrimination principle, the fairness principle*. Vidi detaljno Bailey, S. H.-Harris, D. J.-Jones, B. L., *Civil Liberties: Cases and Materials*, London, 1991., str. 129-145.

nikovih prava (*the protective principle*). Ono proklamira dva postulata. Prvi, da jedino zabrana korištenja u kaznenom postupku dokaza pribavljenih na nedopušteni način osigurava postupanje s građanima sukladno standardima koji su propisani zakonom. Drugi, da se dokazi nastali kršenjem prava okrivljenika ne smiju upotrebljavati na njegovu štetu.⁶³ Također se navodi da je najdjelotvorniji način sprječavanja kršenja procesnih formi od strane državnih tijela dosljedno onemogućivanje ostvarivanja njihove koristi od takvih postupaka.

Za razliku od tog shvaćanja zastupljenog u američkoj teoriji i praksi, u engleskom se procesnom pravu govori o isključivanju iz dokaznog materijala bilo kojeg “nepravičnog dokaza” (*exclusion of unfair evidence*), pod kojim se razumije takav dokaz koji bi “za pravičnost u postupanju imao tako negativan učinak da ga ne treba prihvatiti”.⁶⁴ Takvo izdvajanje može izvršiti sudac na temelju odredbe čl. 1. Police and Criminal Evidence Act iz 1984. godine, što znači da je to prepušteno njegovoj diskrecijskoj ocjeni. Naime, u Engleskoj ne postoji zakonska zabrana korištenja dokaza koji su “plodovi otrovne voćke”, nego je njihova uporaba prepuštena diskrecijskoj ocjeni suca. Člankom 76. stavkom 4.a) citiranog Zakona propisano je da izdvajanje nezakonitog priznanja ne utječe na upotrebljivost bilo koje činjenice koja je otkrivena kao rezultat priznanja. Teoretičari vrlo skeptično gledaju na učinkovitost takve ograničene primjene izdvajanja nezakonitih dokaza, jer ona ne sprječava primjenu zabranjenih metoda i postupaka, osobito vršenja pritisaka prilikom policijskog ispitivanja.⁶⁵

Praktična vrijednost prihvaćanja teorije “plodova otrovne voćke” u hrvatskom kaznenom procesnom pravu sastoji se u oduzimanju svrhe protupravnog djelovanja tijela kaznenog postupka. Stoga je to važan korak na putu proširenja primjene načela pravičnosti u hrvatskom kaznenom postupku. Primjena te teorije osobito je važna u slučaju dokazivanja putem posrednih dokaza te kod iskaza svjedoka po čuvenju.

Za potpuno razjašnjenje izvedenog dokaza i njegove procesne sudbine, prethodno je potrebno odgovoriti na pitanje kad se ima uzeti da se za jedan dokaz saznalo iz drugog (izvornog i nezakonitog) dokaza. U slučaju da je izvedeni dokaz, promatran sam za sebe, pribavljen na zakonit način, on će biti isključen kao temelj sudske odluke ako je izvorni nezakonit dokaz jedini isključivi izvor saznanja za njega. U protivnom, kad je izvorni nezakoniti dokaz samo jedan od izvora saznanja za izvedeni dokaz, a drugi su izvori valjani, zakoniti dokazi, tada izvedeni dokaz neće samo zbog toga biti nezakonit. U ovom slučaju za izvedeni se dokaz stvarno saznalo (i) iz drugih valjanih do-

⁶³ Usp. Ashvorth, A., *The Criminal Process: An Evaluative Study*, Oxford, 1994., str. 122.

⁶⁴ Krapac, D., *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995., str. 87.

⁶⁵ Usp. Sanders, A.-Young, R., *Criminal Procedure*, London, 1984., str. 420.

kaza. To se stajalište naziva “doktrina neovisnog izvora” – *independent source doctrine*. Potpuno je drugačija situacija kad je riječ o tzv. “neizbježnom otkriću” – *inevitable discovery doctrine*. Sustav *common law* pod neizbježnim otkrićem razumije nezakonito pribavljeni dokaz za koji se istovremeno tvdi da bi se do toga dokaza neizbježno došlo i zakonitim putem. Budući da se ovdje radi samo o tvrdnji, hipotezi, navedeni pristup teško je prihvatljiv i u sustavu u kojem je nastao. Osim spomenutih javljaju se još neka stajališta. Tako “doktrina izbljedjeloga madeža” – *purged taint doctrine* – prihvaća dokaz kod kojega je uzročna veza između nezakonitosti i dokaza daleka i slaba, izbljedjela. Najnovija iznimka u američkoj praksi je ona “dobre vjere” – *good faith exception*. Međutim, ni ta teorija nije sasvim nesporna. Govori se još o tzv. “bifurkativnom testu” koji sadržava dva kriterijska pitanja: je li nezakonit dokaz kao *condicio sine qua non* rezultat prvobitne nezakonitosti te je li dobi-ven aktivnim korištenjem prvobitne nezakonitosti?⁶⁶

Može se reći da sve spomenute teorije samo djelomično rješavaju postavljene problem. Stoga praksa mora stvoriti jasne kriterije za odgovor na pitanje o porijeklu izvedenog dokaza. Ovdje je ključno pitanje u kojim se sve slučajevima ima uzeti da se za dokaz saznalo iz drugih dokaza. Stavkom 2. članka 9. ZKP nabrojani su načini pribavljanja dokaza koji rezultiraju nezakonitim dokazima, pri čemu je uvijek riječ o dokazima u postupovnom smislu. To znači da se zabrana odnosi na situaciju kad je izvorni dokaz pribavljen kao dokaz, a ne kao sadržaj neformalnog izvora saznanja. Ne može se, dakle, raditi o nekom izvanpostupovnom, privatnom saznanju, niti o obavijesti koja ne može služiti kao dokaz ili o nekom sličnom izvoru. Također, nezakonitost se mora odnositi upravo na način pribavljanja izvornog dokaza. Valja zaključiti da nije riječ o izvedenom dokazu ako saznanje o njemu potječe iz drugih izvora saznanja, a ne dokaza u postupovnom smislu. Kad je dokaz za koji se saznalo na temelju izvanpostupovnog saznanja ili dokaza izveden na pravilan način, on se može upotrijebiti jer nije nezakonit. Ako izvršimo inverziju sadržaja odredbe čl. 9. ZKP, dolazimo do načela zakonitosti dokaza, pri čemu se pojam dokaza može proširiti na sve izvore saznanja o činjenicama na kojima se utemeljuje sudska odluka.⁶⁷ Dakle, sudska odluka može biti utemeljena samo na dokazu pribavljenom na zakonit način. Ta se postavka odnosi na svaki dokaz bez obzira na njegovu dokaznu snagu i istinosnu vrijednost kao i bez obzira na to je li riječ o neposrednom dokazu ili indiciji. Slijedom izesenog proizlazi da navedena zabrana uporabe nezakonitih dokaza ima točno određeni opseg i cilj. Ona ne vrijedi u svim onim slučajevima u kojima se za izvedeni dokaz

⁶⁶ Vidi Zupančić, B. M. i grupa autora, *Ustavno kazensko procesno pravo*, Ljubljana, 2000., str. 835-855.

⁶⁷ Usp. Pavišić, B., *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, 5. izdanje, Rijeka, 2003., str. 32-33.

saznalo i iz drugih izvora, a ne samo iz nezakonito pribavljenih dokaza. Tada izvorni dokaz ne može biti upotrijebljen u postupku iz razloga što to i nije dokaz. Naprotiv, izvedeni dokaz može se upotrijebiti, jer on i nije izvedeni dokaz u pravom smislu riječi, i to stoga što se za njega nije saznalo isključivo iz izvornog dokaza (koji je nezakonito pribavljen), već (i) iz drugih izvora (koji može biti zakonit dokaz ili se uopće ne radi o dokazu). Opisana situacija moguća je u praksi a poznata je i u teoriji (direktni i apagogički dokaz).⁶⁸

Analiza odredbe čl. 9. ZKP otvara još jedno pitanje, a to je odnos opsega navedene odredbe i opsega odredbe čl. 29. st. 4. Ustava. Čini se primjerenim upravo na ovom mjestu iznijeti nekoliko napomena o tom pitanju. Člankom 9. stavkom 1. ZKP zabrana uporabe nezakonitih dokaza ograničena je na slučajeve kada bi ti izvori saznanja trebali služiti kao temelj sudske odluke. Istodobno, odredbom čl. 29. st. 4. Ustava predviđena je apsolutna zabrana uporabe nezakonitih dokaza u svim sudskim postupcima, pa tako i u kaznenom postupku. S obzirom na to da je odredba Ustava razinom viši propis od odredbe ZKP-a, mora se primijeniti ustavna odredba. To znači da se apsolutna zabrana uporabe nezakonitih dokaza odnosi na cijeli kazneni postupak od njegova započinjanja pa sve do okončanja. Ona se također odnosi na dokaze vezane s glavnim, ali i svim sporednim predmetima. Njome su obuhvaćeni i svi oblici kaznenog postupka. Ta zabrana ima širu primjenu od pravila *in dubio pro reo*. To znači da se odnosi kako na dokaze koji idu u korist, tako i na one koji idu na štetu okrivljenika. Uporaba nezakonitog dokaza zabranjena je bez obzira na njegovu pouzdanost, istinitost, vjerodostojnost. Sud jednostavno ne može ulaziti u ocjenu navedenih svojstava dokaza. Ne postoji mogućnost da se nezakonitost "konvalidira" saznajnom vrijednošću tog dokaza, što je osobito važno za izvedene nezakonite dokaze. Sud, dakle, mora prvo odlučiti o dopustivosti dokaza, a tek potom o njegovoj vrijednosti. O rješenju prvog pitanja ovisi hoće li doći do vrijednosne ocjene dokaza. Široko tumačenje te odredbe osobito je značajno za praksu i pri tome je sud vezan tom odredbom u svim stadijima kaznenog postupka. U skladu s tim već istražni sudac mora spriječiti kako uporabu nezakonitih dokaza kao temelja sudske odluke, tako i njihov prikriveni utjecaj u kaznenom postupku. Naime, treba razlikovati formalni utjecaj dokaza kao izvora saznanja i faktični utjecaj koji može biti prikriven. Dok je formalni utjecaj nezakonitih dokaza izričito zabranjen postupovnim pravilima (članak 9. i druge odredbe ZKP), dotle je faktični prikriveni utjecaj zabranjen samo ustavnom odredbom. Načelni značaj ustavne odredbe, primjena koje je samo posredna, ne pruža dovoljnu zaštitu od uporabe nezakonitih dokaza u kaznenom postupku. Pismeni sastavci (zapisnici, bilješke) koji sadržavaju nezakonite dokaze mogu se naći i ostati u spisu predmeta od

⁶⁸ Pavišić, B., *ibidem*.

prethodnog postupka, tijekom i nakon stadija glavne rasprave, pa sve do postupka o pravnim lijekovima. Premda se na sadržaju takvog sastavka ne može temeljiti sudska odluka, time ipak nije isključen mogući utjecaj takvog dokaza na činjenični zaključak suca. Rečeno je da su nezakoniti dokazi apsolutno isključeni neovisno o tome jesu li na teret ili u korist okrivljenika. To naravno može biti u neskladu ili čak u suprotnosti s interesima okrivljenika, osobito s obzirom na apsolutni značaj ustavne zabrane.⁶⁹

Sve do sada izneseno navodi na zaključak da podizanje načela zakonitosti na razinu ustavnog načela ima i svoj dvojbenu aspekt. Osim već spomenutih, postavljaju se i brojna druga pitanja. Tako ostaje otvorenim je li pojmom nezakonitog načina pribavljanja dokaza postignut cilj kojem je težio Ustav. Očito je da je ustavni cilj bio potpuno onemogućiti uporabu nezakonitog dokaza u sudskom postupku, dok je Zakon o kaznenom postupku ograničio doseg te zabrane samo na temeljenje sudske odluke na nezakonitom dokazu. Posebno je složen problem odnosa nezakonitog načina pribavljanja dokaza i njegove vjerodostojnosti. Postavlja se i pitanje kad je dokaz pribavljen na nezakonit način. Treba analizirati cjelinu dokaznog procesa, budući da nezakonitost načina dokazivanja može biti ostvarena u svakom od stadija dokazivanja. Nadalje, isključenje dokaza pribavljenih na nezakonit način otvara problem odnosa prava na dokaz i prava obrane. Odredba Zakona koja propisuje da se mogu isključiti svi dokazi pribavljeni na nezakonit način odnosi se i na ostvarenje prava na dokaz okrivljenika. Okrivljenik, zapravo, nema pravo na dokaz pribavljen na nezakonit način, čak i u slučaju da o tome ovisi odluka o krivnji.⁷⁰

Odgovor na navedena pitanja prelazi okvire ovog rada. Usprkos tome, može se reći da čitavu problematiku treba promatrati u svjetlu poštovanja načela pravičnosti kao stožernog načela kaznenog postupka, pri čemu načelo zakonitosti kao vrhovno načelo cjelokupnog kaznenopravnog sustava također mora biti poštovano. Najbolje bi bilo nastojati postići ravnotežu između uvažavanja obaju načela, kako u rješavanju teorijskih dilema, tako i u pronalaženju rješenja konkretnih praktičnih pitanja. To je osobito važno pri rješavanju pi-

⁶⁹ Prema Pavišiću, sve to pravne su posljedice sadržaja i pravnog značaja čl. 29. st. 4. Ustava RH. Usp. Pavišić, B., Komentar ..., 5. izdanje, str. 33-34.

⁷⁰ Tako Pavišić, B., ibidem. Drukčije stajalište zauzima Krapac navodeći da od stroge zabrane primjene nezakonitih dokaza odnosno zahtjeva za dosljednim njihovim isključivanjem postoji iznimka. U slučaju kad se neki dokaz smatra nezakonitim zato što su njegovim pribavljanjem ili izvođenjem prekršena prava obrane, a uz njegovu pomoć mogla bi se za okrivljenika postići najpovoljnija odluka, mora se dopustiti uporaba tog dokaza prilikom donošenja konkretne odluke. U suprotnom pravilo ustanovljeno u korist okrivljenika moglo bi se pretvoriti u izvor štetnih posljedica za njega samoga. Vidi Krapac, D., Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije, Zagreb, 2000., str. 90.

tanja odnosa prava na dokaz i prava obrane. U razrješavanju mogućih dilema čini se opravdanim uvijek ići *in favorem* okrivljenika.

3.4. Dokazi pribavljeni policijskom operativno-kriminalističkom djelatnošću

Policijskim bi se dokazom “mogli smatrati svi izvori saznanja o činjenicama pribavljenim od policije, a značajni za kazneno postupanje”.⁷¹ Policijska djelatnost prilikom prikupljanja dokaza može se odvijati na formalan i neformalan način. Dok je formalna policijska djelatnost precizno pravno regulirana te se može obavljati isključivo na zakonom predviđen način i u točno određenim slučajevima, dotle neformalno policijsko djelovanje nije detaljno pravno regulirano. Upravo ta činjenica ostavlja policiji otvoren prostor za postupanje po pravilima struke i sukladno potrebama konkretnog slučaja. Faktični rezultat obiju djelatnosti je utvrđivanje činjenica važnih za kazneni postupak. Međutim, pravni učinak je različit. Rezultati formalne policijske djelatnosti mogu se tijekom postupka koristiti kao dokazi i na njima se može temeljiti sudska odluka. Za razliku od toga, rezultati neformalne operativno-kriminalističke djelatnosti ne mogu se tijekom postupka koristiti kao dokaz, što znači da se na njima ne može temeljiti sudska odluka.⁷² Premda je ovdje riječ o dokazima u spoznajnom, a ne u pravnom smislu, oni su vrlo značajni. Bez njih državni odvjetnik i istražni sudac ne bi mogli odlučiti o pokretanju kaznenog postupka odnosno o dokazima koje treba izvoditi tijekom istrage.

Pitanje upotrebljivosti policijskih dokaza pribavljenih neformalnom policijskom djelatnošću vrlo je važno za pravnu praksu, osobito ako se konkretna pravno relevantna činjenica ne može pred sudom utvrditi poduzimanjem neke formalne radnje. Na to pitanje pojedina europska kontinentalna procesna kaznena prava daju različite odgovore, koji bi se mogli svrstati u tri modela. U prvom postoji striktna zabrana korištenja neformalnih policijskih bilješki o ispitivanju građana kao dokaza na glavnoj raspravi (Italija, SAD, djelomice Danska). U drugom je za to predviđena načelna zabrana, ali se iznimno to može dopustiti. Tako npr. u Njemačkoj to je moguće ako se stranke s takvom uporabom dokaza suglase. Mogući su slučajevi takve uporabe npr. ako je oso-

⁷¹ U te dokaze spadaju iskazi, isprave i tehničke snimke činjenica. Usp. Tomašević, G.-Gluščić, S., Neka pitanja primjene posebnih izvidnih mjera predviđenih člancima 180.-182. Zakona o kaznenom postupku, Hrvatska pravna revija, god. I., 2001., br. 8, str. 98.

⁷² Neki autori, obrazlažući pravnu regulativu policijske djelatnosti, govore o propisima “prema kojima se u stadiju glavne rasprave činjenice ne smiju utvrđivati dokazima pribavljenim izvan propisanog načina pribavljanja i izvođenja”. Vidi Krapac, D., Kazneno procesno pravo, II. izdanje, str. 338-340.

ba, iskaz koje bi se trebao kao dokaz izvesti pred sudom, postala nedostupna ili se svjedoka koji iskazuje pred sudom mora predočavanjem policijske bilješke "uhvatiti u laži". U trećem modelu općenito se dopušta neformalnim bilješkama o ispitivanju građana koristiti kao dokazima pred sudom potpuno bez ograničenja (npr. u Francuskoj ili u Nizozemskoj samo u slučaju da se to pojavljuje kao jedino dokazno sredstvo).⁷³

Općenito se može reći da su Zakonom o kaznenom postupku iz 1997., a osobito Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku iz 2002. sadržajno proširene odredbe kojima se predviđaju ovlaštenja policije, i to kako u formalnoj tako i u neformalnoj djelatnosti. Premda je riječ o nekim sasvim novim mjerama i radnjama, ipak se preciziranjem odredbi postiže učinak ograničavanja policijskih ovlasti. To se postiže načelnim stajalištem da sva zadiranja u prava čovjeka moraju biti usklađena s četiri temeljna postulata: takva su postupanja moguća samo na temelju zakonskih odredaba, moraju biti opravdana težinom počinjenog kaznenog djela (materijalnopravna legitimiranost) i postojanjem dokaza (procesnopravna legitimiranost) te moraju biti ograničena vremenskim rokom i sudskim nadzorom.⁷⁴ Budući da je o formalnoj policijskoj djelatnosti već bilo govora, u daljnjim izlaganjima pozornost će se posvetiti neformalnoj djelatnosti policije.

Katalog izvidnih radnji značajno je proširen radnjama koje su do sada bile predviđene samo policijskim propisima.⁷⁵ Razlog tom proširenju jest u složenosti pojava kaznenih djela i preprekama u njihovu otkrivanju. Istodobno, spomenuto proširenje omogućeno je dostignutim stupnjem kriminalističke znanosti i prakse. Zakonodavac se odlučio na poimenično nabranje s namjerom stvaranja obveze da se način provedbe tih radnji detaljno propiše odgovarajućim provedbenim propisima. Može se reći da je povećanje kataloga radnji samo prividno, "nove" izvidne radnje i do sada su primjenjivane u istu svrhu, ali nisu bile izričito spomenute u ZKP. O poduzetim radnjama sastavlja se službena zabilješka u koju se unose činjenice i okolnosti utvrđene njihovim poduzimanjem. Rezultati tih izvidnih radnji ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku.

Dok je Zakonom izričito predviđeno da se službena zabilješka, koja je rezultat informativnog razgovora policije s građanima, ne može tijekom po-

⁷³ Vidi Meyer, J., Unter welchen Bedingungen können Ausserungen gegenüber Polizeioorganen als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?, u: Strafprozessreform: Konzepte und Orientierungen zum neuen Vorverfahren, Schriftenreihe des österreichischen Bundesministeriums für Justiz (54) 1991, p. 194-201.

⁷⁴ V. Tomašević, G., Pravna valjanost policijskih dokaza u hrvatskom kaznenom postupku, HLJKPP, vol. 4., 1997., br. 2, str. 502.

⁷⁵ Premda samim Zakonom nije bio naglašen procesnopravni značaj pojedinih izvidnih radnji, teorija i praksa dosta su pozornosti posvetile sadržaju tih radnji, očito svjesne osjetljivosti granice između formalnog i neformalnog postupanja. Usp. Pavišić, B. i sur., o.c., str. 306-323.

stupka koristiti kao pravno valjan dokaz, u praksi se može pojaviti pitanje pravne valjanosti ostalih policijskih službenih zabilješki. Tako se npr. postavlja pitanje je li službena zabilješka o tajnom praćenju bez naloga istražnog suca na temelju čl. 186.(177.) ZKP pravno valjani dokaz. Iako je sudska praksa na to odgovorila pozitivno,⁷⁶ opravdano je zaključiti da se na takvoj službenoj zabilješci ne može temeljiti sudska odluka. Jednak zaključak treba izvesti i u pogledu službene zabilješke o tajnom praćenju po nalogu istražnog suca na temelju čl. 190.(180.) st. 1. t. 3. ZKP.⁷⁷ Službena zabilješka rezultat je neformalne policijske djelatnosti, a ni po obliku ne ispunjava formalne – zakonske zahtjeve za sastavljanje pravnog akta koji ima dokaznu snagu. Zbog toga službena zabilješka sastavljena o bilo kojoj od nabrojanih neformalnih kriminalističko-taktičkih radnji ne može biti temelj presude.

Postoji, međutim, niz situacija u kojima možemo govoriti o zakonitim policijskim dokazima na kojima se može temeljiti sudska odluka. Tako se smatra pravno valjanim dokazom zapisnik o očevidu sastavljen od osobe koja je rukovođila tom radnjom ili službena bilješka sastavljena od vodiča službenog psa o izvršenom pregledu kao i poslovna dokumentacija koju je privremeno oduzela Financijska policija.⁷⁸ Također, mogu biti saslušani kao svjedoci policijski djelatnici o onome što su vidjeli prigodom postavljanja zasjede tijekom izvida kaznenih djela.⁷⁹

Pitanje pravne valjanosti policijskih dokaza usko je vezano uz proširenje kako formalne, tako i neformalne policijske djelatnosti. Normativizacija policijskih izvida znatno povećava broj pravno valjanih policijskih dokaza. Istodobno, opisanim proširenjem kataloga neformalnih policijskih djelatnosti pitanje pravne valjanosti dokaza pribavljenih takvom djelatnošću još je više dobilo na važnosti. Povećao se spektar dokaza kojih se spoznajna vrijednost može koristiti do završetka istrage, što zapravo znači da do tog trenutka mogu poslužiti kao temelj za donošenje sudskih odluka (npr. rješenje o provođenju istrage).⁸⁰ To, međutim, ne mijenja svojstvo pravno nevaljanih dokaza pribavljenih neformalnom policijskom djelatnošću, tako da se na njima ne može temeljiti sudska presuda.

⁷⁶ Vidi rješenje Županijskog suda u Splitu, K-3/99 od 16.12.1999.

⁷⁷ Tako Tomašević, G.-Gluščić, S., Neka pitanja primjene ..., str. 105.

⁷⁸ Stajalište u odlukama Vrhovnog suda RH I Kž-304/01 od 9.5.2001., I Kž-217/01 od 16.4.2003. i I Kž-838/2002-3 od 18.3.2003., Izbor odluka VSRH, br. 1/2004, str. 221.

⁷⁹ Tako odluka Vrhovnog suda RH, I Kž-444/2002-11 od 25.9.2003., Izbor odluka VSRH, br. 2/2004., str.220.

⁸⁰ Neki autori govore o tri stupnja policijskih dokaza: pravno valjani dokazi koji su rezultat formalnog policijskog djelovanja, dokazi pribavljeni neformalnom policijskom djelatnošću kojih se spoznajna vrijednost može koristiti do završetka istrage i nezakoniti policijski dokazi koji se uopće ne mogu koristiti u kaznenom postupku. Usp. Tomašević, G.-Gluščić, S., o. c., str. 103.

Zaključno govoreći, današnjoj ograničenoj zakonskoj zabrani uporabe pravno nevaljanih policijskih dokaza prethodila su dva razvojna stadija u hrvatskom kaznenom postupku. U prvom nisu postojale izričite pravne zabrane uporabe tih dokaza, dok su u drugom predviđene ograničene sudske dokazne zabrane za takve policijske dokaze. Može se očekivati da će u budućnosti postojati izričita zakonska zabrana uporabe svih pravno nevaljanih policijskih dokaza.⁸¹ To nam se čini osobito važnim s obzirom na “nabujalu” neformalnu djelatnost policije, kojoj je primarni cilj povećanje učinkovitosti postupka, što zahtijeva protutežu u obliku ekstenzivnog shvaćanja nezakonitosti policijskih dokaza.

4. UČINCI ZABRANE UPORABE NEZAKONITIH DOKAZA

Svaka zakonska zabrana, da bi bila učinkovita, mora imati predviđenu pravnu sankciju ako je se prekrši. Tako je i s čl. 9. st. 1. ZKP u kojem se propisuje da se sudske odluke ne mogu utemeljiti na dokazima pribavljenim na nezakoniti način. Citirana je odredba konkretizacija ustavnopravne zabrane uporabe nezakonito pribavljenih dokaza u sudskom postupku (čl. 29. st. 4. Ustava RH).

Kakvi su pravni učinci zabrane uporabe nezakonitih dokaza u kaznenom postupku? Učinci su dvojaki:⁸² prvo, zabrana uporabe nezakonitih dokaza pogađa sve sudske odluke donesene tijekom kaznenog postupka, a ne samo presudu; drugo, počinjene povrede neke zabrane pribavljanja dokaza na određeni način ili zabrane uporabe određenog dokaza u kaznenom postupku mogu se uspješno pobijati žalbom samo ako se sudska odluka temelji na takvom nezakonitom dokazu. Navedeni učinci imaju načelno značenje, a njihova je provedba ostvarena propisivanjem apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka u čl. 384.(367.) st. 2. ZKP.⁸³ To znači da samo utvrđenje postojanja te povrede neminovno dovodi do ukidanja prvostupanjske presude u povodu uloženog pravnog lijeka. Riječ je o specifičnoj apsolutno bitnoj procesnoj povredi, koja je nomotehnički izdvojena u poseban stavak od ostalih bitnih procesnih povreda. Nema sumnje da je to učinjeno zbog njezine iznimne važnosti i složenosti.

⁸¹ Tako Tomašević, G., *Pravna valjanost ...*, str. 505.

⁸² Ovdje se misli na procesnopravne posljedice. Osim njih, moguće su i materijalnopravne posljedice koje se odnose na osobu koja je pribavljajući dokaz na zabranjeni način istovremeno počinila i kazneno djelo. V. Tomašević, G., *Kazneno procesno pravo*, str. 296.

⁸³ Takvo je rješenje još 1970. godine predlagao Damaška u radu: *Dvije vrste relativno bitnih povreda krivičnog procesnog prava*, *Odvjetnik*, 1970., br. 11-12, str. 436.

Dikcija st. 2. čl. 384.(367.) ZKP razriješila je dileme o prirodi ove bitne povrede koje su postojale u čl. 354. st. 1. t. 8. ZKP iz 1993. godine.⁸⁴ Zakon o kaznenom postupku iz 1997. godine unio je znatne izmjene u sadržaj te bitne povrede, koji sada povezan s čl. 9. st. 2. ZKP predstavlja novi institut našeg kaznenog procesnog prava. Tri su elementa izvršene modifikacije navedene apsolutno bitne povrede: proširenje kruga nezakonitih dokaza, ukidanje relativnog karaktera te povrede i postojanje mogućnosti izmjene raspravnog sudskog vijeća zbog upoznavanja sa sadržajem nezakonitih dokaza.⁸⁵ Nova znatno šira koncepcija nezakonitih dokaza iz čl. 9. st. 2. ZKP povećala je broj mogućih situacija u kojima će se raditi o nezakonitom dokazu kao temelju presude. Time se istovremeno proširila mogućnost isticanja predmetne apsolutno bitne povrede kao žalbenog razloga. Drugi element uklanjanja "ugrađenog relativiteta" (Krapac) te bitne povrede, koji je postojao u obliku negativnog uvjeta (povreda je postojala "osim ako je s obzirom na druge dokaze očito da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda"), ostvaren je jasnom i nedvosmislenom zakonskom formulacijom. Sada sud jedino mora utvrditi postojanje te povrede, odnosno da se presuda temelji na nezakonitom dokazu, a nije dužan utvrđivati eventualni smjer ili opseg utjecaja konkretnog dokaza na presudu. Izmjena raspravnog sudskog vijeća u smislu čl. 348.(331.) st. 2. ZKP znači zapravo sprječavanje nastanka apsolutno bitne povrede iz čl. 384.(367.) st. 2. ZKP. To je ujedno i sankcija za prodor nezakonitih dokaza u stadij glavne rasprave zbog nedovoljne ažurnosti tijela kaznenog postupka pri obvezi izdvajanja tih dokaza iz spisa predmeta.

Tri su, dakle, pretpostavke potrebne da bi se ostvarila apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 384.(367.) st. 2. ZKP. Iz same presude mora proizlaziti: a) da je određena činjenica utvrđena određenim dokazom, b) da se presuda temelji na tom dokazu, bilo samom ili povezanom s drugim dokazima, c) da je riječ o nezakonitom dokazu iz čl. 9. st. 2. ZKP. Ispunjenje uvjeta iz točke a) trebalo bi biti očigledno iz obrazloženja presude. Sud je dužan u smislu čl. 376.(359.) st. 7. ZKP "... određeno i potpuno izložiti koje sporne činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane ili nedokazane, dajući pri tome osobitu ocjenu vjerodostojnosti proturječnih dokaza". Iako je utvrđenju sadržaja uvjeta iz točke c) posvećen veći dio ovog rada, smatramo opravdanim na ovom mjestu upozoriti na jedno stajalište sudske prakse prema kojemu nije dopustivo zakonitost dokaza ocjenjivati povezujući ga s ostalim dokazima i pozivajući se na okolnost da iste činjenice proizlaze i iz nekog drugog dokaza (npr. priznanja okrivljenika), na koji bi način njegova nezako-

⁸⁴ O relativizirajućem elementu te povrede usp. Đurđević, Z., Bitne povrede odredaba kaznenog postupka, HLJKPP, vol. 2., br. 1, 1995., str. 92-96.

⁸⁵ Đurđević, Z., Radionice kaznenog procesnog prava, 8. radionica: Nove odredbe o pravnim lijekovima u kaznenom postupku, HLJKPP, vol 5., br.1, 1998., str. 306.

nitost bila relativizirana.⁸⁶ Također, nije moguće jednom izdvojeni dokaz kao nezakonit ponovo uključiti u zakonsku proceduru odlučivanja i temeljiti na njemu spoznaje o pravno relevantnim činjenicama.⁸⁷ U cilju onemogućavanja takvog postupka kao i izbjegavanja inficiranja suda sadržajem nezakonitog dokaza Zakon propisuje obvezu fizičkog izdvajanja nezakonitog dokaza iz spisa predmeta i predaju istražnom sucu na čuvanje.⁸⁸

Preostaje objasniti što znači da se presuda temelji na nezakonitom dokazu. Može se ustvrditi da je st. 2. čl. 384.(367.) ZKP decidiran u zahtjevu da postoji apsolutno bitna povreda samo ako se presuda temelji na nezakonitom dokazu. Ne može se, dakle, raditi o slučajevima u kojima je procesno tijelo možda uistinu prekršilo propisani način pribavljanja konkretnog dokaza, ali ta povreda nema nikakve veze s presudom.⁸⁹ Dapače, traži se da iz same presude slijedi da se ona temelji na nezakonitom dokazu. Na taj način sužen je domašaj odredbe čl. 384.(367.) st. 2. ZKP u odnosu na sadržaj čl. 29. st. 4. Ustava RH. Zbog toga izostaje kaznenoprocesna sankcija u slučajevima prikrivene upotrebe nezakonitih dokaza, u kojima iz same odluke izričito ne slijedi njezino temeljenje na nezakonitom dokazu, već se o tome može zaključiti posredno analizom sadržaja razloga i samog stanja stvari. Budući da, kako praksa pokazuje, nema sigurnog mehanizma koji bi onemogućio prodor nevaljanih dokaza do stadija pravnih lijekova, predmetna odredba ne pruža potpunu zaštitu od njihova utjecaja.⁹⁰

U pokušaju odgovora na pitanje kad se presuda temelji na nevaljalim dokazima, navodimo tri moguća praktična slučaja: a) prvostupanjski sud može u obrazloženju presude kao dokaz na temelju kojeg je utvrdio određenu pravno relevantnu činjenicu navesti pravno nevaljan dokaz; b) sud će, možda, u nekim slučajevima u obrazloženju presude prešutjeti odnosno neće navesti da se prilikom utvrđivanja pravno relevantnih činjenica služio pravno nevaljanim dokazima, već će samo navesti valjane dokaze, premda u spisu postoje i nevaljani dokazi; c) postoji velika mogućnost da je presuda utemeljena na

⁸⁶ Navedeno stajalište zauzeo je Vrhovni sud RH odlučujući u povodu žalbe na presudu Županijskog suda u Splitu, K-129/01 od 14.11.2001., ističući da "... navodi iz obrazloženja pobijane presude ... nisu prihvatljivi za ovaj Vrhovni sud, jer postojanje nezakonitog dokaza (čl. 9. st. 2. ZKP) ne može biti ni u kakvoj relaciji s priznanjem optuženika, a ni sa situacijom treba li ili ne treba aktivnost djelatnika policije podvrgnuti kritici. Nezakoniti dokaz postoji ili ne postoji. Sve ostalo je irelevantno." Odluka Vrhovnog suda RH, I Kž-27/02-3 od 25.2.2003.

⁸⁷ Stajalište Vrhovnog suda RH izraženo u odluci I Kž-595/02.

⁸⁸ Ipak, ni sam Vrhovni sud RH nije uvijek postupao na opisani način, npr. u svojoj odluci I Kž-50/03.

⁸⁹ Postoji mogućnost sankcioniranja takvih nezakonitih ponašanja na drukčiji pravni način. Usp. Krapac, D., Fizionomija novog hrvatskoga kaznenog zakonodavstva, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4., 1997., suppl. br. 1, str. 9.

⁹⁰ Tako Pavišić, B., Komentar ..., 4. izdanje, str. 466-467.

valjanim dokazima koji su, međutim, proizašli isključivo iz nevaljanih dokaza koji su naknadno izdvojeni iz spisa predmeta.⁹¹

Prvi slučaj u skladu je s koncepcijom da iz same presude mora proizlaziti da se ona temelji na nezakonitim dokazima, dok su druga dva slučaja primjer prikrivenog temeljenja presude na nezakonitim dokazima, jer se na prvi pogled to iz presude ne vidi. Ako se želi izbjeći i najmanja mogućnost da nevaljani dokazi utječu na donošenje presude, raspravni sud mora dosljedno iskoristiti svoje pravo ispitivanja kako su tijela u prethodnom tijeku kaznenog postupka došla do prezentiranih dokaza. To utvrđenje temelji se na domašaju odredbe čl. 29. st. 4. Ustava RH, jer onemogućuje svaku uporabu nezakonitih dokaza u kaznenom postupku. Istodobno, time se pred prvostupanjski sud postavlja složeniji zadatak analitičke provjere zakonitosti svakog pojedinog dokaza.

Prilikom interpretacije sadašnje zakonske formulacije "da se presuda ne smije temeljiti na nezakonitom dokazu" valja izbjeći usko i formalističko tumačenje te nastojati dati bitno tumačenje te odredbe. Središnji pojam "temeljiti" trebalo bi shvatiti široko, uzimajući kao dokaze na kojima se "temelji" sudska presuda (odluka) kako one koji izravno upućuju na odluku suda, tako i one koji su na posredan način utjecali na donošenje upravo takve odluke. U tom smislu drugostupanjski sud, odlučujući u povodu žalbe o postojanju apsolutno bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 384.(367.) st. 2. ZKP, ne smije se zaustaviti na analizi samog teksta prvostupanjske presude (odluke), već mora analizirati cjelokupan dokazni materijal na temelju spisa predmeta. Na taj način može zaključiti o misaonom procesu raspravnog suda kojim je došao do odluke o krivnji okrivljenika za kazneno djelo te koji su dokazi pravno relevantnih činjenica utjecali na donošenje te odluke. Takvim tumačenjem smanjuje se neusklađenost između odredbe čl. 9. st. 1. ZKP i čl. 29. st. 4. Ustava RH.

Svaka presuda koja se temelji na nevaljanom dokazu i sama je nevaljana. Apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 384.(367.) st. 2. ZKP žalbeni je razlog koji stranke mogu isticati u žalbi na prvostupanjsku presudu. Na postojanje te apsolutno bitne povrede drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti pod uvjetom da je izjavljena žalba, makar i iz drugih razloga [čl. 396.(379.) st. 1. t. 1. ZKP]. Ako drugostupanjski sud, odlučujući u povodu žalbe ili po službenoj dužnosti, utvrdi da se presuda temelji na nezakonitom dokazu, mora rješenjem ukinuti prvostupanjsku presudu i vratiti predmet na ponovno suđenje [iznimka je slučaj iz čl. 407.(390.) st. 1. ZKP]. Istovremeno može naložiti da se nova rasprava pred prvostupanjskim sudom održi pred potpuno izmijenjenim vijećem, što u ovom slučaju posebno ima opravdanja s obzirom na "inficiranost" raspravnog vijeća nevaljanim dokazima.

⁹¹ Vidi Ramljak, M., Pravno nevaljani dokazi i posljedice njihove uporabe kod donošenja sudskih odluka, *Pravnik*, god. 33, 1999., br. 1-2, str. 168.

Ostvarena je, dakle, apsolutno bitna povreda ako su dokazi na kojima se temelji presuda nevaljani ili ako su ti dokazi valjani, ali su izvedeni iz nevaljanih dokaza. Postojanje apsolutno bitne povrede iz čl. 384.(367.) st. 2. ZKP proizvodi istovjetne učinke i ako se rješenje doneseno tijekom kaznenog postupka temelji na nezakonitom dokazu. Na to izričito upućuje formulacija čl. 9. st. 1. ZKP, koja govori o sudskim odlukama, a ne samo o presudama. Riječ je o rješenjima protiv kojih je dopuštena žalba, bilo ona posebna ili kad se rješenje može pobijati samo u žalbi na presudu. Postojanje predmetne apsolutno bitne procesne povrede može se utvrditi samo u žalbenom postupku, odlučivanjem o iznesenim žalbenim osnovama ili po službenoj dužnosti.

Ako državni odvjetnik RH utvrdi da je u pravomoćnoj presudi počinjena apsolutno bitna procesna povreda iz čl. 384.(367.) st. 2. ZKP, mora protiv te odluke podignuti zahtjev za zaštitu zakonitosti. Dužnost takvog postupanja postoji ako je nezakoniti dokaz nastao zbog kršenja temeljnih ljudskih prava i sloboda zajamčenih Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom. Pod uvjetima predviđenim zakonom osuđenik može protiv pravomoćne presude podnijeti zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude. Jedna od mogućih osnova za podnošenje tog izvanrednog pravnog lijeka je i postojanje apsolutno bitne povrede određene kaznenog postupka iz čl. 384.(367.) st. 2. ZKP. U oba spomenuta slučaja, odlučujući u povodu izvanrednog pravnog lijeka, Vrhovni sud RH ako utvrdi postojanje apsolutno bitne procesne povrede ukinut će prvostupanjsku i drugostupanjsku presudu ili samo jednu od njih i vratiti predmet na ponovno suđenje, vjerojatno pred izmijenjenim prvostupanjskim vijećem.

Pravni učinci kršenja zabrane utemeljenja presude (i rješenja) na nezakonitom dokazu izričito su predviđeni Zakonom o kaznenom postupku, a očituju se u nevaljanosti takve sudske odluke. Nedostatak zakonske formulacije proizlazi iz njezina ograničenog dosega, budući da se poboynost sudske odluke vezuje za njezino temeljenje na nezakonitom dokazu. Time su zapravo ekskulpirana sva druga kršenja zakonske zabrane uporabe nezakonitih dokaza, koji ponekad i dalje nesmetano ostaju u spisu predmeta ili samo u svijesti suca odnosno sudskog vijeća, neminovno više ili manje utječući na donošenje same sudske odluke. Takvo prikriveno djelovanje nezakonitih dokaza na neki način dovodi u pitanje cijelu konstrukciju ovog inače dobro zamišljenog procesnog instituta. Istovremeno dolazi i do nedosljedne primjene ustavne odredbe o apsolutnoj zabrani uporabe nezakonitih dokaza u sudskom (dakle i kaznenom) postupku. Moguća nova i potpunija rješenja tog pitanja treba prepuštiti budućim izmjenama Zakona, utemeljenim na praktičnim iskustvima i doktrinarnim postavkama. U tom smislu valjalo bi ponovo razmotriti prijedlog koji je postojao u radnoj grupi prilikom izrade novele Zakona o kaznenom postupku 2002. godine. Tada se razmišljalo o propisivanju apsolutno bitne procesne povrede na koju bi se pazilo po službenoj dužnosti i do koje bi dolazilo

ako je u spisu predmeta ostavljeno nešto što drugostupanjski sud ocijeni kao dokaz na kojem se ne može utemeljiti sudska odluka.⁹² Također, ne bi trebalo bez prethodne doktrinarne i praktične analize odbaciti ni drugo rješenje za koje smo se već prije zalagali, a to je obvezno izuzeće suca koji se upoznao s nezakonitim dokazom.⁹³ Takvo rješenje propisano je izmijenjenim čl. 39. st. 4a) slovenskog Zakona o kaznenom postupku.⁹⁴ Po njemu će sudac, koji se u postupku odlučujući o nekom pitanju upoznao s dokazom koji mora biti izdvojen iz spisa, obvezno biti izuzet, odnosno ne može odlučivati o optužbi, žalbi ili izvanrednom pravnom lijeku u istom predmetu. Za sada moglo bi se nastojati na prihvaćanju šireg tumačenja pojma “temeljenje” sudske odluke na nezakonitom dokazu, kako smo već izložili. U svakom slučaju, valja istaknuti da i ovako koncipirani pravni učinci uporabe nezakonitih dokaza znatno pridonose ostvarenju načela pravičnosti kaznenog postupka.

5. ZAKLJUČAK

Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima jedan je od općih elemenata stožernog načela kaznenog procesnog prava – načela pravičnog postupka. Ta prohibitivna norma vezana uz “kvalitetu” sudske presude propisana je čl. 9. st. 1. ZKP. Njezin sadržaj ovisi o zakonskom pojmu nezakonitih dokaza iz čl. 9. st. 2. ZKP, koji ostavlja izvjesne dvojbe o upotrebi u kaznenom postupku dokaza pribavljenih na zabranjeni način. Treba poći od postavke da je pojam nezakonitog dokaza širi od pojma dokaza pribavljenih na nedozvoljeni način. S obzirom na to da je svaki od zabranjenih načina pribavljanja dokaza istovremeno i povreda odredaba kaznenog postupka, može se zaključiti da su svi dokazi pribavljeni na zabranjeni način ujedno i nezakoniti dokazi, pri čemu svi nezakoniti dokazi ne moraju biti pribavljeni na nedozvoljeni način. Nadalje, proizlazi da se na dokazima pribavljenim na zabranjeni način ne može utemeljiti sudska odluka ili zbog toga što za neke zabranjene načine zakon to izričito navodi ili zato što je riječ o povredama odredaba kaznenog postupka koje su zakonom predviđene kao takve.

Pojam dokaza u zakonskoj definiciji nezakonitog dokaza treba shvatiti u najširem smislu riječi. Usko tumačenje moglo bi otvoriti put prodoru u kazneni postupak takvih načina saznanja koji su kazneno djelo. U tom smislu sud mora odbiti svaki prijedlog izvođenja nezakonitih dokaza.

⁹² Usp. Kos, D., Bitna povreda ..., str. 194, bilj. 11.

⁹³ Carić, M., Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta – ključni trenutak kaznenog postupka, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, 2004. godina, Zagreb, str. 309.

⁹⁴ Vidi Zakon o spremembam in dopolnitvam Zakona o kazenskem postopku, Uradni list Republike Slovenije, br. 56/03 od 13.6.2003. Zakon je stupio na snagu 13. srpnja 2003.

Treba naglasiti da se nezakonitima smatraju samo oni dokazi kod prikupljanja ili izvođenja kojih je došlo do kršenja tzv. zaštitnih formi. Takav zaključak proizlazi iz definicije čl. 9. st. 2. ZKP. Drugo je pitanje određuje li ta zakonska definicija namjerno ili slučajno suviše usko i nedorečeno pojam nezakonitog dokaza, ostavljajući tako otvorenim neka teorijska i praktična pitanja te mogućnost izigravanja zabrane temeljenja presude na nezakonitim dokazima.

U ovom radu prihvaćena je klasifikacija nezakonitih dokaza utemeljena na zakonskoj definiciji iz čl. 9. st. 2. ZKP i proširena kategorijom dokaza pribavljenih policijskom operativno-kriminalističkom djelatnošću. Citirani članak, zapravo, nabraja pojedine kategorije nezakonitih dokaza, pri čemu su u treću kategoriju svrstani dokazi za koje se saznalo pomoću nezakonitih dokaza. Riječ je o izvedenom dokazu koji je pribavljen na zakonit način, ali se za taj dokaz saznalo iz nekog drugog – izvornog dokaza pribavljenog na nezakonit način. Tako je dosljedno provedeno isključivanje kako izvornog nezakonitog dokaza, tako i njegova saznanog sadržaja uključenog u izvedeni dokaz, koji je sam po sebi zakonit. Opisanim proširenjem pojma nezakonitog dokaza u našem je kaznenom procesnom pravu usvojena “teorija plodova otrovne voćke” (*fruit of the poisons tree doctrine*). Praktična vrijednost prihvaćanja te teorije očituje se u oduzimanju svrhe protupravnog djelovanja tijela kaznenog postupka, što je važan korak na putu šireg ostvarenja načela pravičnosti kaznenog postupka.

Pri ocjeni pravnih učinaka uporabe nezakonitih dokaza nužno je upozoriti na neusklađenost odnosa između odredbe čl. 9. st. 1. ZKP i odredbe čl. 29. st. 4. Ustava RH. Iz dikcije čl. 9. st. 1. ZKP proizlazi da je zabrana uporabe nezakonitih dokaza ograničena na slučajeve kada ti izvori saznanja služe kao temelj sudske odluke. Odredba čl. 29. st. 4. Ustava predviđa apsolutnu zabranu uporabe nezakonitih dokaza u svim sudskim postupcima, pa tako i u kaznenom postupku. Dosljednim tumačenjem ustavne odredbe dolazi se do zaključka da apsolutna zabrana uporabe nezakonitih dokaza ima širu primjenu od pravila *in dubio pro reo*, jer onemogućuje uporabu čak i onih nezakonitih dokaza koji su u korist okrivljenika. Budući da je ustavna odredba razinom viši propis od Zakona o kaznenom postupku, morala bi se primijeniti ustavna odredba. Međutim, načelno značenje te odredbe čini njezinu primjenu samo posrednom, zbog čega ona ne pruža dovoljnu zaštitu od uporabe nezakonitih dokaza u kaznenom postupku. Primjenom odredbe čl. 9. st. 1. ZKP sprječava se formalni utjecaj nezakonitih dokaza kao izvora saznanja, ali ostaje mogućnost faktičnog prikrivenog utjecaja tih dokaza na sudsku odluku. Ta okolnost mogla bi dovesti do suptilnog izigravanja načela pravičnosti u kaznenom postupku.

Pravni učinci kršenja zabrane temeljenja presude (i rješenja) na nezakonitom dokazu izričito su predviđeni Zakonom o kaznenom postupku, apsolut-

no su bitna povreda odredaba kaznenog postupka i očituju se u nevaljanosti takve sudske odluke. Nedostatak zakonske formulacije proizlazi iz njezina ograničenog dosega, budući da se pobožnost sudske odluke vezuje za njezino temeljenje na nezakonitom dokazu. Time su zapravo eskulpirana sva druga kršenja zakonske zabrane uporabe nezakonitih dokaza, koji ponekad i dalje nesmetano ostaju u spisu predmeta ili samo u svijesti suca odnosno sudskog vijeća, neminovno više ili manje utječući na donošenje sudske odluke. Takvo prikriveno djelovanje nezakonitih dokaza na neki način dovodi u pitanje cijelu konstrukciju tog, inače dobro zamišljenog, procesnog instituta. Moguća nova i potpunija rješenja tog pitanja treba prepustiti budućim izmjenama Zakona, utemeljenim na praktičnim iskustvima i doktrinarnim postavkama. U tom smislu valjalo bi ponovo razmotriti propisivanje apsolutno bitne procesne povrede na koju bi sud pazio po službenoj dužnosti, a ona bi postojala ako je u spisu predmeta ostavljeno nešto što drugostupanjski sud ocijeni kao dokaz na kojem se ne može utemeljiti sudska odluka. Također, ne bi trebalo odbaciti ni drugo rješenje, za koje smo se već prije zalagali, a to je obvezno izuzeće suca koji se u kaznenom postupku na neki način upoznao s nezakonitim dokazom. Za sada, trebalo bi inzistirati na prihvaćanju šireg, bitnog tumačenja pojma “temeljenje” sudske odluke na nezakonitom dokazu, čime se smanjuje neusklađenost između odredbe čl. 9. st. 1. ZKP i čl. 29. st. 4. Ustava RH.

LITERATURA

1. Ashwort, A.: *The Criminal Process: An Evaluative Study*, Oxford, 1994.
2. Bailey, S. H.-Harris, D. J.-Jones, B. L.: *Civil Liberties: Cases and Materials*, London, 1991.
3. Bayer, V.: *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja*, knjiga I. (priređio prof. dr. sc. Davor Krapac), Zagreb, 1995.
4. Carić, M.: *Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta – ključni trenutak kaznenog postupka*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, 2004., Inženjerski biro, Zagreb, str. 294-315.
5. *Corpus Iuris* 2000, Hrvatska udruga za europsko kazneno pravo, Zagreb, 2003.
6. Damaška, Mirjan: *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Zagreb, 2001.
7. Damaška, M.: *Dvije vrste relativno bitnih povreda krivičnog procesnog prava*, *Odvjetnik*, 1970., br. 11-12.
8. Đurđević, Z.: *Bitne povrede odredaba kaznenog postupka*, *HLJKPP*, vol. 2., br. 1, 1995., str. 77-116.
9. Đurđević, Z.: *Radionice kaznenog procesnog prava*, 8. radionica, *Nove odredbe o pravnim lijekovima u kaznenom postupku*, *HLJKPP*, vol. 5., br. 1, 1998, str. 298-327.
10. Karas, Ž.: *Nezakoniti dokazi*, Zagreb, 2006.
11. Karas, Ž.: *Redarstveni pregledi i pretrage vozila*, *HLJKPP*, vol. 11., br. 1/2004., str. 21-79.
12. Kos, D.: *Bitna povreda odredaba kaznenog postupka – nezakoniti dokazi*, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, 2005., Inženjerski biro, Zagreb, str. 189-229.
13. Kos, D.: *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupkovnom pravu Republike Hrvatske – s osvrtom na Corpus iuris*, *Hrvatska pravna revija*, god. 4., siječanj 2004., br. 1, str. 92-97.

14. Kos, D.-Tripalo, D.: Komentar Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Zagreb, 2001.
15. Kramarić, I.: Zakon o kaznenom postupku i sudska praksa, Zagreb, 1998.
16. Krapac, D.: Engleski kazneni postupak, Zagreb, 1995.
17. Krapac, D.: Fizionomija novog hrvatskoga kaznenog zakonodavstva, HLJKPP, vol. 4., 1997., suppl. br. 1, str. 1-17.
18. Krapac, D.: Izdvajanje zapisnika o nezakonitoj pretrazi, HLJKPP, vol. 6., 1999., br. 1, str. 271-283.
19. Krapac, D.: Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije, I. izdanje, Zagreb, 2000.
20. Krapac, D.: Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije, II., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2003.
21. Krapac, D.: Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskoga kaznenog postupovnog prava, III. izdanje, Zagreb, 2000.
22. Krapac, D.: Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskoga kaznenog postupovnog prava, V., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2003.
23. LaFave, W. R.-Israel, J. H.: Criminal Procedure, Stud. ed., St. Paul, 1985.
24. Meyer, J.: Unter welchen Bedingungen können Ausserungen gegenüber Polizeiorganen als Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet und im Urteil verwertet werden?, u: Strafprozessreform: Konzepte und Orientierungen zum neuen Vorverfahren, Schriftenreihe des österreichischen Bundesministeriums für Justiz (54), 1991.
25. Mrčela, M.: Pravna valjanost dokaza pribavljenih u inozemstvu, HLJKPP, vol 7., 2000., br. 1, str. 100-107.
26. Mršić, G.: Nezakoniti dokazi – praksa sudova o nekim pravnim pitanjima, Hrvatska pravna revija, god. 4., lipanj 2004., br. 6, str. 112-125.
27. Nobili, M.: Il principio del libero convincimento del giudice, Milano, 1974.
28. Pavišić, B.: Kazneni postupak u Republici Hrvatskoj – pogled na reformu iz 1997. godine s posebnim osvrtom na predistražni postupak i istragu, HLJKPP, vol. 7., 2000., br. 2, str. 543-637.
29. Pavišić, B.: Komenatar Zakona o kaznenom postupku s priložima, 3. izdanje, Rijeka, 2002.
30. Pavišić, B.: Komentar Zakona o kaznenom postupku, 4. izdanje, Rijeka, 2003.
31. Pavišić, B.: Komentar Zakona o kaznenom postupku, 5. izdanje, Rijeka, 2005.
32. Pavišić, B. i suradnici: Komentar Zakona o kaznenom postupku s priložima, knjiga I., II. izdanje, Rijeka, 2001.
33. Ramljak, M.: Pravno nevaljani dokazi i posljedice njihove uporabe kod donošenja sudskih odluka, Pravnik, god. 33, 1999., br. 1-2, str. 161-171.
34. Sanders, A.-Young, R.: Criminal Procedure, London, 1984.
35. Tomašević, G.: Kazneno procesno pravo – temeljni pojmovi i osnove praktične primjene, Split, 1998.
36. Tomašević, G.: Pravna valjanost policijskih dokaza u hrvatskom kaznenom postupku, HLJKPP, vol. 4., 1997., br. 2, str. 497-505.
37. Tomašević, G.-Gluščić, S.: Neka pitanja primjene posebnih izvidnih mjera predviđenih člankom 180.-182. Zakona o kaznenom postupku, Hrvatska pravna revija, god. I., 2001., br. 8, str. 97-113.
38. Tomašević, G. i sur.: Primjena novih istražnih metoda na području Županijskog suda u Splitu, HLJKPP, vol. 7., 2000., br. 2, str. 717-733.
39. Veić, P.-Gluščić, S.: Primjena članka 177. stavka 5. Zakona o kaznenom postupku, HLJKPP, vol. 7., 2000., br. 2, str. 767-787.
40. Vinja, I.-Josipović, I.: Izvidna mjera pregleda osoba i stvari (razgraničenje u odnosu na pretragu i neki problemi u teoriji i praksi s osvrtom na praksu Vrhovnog suda RH), Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, 2000., Inženjerski biro, Zagreb, str. 33-53.

41. Vrhovni sud Republike Hrvatske: Izbor odluka, Zagreb
42. Zupančič, B. i grupa autora: Ustavno kazensko procesno pravo, Ljubljana, 1995.
43. Internetski sadržaji: <http://www.vsrh.hr>
<http://www.echr.coe.int>

TUMAČ KRATICA

EKZLJP	Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950.
ESLJP	Europski sud za ljudska prava
HLJKPP	Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu
KZ	Kazneni zakon
NN	Narodne novine
VSRH	Vrhovni sud Republike Hrvatske
ZIDZKP	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, 2002.
ZKP	Zakon o kaznenom postupku, 1997.
ZPFZ	Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu
ZRPFS	Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu

Summary

BANNING COURT DECISIONS BASED ON ILLEGAL EVIDENCE

After an introductory note describing the concept of illegal evidence in criminal proceedings as one of the most contested issues, the author analyses the component parts of this concept, describes types of illegal evidence, and discusses the legal effects of an infringement of the proscribed use of illegal evidence. Stressing that this prohibition is related to the quality of the court judgement, she advocates the interpretation of this term in the broadest possible sense, especially when dealing with evidence that was either collected or presented through a violation of what are known as forms of protection. The author considers that in the context of sanctions for the infringement of the said prohibition, the prescription of an absolutely significant procedural violation should be considered *de lege ferenda*, which the court would consider *ex officio*, and which would always be determined when a court of first instance has left anything in the case file that a court in the second instance might consider as evidence based on which the first-instance decision could not have been rendered.

