

Dr. sc. Igor Bojanić*
Dr. sc. Zlata Đurđević**

DOPUŠTENOST UPORABE DOKAZA PRIBAVLJENIH KRŠENJEM TEMELJNIH LJUDSKIH PRAVA

Nacrt prijedloga Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine normira načelo razmjernosti kao kriterij ocjene zakonitosti dokaza prema kojem će sudovi ocjenjivati zakonitost dokaza važući s jedne strane javni interes kaznenog progona za teške oblike kaznenih djela i s druge strane interes zaštite temeljnih prava i sloboda pojedinaca. U radu se analizira judikatura Europskog suda za ljudska prava o ocjeni zakonitosti dokaza iz perspektive prava na pravični postupak iz čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava, daje poredbenopravni pregled upotrebe nezakonitih dokaza s posebnim osvrtom na Njemačku te se posebno analiziraju odredbe prijedloga ZKP-a o zabrani mučenja, o zakonitosti dokaza pribavljenih radnjom kaznenog djela čija je protupravnost isključena te o načelu razmjernosti u ocjeni zakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života

1. UVOD

Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku složeni su i diferencirani kazneno-procesni pojam čiji je sadržaj u stalnoj evoluciji i razvoju, i to u manjoj mjeri zbog više ili manje čestih zakonskih intervencija, a primarno zbog njegove praktične vrijednosti i kazuističke prirode. Sustav nezakonitih dokaza uvijek se i u svakoj državi razvija kroz sudsku praksu. Međutim, zbog njegove isprepletenosti sa zaštitom temeljnih ljudskih prava ustavotvorac odnosno zakonodavac nije mogao prepustiti pitanje upotrebe nezakonitih dokaza isključivo sudu, već je sudačkoj diskreciji postavio više ili manje čvrste granice. Minimalni standardi korištenja odnosno zabrane korištenja nezakonitih dokaza postavljeni su na supranacionalnom nivou kroz međunarodne dokumente o

* Dr. sc. Igor Bojanić, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku

** Dr. sc. Zlata Đurđević, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

ljudskim pravima odnosno na ustavnom nivou u unutarnjim pravnim poredcima.

Sustav nezakonitih dokaza u pojedinim državama ovisi o samoj strukturi kaznenog postupka (akuzatorni ili mješoviti), odnosu glavnih kaznenoprocenih tendencija (za učinkovitošću kaznenog progona te za zaštitom ljudskih prava i sloboda), režimu utvrđivanja nezakonitosti dokaza (*ex lege* i *ex iudicio*) te stupnju diskrecije sudova u ocjeni zakonitosti dokaza. Zajednički nazivnik nezakonitim dokazima u svim državama njihovo je isključenje iz osnove za donošenje presude prema pravilu koje se u Njemačkoj naziva dokazna zabrana odnosno određenije zabrana ocjene dokaza (*Beweisverwertungsverbot*), a u anglo-američkim pravnim poredcima ekskluzijsko pravilo (*exclusionary rule*). Nezakoniti dokaz je onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme koja istovremeno predstavlja povredu temeljnih ljudskih prava ne smije koristiti za donošenje presude u kaznenom postupku.

Odluka o tome na kojim se dokazima ne može temeljiti presuda uvijek se osniva, bez obzira na to donosi li je zakonodavac ili sudac, na vaganju dvaju interesa koji imaju rang ustavnopravnih načela. S jedne je strane zaštita temeljnih ljudskih prava i prava obrane koja državna tijela kao i građani moraju poštovati prilikom prikupljanja dokaza a koja imaju međunarodnopravni i ustavnopravni rang. S druge je strane obveza države na učinkovit kazneni progon odnosno na prevenciju kaznenih djela i kažnjavanje počinitelja. Treba podsjetiti da je osim obveze zaštite temeljnih ljudskih prava i obveza države na učinkoviti kazneni progon u okviru Vjeća Europe razvijena kao međunarodna pravna obveza. Radi se o tzv. pozitivnoj obvezi države prema čl. 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda razvijenoj u judikaturi Europskog suda za ljudska prava (dalje: Europski sud ili Sud) prema kojoj država mora uspostaviti učinkovit pravni sustav koji će sprječavati počinjenje kaznenih djela te osigurati otkrivanje i kažnjavanje počinitelja.¹ Upravo je zbog povrede te obveze Republika Hrvatska 31. svibnja 2007. osuđena u slučaju *Šečić v. Hrvatska*² pred Europskim sudom za ljudska prava. Stoga pri uređenju sustava nezakonitih dokaza država mora naći ravnotežu u kojoj će štititi temeljna prava građana i prava obrane, a da istovremeno ne ugrozi svoju obvezu učinkovitog kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela.³

¹ V. detaljnije *Batistić Kos, Vesna* (2008) Mjerila Europskog suda za ljudska prava za učinkovitu istragu zlostavljanja motiviranog rasnom diskriminacijom, HLJKPP br. 1, 55-85, 58 i sl.

² V. *ibid.*

³ Vidimo da je zapravo riječ o sukobu dviju klasičnih glavnih tendencija u kaznenom postupku, koji se u svom najčišćem obliku javlja upravo kod ocjene zakonitosti dokaza.

U pat-poziciji, u kojoj je jedan ustavnopravno zaštićen interes suočen s ustavnopravno zaštićenim suprotnim interesom, izlaz je u odmjeravanju interesa prema načelu razmjernosti. Vaganje pravnih dobara u pravnom poretku je postupak kroz koji se konkretizira načelo razmjernosti upućeno kako zakonodavcu tako i državnom tijelu. U slučaju utvrđenja da se radi o nezakonitom dokazu, nadležno tijelo će utvrditi da je zaštita temeljnog prava pojedinca prevladala nad obvezom države da iskoristi taj dokaz za kazneni progon u cilju njegove učinkovitosti. Daljnje ključno pitanje za uređenje sustava nezakonitih dokaza jest kome je prepušteno vaganje, zakonodavcu ili sudu, te ako je prepušteno sudu, tko postavlja kriterije za vaganje, zakonodavac ili sud. To su pitanja koja su predmet noveliranja Zakona o kaznenom postupku koje je trenutno u zakonodavnom postupku.

Nacrt prijedloga Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine (dalje u tekstu: Nacrt) u članku 10.⁴ sadržava tri izmjene u odnosu prema članku 9. ZKP-a iz 1997. godine kojim su uređeni nezakoniti dokazi. Prva izmjena sadržaja u čl. 10. st. 2. t. 1. formalne je prirode i sastoji se u normativnom izdvajanju u posebnu točku nezakonitih dokaza koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja. S obzirom na recentne rasprave o upotrebi dokaza pribavljenih mučenjem (v. poglavlje 4.) te uspostavljanja supranacionalne apsolutne zabrane korištenja u kaznenom postupku dokaza pribavljenih na taj način (v. poglavlje 2.), opravdano je normativno isticanje te dokazne zabrane. Druga i treća izmjena propisana je novim odredbama st. 3. čl. 10. kojim se sudovima postavlja kriterij za ocjenu zakonitosti dokaza pribavljenih povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava

⁴ Čl. 10. Nacrta glasi:

(1) Sudske se odluke ne mogu temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način (nezakoniti dokazi).

(2) Nezakoniti su dokazi:

1) koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja;

2) koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast, te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života,

3) koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ovim Zakonom;

4) za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza.

(3) Ne smatraju se nezakonitim dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz točke 2. stavak 2. ovog članka:

1) radnjom za koju je prema kaznenom zakonu isključena protupravnost;

2) u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti kazneni postupak kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela.

obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (čl. 10. st. 2. t. 2.). Ti dokazi prema t. 1. st. 3. čl. 10. neće se smatrati nezakonitim ako su pribavljeni radnjom za koju je prema Kaznenom zakonu isključena protupravnost (v. poglavlje 5.). Najznačajnija izmjena kojom se uvodi načelo razmjernosti kao kriterij ocjene određene kategorije dokaza propisana je t. 2. st. 3. čl. 10. prema kojoj se dokazi iz čl. 10. st. 2. t. 2. ne smatraju nezakonitim dokazima u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti kazneni postupak kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja od težine kaznenog djela (v. poglavlje 6.).

Radi boljeg razumijevanja na koji način predloženo rješenje prati poredbenopravna rješenja i razvoj jurisprudencije visokih međunarodnih sudova, u radu se analizira judikatura Europskog suda za ljudska prava o ocjeni zakonitosti dokaza iz perspektive prava na pravični postupak iz čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava, daje poredbenopravni pregled uporabe nezakonitih dokaza s posebnim osvrtom na kaznenopravnu dogmatiku, zakonodavstvo, praksu i aktualne stručne rasprave o zakonitosti dokaza u Njemačkoj.

2. JUDIKATURA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA O OCJENI ZAKONITOSTI DOKAZA IZ PERSPEKTIVE PRAVA NA PRAVIČNI POSTUPAK

Europski sud za ljudska prava nije priznao pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza ili pravo na suđenje na temelju dokaza koja nisu pribavljena kršenjem temeljnih ljudskih prava⁵ kao posebno konvencijsko pravo. Iako neki teoretičari smatraju da je zabrana korištenja nezakonitih dokaza opći element pojma “pravičnog postupka”, Europski sud do sada nije prihvatio takvo stajalište.⁶ Nezakonitim pribavljanjem dokaza može doći do povrede konvencijskih prava, primjerice prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, međutim u tom će slučaju Europski sud utvrditi povredu članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija ili Konvencija), a ne automatski i povredu članka 6. koji jamči pravo na pravično suđenje. Posljedica drugačijeg stajališta značila bi uvođenje konvencijskog ekskluzijskog pravila odnosno impostiranje supranacionalne dokazne zabrane. Ipak 2006. godine Europski sud je u predmetu *Jalloh v. Njemačka* uveo prvu dokaznu zabranu u pogledu dokaza pribavljenih

⁵ V. Ashworth, Andrew (2002) *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, London: Sweet & Maxwell, 35.

⁶ Krapac, Davor (2007) *Kazneno procesno pravo – prva knjiga*: Institucije, Zagreb: Narodne novine, 129.

mučenjem, a kasnija je praksa potvrdila da se radi o iznimci koja potvrđuje pravilo da su dokazna pravila predmet nacionalnog kaznenog postupka. U nastavku će se prikazati razvoj judikature Europskog suda za ljudska prava o ocjeni zakonitosti dokaza u posljednjih dvadeset godina od ključne presude u predmetu *Schenk v. Švicarska* iz 1988. godine do najrecentnije presude u predmetu *Gäfgen v. Njemačka* iz lipnja 2008. godine.

Prva i najvažnija presuda o nadležnosti Suda da odlučuje o povredi Konvencije zbog nezakonitosti dokaza u kaznenom postupku je *Schenk v. Švicarska* od 12. srpnja 1988. U njoj je Sud rekao "... dok članak 6. Konvencije jamči pravo na pravično suđenje, on ne propisuje pravilo o dopuštenosti pojedinih dokaza, što je stoga primarno predmet reguliranja nacionalnog prava" (§ 46). S obzirom da načelo pravičnosti ne sadržava nijedno specifično pravilo o dopuštenosti dokaznih sredstava, već je to predmet nacionalnog prava, ni Europski sud nije nadležan za ocjenu zakonitosti pojedinog dokaza, već je to primarno u nadležnosti nacionalnih sudova. Europski sud je ipak uspostavio vezu između zakonitosti dokaza i prava na pravičan postupak tako da je rekao da on ispituje je li nacionalni kazneni postupak u cjelini bio pravičan.⁷ Iako nezakonitost pojedinog dokaza ne dovodi automatski do nepravičnog postupka, Sud ipak može procijeniti da je povreda Konvencije nezakonitim dokazom rezultirala nepravičnim postupkom. U predmetu *Schenk v. Švicarska* Sud je postavio sljedeće kriterije za procjenu pravičnosti postupka: prava obrane u odnosu na nezakoniti dokaz i okolnost je li nezakoniti dokaz jedini temelj za osudu.⁸

U daljnjim predmetima u kojima se bavio pitanjima zakonitosti dokaza iz aspekta pravičnog postupka Europski je sud razradio pretpostavke na temelju kojih se utvrđuje nepravičnost postupka. Prva grupa pretpostavki vezana su za procesna jamstva obrane kao što su mogućnost provjere vjerodostojnosti dokaznog sredstva i protivljenja njegovoj upotrebi.⁹ Kako bi osigurao učinkovitost prava obrane u odnosu na nezakoniti dokaz, Sud je pravo okrivljenika da osporava zakonitost dokaza podveo pod članak 13. Konvencije koji jamči pravo na učinkovito pravno sredstvo, obvezujući države da mu tijekom kaznenog postupka moraju zajamčiti učinkovito incidentalno rješavanje pitanja zakonitosti dokaza.¹⁰

⁷ Ekskluzijsko pravilo utemeljeno na načelu pravičnosti postoji i u nekim nacionalnim porecima. Tako u Ujedinjenom Kraljevstvu *The Police and Criminal Evidence Act*, u paragrafu 78(1) propisuje da sud može ne dopustiti izvođenje dokaza optužbe ako procijeni da bi on mogao imati štetan učinak za pravičnost postupka.

⁸ V. Lubig, Sebastian/Sprenger, Johanna (2008) Beweisverwertungsverbote asu dem Fairnessgebot des Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 433-440, 434.

⁹ *P.G. i J.H. v. Ujedinjeno Kraljevstvo*, § 77 i 79; *Allan v. Ujedinjeno Kraljevstvo*, § 42, 43

¹⁰ Krapac, 2007., 135.

Druga grupa pretpostavki odnosi se na kvalitetu dokaza odnosno na njihovu vjerodostojnost i istinitost koje je dovedeno u pitanje samom činjenicom da je dokaz pribavljen kršenjem procesne forme. Važan kriterij bila je okolnost temelji li se presuda samo na nezakonitom dokazu ili postoje i drugi dokazi u korist optužbe. Međutim, u predmetu *Khan v. Ujedinjeno Kraljevstvo* od 12. V. 2000.¹¹ Europski sud je utvrdio da je postupak bio pravičan iako je jedini dokaz na kojem se temeljila osuđujuća presuda bila nezakonita snimka razgovora kojom je povrijeđen članak 8. Konvencije. Sud je rekao da je optuženik imao odgovarajuću mogućnost obrane od tog dokaznog sredstva osporavajući njegovu vjerodostojnost i upotrebu te da je snimka bila vrlo pouzdana (§ 37). U slučaju kad se radi o jakom dokazu i kad ne postoji rizik da je dokaz nevjerodostojan, potreba za dodatnim dokazima je slabija (§ 37).

Ipak, jednom je procesnom pravu obrane Europski sud dao posebnu snagu za osporavanje pravičnosti postupka u kojem je upotrijebljen dokaz pribavljen njegovim kršenjem. Riječ je o privilegiju od samooptuživanja odnosno načelu *nemo tenetur se ipsum accusare* koje se smatra dijelom načela pravičnog postupka usko povezanog s pretpostavkom okrivljenikove nedužnosti. Njegovo značenje sastoji u pravu okrivljenika na uskratu iskaza i uskratu suradnje s državnim tijelima u kaznenom postupku protiv sebe. U tom smislu ustanovio ga je i Europski sud za ljudska prava u presudama *Funke v. Francuska* iz 1993. godine¹² kao i *Saunders v. Ujedinjeno Kraljevstvo* iz 1996. godine. U presudi *Saunders* navodi se da iako nisu izričito spomenuti u članku 6. Konvencije, pravo na šutnju i privilegij od samooptuživanja općepriznati su međunarodni standardi koji se nalaze u srži načela pravičnog postupka iz članka 6. Konvencije, a smisao im je u zaštiti optuženika od nedopuštene prisile državnih tijela.¹³

Prva presuda kojom je Europski sud ipak uveo ekskluzijsko pravilo, odnosno rekao da će presuda temeljena na nezakonitom dokazu u tom slučaju uvijek dovesti do nepravičnog postupka, donesena je u predmetu *Jalloh v. Njemačka* od 11. srpnja 2006. U toj presudi Sud je napravio i korak dalje u zaštiti okrivljenika prema načelu *nemo tenetur*. U predmetu se radilo o okrivljeniku kojeg su policijski službenici uhitili zbog sumnje da na ulici prodaje plastične vrećice s drogom koje je prethodno izvadio iz usta. Na temelju naloга državnog odvjetnika odveli su ga u bolnicu da bi mu tamo dali sredstvo za

¹¹ Ibid., 136.

¹² *Funke v. France*, presuda od 25. veljače 1993., § 44.

¹³ Sud dalje nastavlja: "Privilegij od samooptuživanja pretpostavlja da optužba u kaznenom predmetu treba dokazati tvrdnje protiv optuženog bez pomoći dokaza pribavljenih metodama prisile ili presije protiv volje optuženika. U tom smislu pravo je usko povezano s pretpostavkom nedužnosti iz čl. 6. st. 2. Konvencije." *Saunders v. the United Kingdom*, presuda od 17. prosinca 1996., § 68.

povraćanje kako bi povratio vrećicu s drogom. Nakon što je okrivljenik odbio primiti to sredstvo, prema njemu su četiri policijska službenika primijenila fizičku silu te mu je liječnik silom sondom uvedenom u želudac kroz nos dao medicinsko sredstvo. Potom je okrivljenik povratio vrećicu s 0,22 grama kokaina. Europski sud je utvrdio da se u ovom slučaju zbog teškog zadiranja vlasti u fizički i psihički integritet osobe protiv njezine volje radilo o nečovječnom i ponižavajućem postupanju u smislu članka 3. Konvencije (§ 83). Nadalje je, ocjenjujući povredu članka 6. Konvencije, istaknuo da iako dokaz pribavljen povredom članka 8. ne mora biti u konfliktu s načelom pravičnosti, posebni kriteriji vrijede u pogledu dokaza pribavljenog povredom članka 3. Konvencije koji se odnosi na zabranu mučenja, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja (§ 99). U pogledu dokaza pribavljenih nasilnim radnjama, brutalnošću ili drugim postupcima koji se mogu označiti kao mučenje, Sud je rekao da oni nikada ne mogu biti dokaz žrtvine krivnje bez obzira na njihovu dokaznu vrijednost. Time je Europski sud prvi put uveo konvencijsko ekskluzijsko pravilo odnosno apsolutnu zabranu upotrebe dokaza pribavljenih mučenjem.¹⁴ U ovom slučaju, iako se ne radi o mučenju već o nečovječnom postupanju, Sud je procijenio da je povrijeđeno pravo na pravičan postupak ne uvodeći opću dokaznu zabranu za niže stupnjeve povrede članka 3. od mučenja.

Osim toga, Sud je utvrdio da je u ovom predmetu povreda prava na pravičan postupak proizišla i iz povrede načela *nemo tenetur*. Prema judikaturi Europskog suda ono obuhvaća ne samo okrivljenikovu verbalnu komunikaciju već i neverbalne oblike djelovanja. Neverbalna suradnja odnosi se na pravo okrivljenika da ne predaje državnim tijelima dokaze koji bi ga teretili. Državna tijela ne smiju zaprijetiti niti primijeniti bilo koji oblik prisile, sankciju ili mjeru kako bi okrivljenika natjerali da im preda neku ispravu, snimku ili drugi predmet.¹⁵ Zaštita ne obuhvaća primjenu prisilnih mjera prema okrivljeniku radi pribavljanja dokaza koji po svojoj prirodi postoje neovisno o njegovoj volji, kao što su primjerice dokumenti pribavljeni na temelju sudskog naloga, uzimanjem uzoraka krvi, urina i tkiva za potrebe DNA testova.¹⁶ Sud je smatrao da se u ovom slučaju radilo o primjeni višeg stupnja sile radi pribavljanja predmeta protiv okrivljenikove volje (§ 113) čime je prekršen okrivljenikov privilegij od optuživanja.

Važno je upozoriti da Sud u ovoj presudi višekratno upozorava na nužnost vaganja interesa: interes osobe na zakonito pribavljene dokaze važe se s javnim interesom na postupak i kažnjavanje. Pri tome javni interes ne smije pretegnuti nad povredom postupka koja predstavlja jezgru prava obrane kao

¹⁴ Više o dokazima pribavljenih mučenjem u poglavlju 4.

¹⁵ V. J.B. v. Switzerland, presuda od 3. svibnja 2001., § 65-68.

¹⁶ *Saunders v. the United Kingdom*, presuda od 17. prosinca 1996., § 69.

npr. načelo *nemo tenetur*.¹⁷ U konkretnom slučaju Sud kaže da javni interes za osiguranje okrivljenikove osude nije takve težine da opravdava upotrebu nezakonitog dokaza jer se radilo o uličnom dileru relativno malih količina droge koji je u konačnici dobio šest mjeseci uvjetne osude (§ 107).

U kasnijem istovrsnom predmetu *Harutyunyan v. Armenia* od 28. lipnja 2007. Sud je ponovio da bez obzira na to kakav učinak izjave pribavljene mučenjem imaju na rezultat kaznenog postupka, upotreba takvih dokaza čini postupak u cijelosti nepravičnim (§ 113). U najnovijoj sudskoj praksi Europski je sud ne samo potvrdio da nije spreman proširiti ekskluzijsko pravilo na druge povrede Konvencije već i da se ono odnosi samo na dokaze neposredno pribavljene mučenjem, a ne i na iz njih derivirane dokaze. U predmetu *Gäffgen v. Njemačka*¹⁸ sud je odbio primijeniti teoriju plodova otrovne voćke na dokaze koji su rezultat povrede članka 3. Konvencije.

Neki teoretičari kao i suci Europskog suda¹⁹ u izdvojenim mišljenjima upozoravaju da pravičnost u smislu Konvencije nije spojiva s ocjenom dokaznog materijala koji proizlazi iz povrede Konvencije.²⁰ Naime, Europski sud, ocjenjujući pravičnost postupka *in toto* ipak provodi ocjenu zakonitosti pojedinih dokaza te u tom slučaju utvrđuje poštovanje jednog prava na temelju dokaza kojim je povrijeđeno drugo pravo.

3. POREDBENOPRAVNI ASPEKTI POLOŽAJA NEZAKONITIH DOKAZA U KAZNENIM POSTUPCIMA

3.1. Sustav nezakonitih dokaza u Njemačkoj

Pravilo o vaganju interesa pri ocjeni zakonitosti dokaza razvilo se u njemačkoj sudskoj praksi koja će zbog svoje izgrađenosti postati relevantan poredbenopravni izvor i za našu praksu nakon stupanja na snagu Nacrta prijedloga ZKP. Nedopušteni načini izvođenja i ocjene dokaza u njemačkoj se teoriji nazivaju dokazne zabrane (*Beweisverbot*). Razlikuju se dvije grupe dokaznih zabrana: zabrana izvođenja dokaza (*Beweiserhebungsverbot*) i zabrana ocjene dokaza (*Beweisverwertungsverbot*).²¹ Zabrane izvođenja dokaza dijele se na: zabranu predmeta dokazivanja koja se odnosi na činjenice koje se

¹⁷ Lubig / Sprenger, 2008., 435.

¹⁸ Radi se o nastavku njemačkog slučaja *Daschner* koji se opisuje u poglavlju 4.

¹⁹ V. odvojeno mišljenje suca Loucaidesa u presudi *Khan v. Ujedinjeno Kraljevstvo* ili suca Zupančiča u predmetu *Jalloh v. Njemačka*.

²⁰ Lubig / Sprenger, 2008., 437.

²¹ V. Pfeiffer, Gerd (2003) *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München: C. H. Beck, 256 i sl.

ne smiju utvrđivati,²² zabranu dokaznog sredstva koja se odnosi na dokaze koje zakon zabranjuje,²³ i zabranu metode dokazivanja koja se odnosi na zabranjeni način izvođenja dokaza. Temeljno je pravilo da Njemačka ne poznaje opće ekskluzijsko pravilo, odnosno zabrana ocjene dokaza ne proizlazi automatski iz zabrane izvođenja dokaza. Zabrana ocjene dokaza odnosno utvrđenje da je riječ o nezakonitom dokazu mora biti eksplicitno propisano zakonom ili mora proizaći iz vaganja između javnog interesa progona i pravnih dobara optuženika. U Njemačkoj iznimno mali broj odredaba ZKP-a sadržava zabranu ocjene dokaza. Jedina zakonska apsolutna dokazna zabrana je zabrana ispitivanja okrivljenika prisilnim metodama (§ 136a st. 3. StPO), koja vrijedi za svjedoke i vještake (§§ 69/3, 72 StPO). Sve druge dokazne zabrane koje rezultiraju nezakonitim dokazom razvila je sudska praksa neposredno iz Ustava i načela pravne države. U Njemačkoj je Ustav samostalan izvor za zabranu ocjene dokaza u konkretnim slučajevima.

Razlog odbacivanja automatske zabrane nezakonito pribavljenog dokaza jest u drugačijoj svrsi isključenja dokaza u njemačkom kaznenom procesnom pravu. Ekskluzijsko pravilo, poteklo iz anglo-američkog kaznenog procesnog prava, prema kojem se moraju izdvojiti dokazi prikupljeni povredom procesne forme kojom se krši i neko ljudsko pravo, ima svrhu preventivno djelovati na tijela kaznenog postupka odnosno disciplinirati službene osoba. Nepoštovanje zakona pri prikupljanju dokaza dovodi do njihove neupotrebljivosti pa će državna tijela biti motivirana na postupanje sukladno zakonu. Njemačka odbija takvu svrhu neupotrebljivosti dokaza. Njemački postupak nije stranački postupak, već jednostrano istraživanje istine od strane suda i državnog odvjetnika koji su obvezni otkrivati i okolnosti koje oslobađaju okrivljenika. Osim toga, svrha njemačkog kaznenog postupka je ispitivanje materijalne istine, sud je dužan utvrditi istinito činjenično stanje, a dokazne zabrane postavljaju granice ispitivanju istine u kaznenom postupku. Izgradnja dokaznih zabrana istovremeno vodi do razgradnje šanse da se pronađe istina.²⁴ To su razlozi zbog kojih je njemački Savezni sud odbio i teoriju o plodovima otrovne voćke. Svi dokazi koji se pojave pred sudom u pravilu se trebaju koristiti bez obzira na njihovo porijeklo, a ako su službene osobe prekršile zakon prilikom prikupljanja dokaza, to je posebno pitanje koje se treba rješavati u posebnom postupku i koje ne treba utjecati na utvrđivanje istine u kaznenom postupku. Zbog povrede zakona protiv službenih osoba odvojeno će se voditi stegovni odnosno kazneni postupak.

Ipak, ovo načelno pravilo o korištenju nezakonitih dokaza u kaznenom postupku njemačka je sudska praksa kod povrede najviših ljudskih prava od-

²² Primjerice službena tajna. V. Krapac, 2007., 346.

²³ Primjerice privilegirani svjedok koji je uskratio iskaz.

²⁴ Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar*, 2003., 86.

bila, a kod povrede drugih prava relativizirala. U tu je svrhu razvijena teorija o tri pravna kruga: poslovnom, individualnom i intimnom.²⁵ Dokazi pribavljeni povredom prava u području poslovnih aktivnosti u cijelosti su upotrebljivi. Individualno područje koje uključuje socijalno u pravilu je isto upotrebljivo, no ipak postoje slučajevi u kojima sudovi važu između zaštite osobnosti i interesa funkcionalnog kaznenog progona. Jezgru privatnog života (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*) čovjeka predstavlja intimna sfera koja je potpuno zabranjena za državne zahvate, a ne samo za pribavljanje dokaza. Neupotrebljivost dokaza u tim slučajevima služi zaštiti ljudskog dostojanstva (čl. 1. Ustava) i slobodnom razvoju osobnosti (čl. 2. st. 1. Ustava; BGHSt. 19, 325, 326).²⁶ Ljudsko dostojanstvo temeljna je vrijednost pravnog poretka zajamčena ustavom. Svaki ga čovjek mora kod drugog poštovati, i pojedinci i javna vlast. Ova misao vodilja vlada kaznenim poretkom pravne države.²⁷

S obzirom na to da je u Njemačkoj procjena zakonitosti dokaza gotovo isključivo u nadležnosti sudova, razumljivo je da je nastala opsežna judikatura kako kaznenih sudova tako i Ustavnog suda. Takav koncept doveo je i do upotrebljivosti brojnih dokaza kojima se krši pravo obrane ili neka druga procesna prava sudionika u postupku. Tako se u Njemačkoj sve donedavno mogao koristiti kao dokaz iskaz okrivljenika koji nije bio upozoren na pravo na šutnju, ako se moglo pretpostaviti da je upoznat s tim pravom i bez danog upozorenja.²⁸ Isto tako, nije nezakonit dokaz iskaz svjedoka koji nije bio upozoren na uskratu iskaza, jer ta norma ne služi zaštiti okrivljenika.²⁹

3.2. Položaj nezakonitih dokaza u državama članicama Europske unije

Mreža nezavisnih stručnjaka o temeljnim pravima koju je sastavila Europska komisija izradila je studiju o položaju nezakonito pribavljenih dokaza u kaznenom postupku u državama članicama Europske unije koja je objavljena krajem 2003.³⁰ Iako su se pitanja za izradu studije odnosila samo na dokaze pribavljene povredom prava na privatnost, eksperti su u svojim odgovorima općenito prikazali sustav ocjene zakonitosti dokaza u svojoj državi uključujući povredu prava na privatnost. Obuhvaćeno je 17 država članica Europske unije.

²⁵ V. Krapac, 2007., 382.

²⁶ Pfeiffer, 2003., 84.

²⁷ Ibid., 65.

²⁸ Ibid., 258.

²⁹ No, kasnije se taj iskaz ne može koristiti u eventualnoj istrazi protiv svjedoka.

³⁰ *Opinion on the status on illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union (CFR-CDF, 30 XI 2003)*. <http://cridho.cpdnr.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR-CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf>

Prema toj studiji države su podijeljene u dvije grupe. U prvoj je grupi deset država koje ustavom ili zakonom isključuju uporabu nezakonitih dokaza u kaznenom postupku (Belgija, Cipar, Španjolska, Grčka, Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Portugal), s tim da neke od njih kao što su Grčka i Irska poznaju u praksi izuzetke od ovog načela. U drugoj je grupi sedam država koje ne isključuju automatski dokaze kojima je povrijeđeno neko temeljno pravo, već prepuštaju sudu da ocijeni njihovu zakonitost. Kriteriji koje sud u postupku vaganja uzima u obzir s jedne su strane važnost dokaza za osudu, vjerodostojnost dokaza, podupiru li ga drugi dokazi, je li dokaz bio izveden u kontradiktornom postupku, težina povrede temeljnog prava te je li njime povrijeđen okrivljenikov privilegij od samooptuživanja kao i je li rezultat provokacije službenih osoba.

Poseban položaj u nekim državama iz obiju grupa ima nezakoniti dokaz *in favorem* okrivljenika. U takvom slučaju primjerice Belgija i Danska koje obje poznaju ekskluzijsko pravilo dopuštaju korištenje nezakonitog dokaza. Stajalište da nezakonito pribavljeni dokazi u korist okrivljenika ne trebaju biti izdvojeni u kaznenom postupku kod nas zastupa Krapac.³¹

4. DOKAZI PRIBAVLJENI KRŠENJEM USTAVOM, ZAKONOM ILI MEĐUNARODNIM PRAVOM PROPISANE ZABRANE MUČENJA, OKRUTNOG I NEČOVJEČNOG POSTUPANJA

4.1. Važnost odredbe čl. 10. st. 2. t. 1. Nacrta

Prema čl. 10. st. 2. t. 1. Nacrta, nezakoniti su dokazi “koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja”. To je nova odredba u odnosu prema važećim čl. 9. ZKP-a i ona izričito potvrđuje i/ili dopunjuje normativne sadržaje iz čl. 17. st. 3., čl. 22., čl. 23. i čl. 25. st. 1. Ustava Republike Hrvatske te brojnih međunarodnih dokumenata (npr. čl. 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda) kojima se zaštićuje ljudsko dostojanstvo te nepovredivost tjelesne i duševne cjelovitosti čovjeka. Zabrana mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja apsolutno je nederogabilna.³² Dokazi pribavljeni kršenjem spomenute zabrane ne mogu se uporabiti kao dokaz u kaznenom postupku (npr. čl. 225. st. 10. u vezi sa st. 8. i čl. 235. ili čl. 265. st. 4. ZKP-a), a samo kršenje takve zabrane inkrimirano je kao kazneno

³¹ Krapac, 2007, 134.

³² Usp. Krapac, Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Insitucije, III., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007., rubna bilješka 590, str. 400. Prema čl. 17. st. 3. Ustava, primjena ustavnih odredbi o zabrani mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja ne može se ograničiti “niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države”.

djelo u čl. 126. i 176. KZ-a (iznuda iskaza; mučenje i drugo okrutno, neljudsko ili ponižavajuće postupanje). S obzirom na žestoke rasprave koje su se posljednjih godina vodile u povodu pitanja može li mučenje u iznimnim slučajevima (prije svega u suprotstavljanju države suvremenim pojavnim oblicima najtežeg kriminaliteta kao što je terorizam) ipak biti dopušteno ili barem ispričano, posebno isticanje nezakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem zabrane mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja smatramo prikladnim rješenjem, osobito sa stajališta potrebe za stalnim potvrđivanjem temeljnih načela pravne države. Svu složenost ove problematike izvrsno ilustrira slučaj Daschner iz njemačke sudske prakse u kojem se kao temeljno pojavilo pitanje isključenja protupravnosti prijetnje mučenjem u svrhu spašavanja života nedužne žrtve.³³

4.2. Slučaj Daschner

Postupajući s ciljem iznuđivanja otkupnine, u rujnu 2002., 28-godišnji mladi pravnik Magnus Gäfgen oteo je 11-godišnjeg bankareva sina Jakoba von Metzlera. Počinitelj je uhićen, ali nije htio otkriti skrovište otetog dječaka. Pretpostavljajući da će na taj način moći spasiti život žrtve, zamjenik predsjednika frankfurtske policije Wolfgang Daschner zaprijetio je osumnjičeniku mjerama mučenja putem policijskog službenika Ortwina Ennigkeita u jutarnjim satima 1. listopada ako ne otkrije gdje je skriven oteti dječak. Nakon toga osumnjičenik je odao skrovište. Počinitelj je ipak ubio žrtvu odmah nakon otmice. Spašavanje, dakle, više nije bilo moguće. Gäfgen je 28. srpnja 2003. osuđen na kaznu doživotnog zatvora zbog teškog ubojstva. Osuđujuća presuda temeljila se prvenstveno na njegovu priznanju (bez prijetnje mučenjem) na glavnoj raspravi. Revizija takve odluke odbijena je pred Saveznim sudom u svibnju 2004. Nije uspjela ni ustavna tužba pred Saveznim ustavnim sudom, također 2004. godine. Ennigkeit je osuđen za kazneno djelo prisile iz § 240. st. 1. njemačkog KZ-a, a Daschner za navođenje podređenoga na počinjenje kaznenog djela, prema § 357. st. 1. i § 240. st. 1. KZ-a. Obojici su utvrđene novčane kazne, ali je sud na temelju mnogih ublažavajućih okolnosti izrekao opomene uz pridržaj kažnjavanja, sukladno inače rijetko primjenjivanom § 59. KZ-a. U srpnju 2005. Gäfgen je podnio tužbu protiv Savezne Republike

³³ Razne aspekte ovog slučaja, prije svega one materijalnopravne naravi, u njemačkoj je literaturi iscrpno obradio *Roxin*, *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens strafflos sein?*, u: *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Verlag C.H. Beck, München, 2005., str. 461-471. *Roxinov* prikaz slučaja Daschner, kao i mogućih načina njegova rješavanja, uzeli smo kao temelj izlaganja o njemu u ovom radu. S procesnopravnog stajališta navedeni je slučaj detaljno razradio *Saliger*, *Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, br. 1/2004., str. 35-65. U hrvatskoj literaturi vidi: *Krapac*, 2007., rubna bilješka 590, str. 401-404.

Njemačke Europskom sudu za ljudska prava. Predmet tužbe bila je od Daschnera naređena prijetnja mučenjem, a njezin cilj obnavljanje postupka protiv Gäfgena, s obzirom na to da je sud, prema mišljenju tužitelja, u nedostatnoj mjeri uzeo u obzir ometanje strategije njegove obrane. Europski sud za ljudska prava 30. lipnja 2008. odbio je Gäfgenovu tužbu. Sud je, doduše, izričito potvrdio da su prema čl. 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (zabrana mučenja, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja) Gäfgenova prava povrijeđena, iako prijetnja mučenjem koja je ostvarena prema njemu nije mučenje, nego “samo” nečovječno postupanje. Sud nije utvrdio povredu prava na pravično postupanje iz čl. 6. jer se osuda temelji na kasnijem (slobodnom) priznanju teškog ubojstva na glavnoj raspravi. Također je istaknuo da svako ponašanje kojim se krši čl. 3. nije opravdano (nije isključena njegova protupravnost) ni za zaštitu života jednog jedinog čovjeka, ni u slučaju krajnje nužde u kojoj se nalazi cijela država, čime je, nadalje, kao prikladno sredstvo za rasvjetljavanje zločina isključeno i “spašavajuće mučenje”. Sud je objasnio da je Gäfgenu, na temelju izričitog priznanja povrede njegovih ljudskih prava od strane njemačkog suda i osude Daschnera i Ennigkeita, pružena zadovoljština u dostatnoj mjeri. Prikazano činjenično stanje izazvalo je raspravu o više pitanja: je li Daschnerovo ponašanje bilo dopušteno ili zabranjeno, treba li on zbog toga biti kažnjen te smiju li se iskazi osumnjičenika pribavljeni prijetnjom mučenjem iskoristiti za dokazivanje njegove krivnje.

4.3. Primjenjivi propisi u slučaju Daschner

Njemački Zakon o kaznenom postupku u § 136a zabranjuje utjecaj na volju okrivljenika zlostavljanjem te zabranjuje i prijetnju nedopuštenim mjerama takve vrste. Iskaz pribavljen na takav način ne može se ocjenjivati, pa čak i ako je okrivljenik na takvo ocjenjivanje naknadno pristao. Takvo procesno uređenje temelji se na njemačkom Ustavu i međunarodnim dokumentima. Čl. 104. st. 1. reč. 1. Ustava glasi: “Uhićene osobe ne smiju se ni psihički ni tjelesno zlostavljati”. Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja u Njemačkoj ima zakonsku snagu, u § 3. propisuje da “nitko ne smije biti podvrgnut mučenju”, a § 15. st. 2. izričito zabranjuje svako stavljanje izvan snage § 3. Takve ideje izražene su i u fundamentalnom načelu njemačkog Ustava, sadržanom u čl. 1. st. 1. reč. 1.: “Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo”. Pođemo li od navednih propisa kao temelja rješavanja problema, Daschner je u konkretnom slučaju, zahvaljujući ocjeni suda da je intenzitet napada na oštećenika bliži nečovječnom postupanju nego mučenju te brojnim ublažavajućim okolnostima, osuđen za navođenje podređenoga na počinjenje kaznenog djela obične prisile, iako bi prikladnija pravna kvalifikacija bila navođenje na iznudu iskaza iz § 343. KZ-a. Prema § 136a njemačkog

ZKP-a, iznuđeni iskaz nije se mogao uporabiti za dokazivanje otmice i teškog ubojstva. Budući da je Dashner postupio na opisani način kako bi spasio ljudski život, postavilo se pitanje može li se njegova osuda smatrati primjerenim rješenjem. Većina kaznenopravnih teoretičara koji su se izjasnili o ovom slučaju branili su bezuvjetnu zabranu mučenja, a pojedini su ipak otvorili pitanje treba li u ekstremnim iznimnim situacijama odstupiti od takve zabrane.

4.4. Razlozi opravdanja prijetnje mučenjem u iznimnim situacijama i bezuvjetna nepovredivost ljudskog dostojanstva

Neki autori iz područja javnog prava stali su na stajalište da je Daschner imao pravo na takvo ponašanje.³⁴ Sam Daschner i njegovi branitelji pozivali su se na to da zabrana mučenja vrijedi samo za kazneni progon, ali ne i za otklanjanje opasnosti. Država je dužna otklanjati nepravu od svojih građana, a u okviru toga za odgovor na pitanje “gdje je dijete?” smije se uporabiti i prijetnja mučenjem. Takvo stajalište ipak nije uvjerljivo jer se kazneni progon i otklanjanje opasnosti u danoj situaciji ne mogu razdvojiti. Time što bi priznao gdje je mjesto na kojem je skriveno dijete, okrivljenik bi morao sam sebe raskrinkati kao ubojicu i isporučiti odlučujući dokaz protiv sebe. Prijetnjom mučenjem od njega je iznuđeno samooptuživanje (dokazivanje vlastite krivnje), a upravo se ono želi spriječiti odgovarajućim zabranjujućim propisima. Osim toga, zabranu mučenja nije ispravno ograničavati na mjere kaznenog progona, jer ustavne odredbe, kao i mnogi međunarodni dokumenti, zabranjuju mučenje bezuvjetno i ne čine nikakve iznimke za slučajeve otklanjanja opasnosti. Takva bi se iznimka, bez obzira na to gdje bila propisana, protivila ustavnopravnoj dužnosti poštovanja ljudskog dostojanstva, jer mučenje i prijetnja mučenjem neprijeporno povređuju ljudsko dostojanstvo. Zbog toga bi takvo dopuštenje, kad bi i postojalo, bilo ništavo. Opravdavanje mučenja radi zaštite života moguće je i s argumentacijom koja se oslanja na okolnost da policija, kad nema drugog sredstva na raspolaganju za spašavanje ljudi od smrtonosne prijetnje, smije ustrijeliti napadača, kao što je to dopušteno i privatnoj osobi kroz propise o nužnoj obrani i nužnoj pomoći. Dopuštenost takvog tzv. finalnog spašavajućeg hitca koristi se za analogiju s iznuđom iskaza radi spašavanja života. Analogija ipak nije održiva jer, kao što je već rečeno, mnogi propisi izričito isključuju iznimke od zabrane mučenja, čak i u situacijama nužde. Radnja napadnutoga ili nužnog pomagača kod nužne obrane upravljena je prema radnjama napadača kojima se ugrožavaju prav-

³⁴ U tom smjeru, i prije slučaja Daschner, izjasnio se npr. *Brugger*, *May Government Ever Use Torture? Two Responses From German Law*, 48 *American Journal of Comparative Law* (2000), str. 661-678.

na dobra i od kojih se u prijeko potrebnoj mjeri smije štiti sebe ili drugoga. Mučenjem se, naprotiv, nanose žrtvi tjelesne patnje radi iznuđivanja iskaza; takva radnja ne predstavlja samo povredu tjelesne cjelovitosti nego se u njoj očituje i povređivanje ljudskog dostojanstva koje nadilazi puku obranu od napada i opravdava kategoričnu zabranu mučenja. Ovdje, dakako, valja ostati kod uvodnog primjera u kojem je i sama prijetnja mučenjem bila dostatna da se počinitelj ponuka na iskaz. Ni takva situacija ne daje temelja za drukčiju pravnu ocjenu. Budući da država zabranjuje mučenje, ona ne smije ni prijetiti zabranjenim; već se i samom prijetnjom razvija ono psihičko djelovanje koje povređuje osobnu autonomiju, a time i ljudsko dostojanstvo žrtve. Čak i neovisno o tome, i sa stajališta rasvjetljavanja činjeničnog stanja nema smisla zabraniti mučenje, a dopustiti prijetnju njime.

U slučaju Daschner valja raspraviti i kaznenopravne razloge isključenja protupravnosti koji bi eventualno mogli poslužiti kao legitimacija prijetnje mučenjem. Moguće je pozivanje na opravdavajuću krajnju nuždu ili na nužnu pomoć. Prema § 34. njemačkog KZ-a, koji regulira krajnju nuždu kao razlog isključenja protupravnosti (tzv. opravdavajuća krajnja nužda), ne postupa protupravno "tko počini djelo radi otklanjanja od sebe ili drugoga istodobne opasnosti za život, tijelo, slobodu, čast, imovinu ili neko drugo pravno dobro, koja se nije mogla otkloniti na drugi način, ako pri vaganju suprotstavljenih interesa, a osobito angažiranih pravnih dobara i stupnja opasnosti koja im prijeti, zaštićeni interes bitno preteže nad povrijeđenim. To ipak vrijedi samo onda ako je počinjeno djelo bilo prikladno sredstvo za otklanjanje opasnosti". S tim u vezi, za isključenje protupravnosti morala bi se postaviti teza da je interes zaštite života žrtve bitno važniji od poštovanja zabrane mučenja. Moglo bi se promisliti i o primjeni zakonske odredbe o nužnoj pomoći. Prema § 32. st. 2. njemačkog KZ-a, radnja koja ispunjava biće kaznenog djela nije protupravna ako je prijeko potrebna da bi se od drugoga odbio istodoban protupravni napad. U ovom slučaju morala bi se šutnja okrivljenika promatrati kao napad na žrtvu nečinjenjem a prijetnja mučenjem kao prijeko potrebna obrambena radnja protiv takvog napada. Spomenuti su propisi ipak neprimjenjivi. Dvojbeno je već pitanje može li se državna vlast uopće pozivati na razloge isključenja protupravnosti, jer mnogi zagovaraju stajalište da kaznenopravni razlozi isključenja protupravnosti važe samo za građane, dok se policija smije oslanjati isključivo na posebne policijskopravne ovlasti. Kad bi se u Daschnerovu slučaju zastupalo i drukčije mišljenje i kada bismo i policiji dopustili pozivanje na opravdavajuću krajnju nuždu i nužnu pomoć, navedeni propisi ne bi doveli do isključenja protupravnosti. Neprimjenjivost odredbe o krajnjoj nuždi proizlazi iz zakonskog uvjeta da isključenje protupravnosti kroz vaganje interesa vrijedi samo ako je počinjeno djelo prikladno sredstvo za otklanjanje opasnosti. Povređivanje ljudskog dostojanstva nije prikladno sredstvo u smislu zakonske odredbe o opravdavajućoj krajnjoj nuždi. Neosporno je također

da mučenje predstavlja povredu ljudskog dostojanstva, jer se žrtva mučenja ne tretira kao osoba, nego je upravljeno radnje mučenja prema postignuću priznanja čini pukim objektom. Ljudsko dostojanstvo je bezuvjetno nepovredivo i ne može se vagati s drugim interesima. Ništa drugo ne može se reći ni kad je u pitanju primjena zakonske odredbe o nužnoj pomoći, jer prema § 32. KZ-a ne postupa protupravno samo onaj tko “počini djelo koje je nužnom obranom dopušteno”. Povređivanje ljudskog dostojanstva ne može biti dopušteno u smislu odredbe o nužnoj obrani. Klauzulom dopuštenosti (*Gebotenheitsklausel*) njemački je zakonodavac želio ograničiti pravo na nužnu obranu iz socijalno-etičkih razloga, a najvišim načelima socijalne etike pripada poštovanje ljudskog dostojanstva.³⁵

Iz svega navedenog proizlazi da opravdanje policijske prijetnje mučenjem u konačnici uvijek ne uspijeva zbog povrede ljudskog dostojanstva, neovisno o tome iz koje se norme pokušava izvesti isključenje protupravnosti. Može li se, međutim, problem povrede ljudskog dostojanstva prevladati tako da se i u policijskom odricanju od mučenja ili prijetnje mučenjem vidi povreda ljudskog dostojanstva, koja u Daschnerovu slučaju ili sličnim slučajevima nije upravljena protiv ljudskog dostojanstva počinitelja, nego protiv ljudskog dostojanstva žrtve, jer država u takvom slučaju nije učinila sve što je za spašavanje žrtve bilo moguće. Ako se u tome vidi omalovažavanje ljudskog dostojanstva žrtve, povreda ljudskog dostojanstva je neizbježna, neovisno o tome radi li se o počinitelju ili žrtvi. U takvom neizbježnom konfliktu ljudskih dostojanstava preporučuje se davanje prednosti ljudskom dostojanstvu žrtve. Takvu argumentaciju zagovara više njemačkih autora, a i sam se Daschner pozivao na nju kad je govorio o dužnosti države na otklanjanje neprava od građana. Iako zvuči primamljivo, ipak se ne čini ispravnom. Otmičar neprijeporno povređuje ljudsko dostojanstvo žrtve, kao što to čine mnogi počinitelji kaznenih djela, ali to ne legitimira državu u njezinim zahvatima u ljudsko dostojanstvo počinitelja jer se njezina moralna nadmoć nad počiniteljem kaznenog djela sastoji upravo u tome da se ona ne služi istim metodama kao i on. Ako je državi zabranjena svaka povreda ljudskog dostojanstva, uključujući i mučenje, onda je logično zaključiti da i propuštanje mjera mučenja s njezine strane ne predstavlja povredu ljudskog dostojanstva. Država je obvezana štititi život i ljudsko dostojanstvo građana koliko god je moguće, ali takva zaštita uvijek mora ostati u granicama koje su postavljene za postupanje pravne države. Pri određivanju tih granica, zabrana mučenja pozicionirana je na najvišem mjestu. Dužnost pomoći države prestaje u trenutku kad se ona može ispuniti samo pod cijenu odustajanja od pravne države. Ne zabrani li se mučenje radi otk-

³⁵ Usp. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006., rubna bilješka 106, str. 707.

lanjanja opasnosti od samog početka, uključujući i prijetnju mučenjem (manji intenzitet napada na zaštićeno pravno dobro), teško je odrediti granice koje bi mogle spriječiti širenje takve prakse. To ne vrijedi samo za slučajeve prijetnje mučenjem radi pribavljanja priznanja počinjenja teškog ubojstva kao u ovdje razmatranom slučaju, već i za sve slučajeve teškog kriminaliteta (prije svega organiziranog kriminala i terorizma) u kojima je sigurnost društva u prvom planu. Opravdanjem postupanja tijela državne vlasti u frankfurtskom slučaju (kao školskog primjera) brzo bismo došli do države mučiteljice (*Folterstaat*) i povratka u nečovječnost. Povijesno iskustvo nas uči da bi mučenje, bilo ono dopušteno i samo iznimno zbog otklanjanja opasnosti, pogađalo mnogo više nedužnih i ne bi rezultiralo s manje pogrešnih presuda.

4.5. Prijetnja mučenjem i ispričavajući razlozi

Osim isključenja protupravnosti, u vezi s prijetnjom mučenjem otmičaru koji odbija otkriti mjesto na kojem drži oteto dijete koje je u životnoj opasnosti, valja raspraviti pitanje njegove krivnje ili postojanja tzv. ispričavajućih razloga. Daschner se teško može pozivati na zabludu o protupravnosti jer je ona ovdje bila lako otklonjiva: već bi telefonski poziv glavnom državnom odvjetniku bio dostatan. Zanimljiva je ideja o izvanzakonskoj ispričavajućoj krajnjoj nuždi (ili izvanzakonskoj krajnjoj nuždi koja isključuje kaznenu odgovornost), jer bi se mogla zagovarati teza da u iznimnim graničnim slučajevima apsolutna zabrana mučenja mora biti sačuvana, ali da kažnjavanje počinitelja (spasitelja) koji je prekršio takvu zabranu može biti besmisleno. S tim u vezi nerijetko su raspravljane "*ticking time bomb*" situacije, tj. slučajevi u kojima policija uhićuje postavljača bombe, ali on ne želi odati mjesto gdje je bomba postavljena, unatoč tome što prijeti njezina eksplozija i što su ugrožene tisuće ljudi. Prekšitelj apsolutne zabrane mučenja koji bi takvu metodu pribavljanja iskaza primijenio prema uhićeniku radi dobivanja njegova priznanja i spašavanja brojnih nedužnih ljudi mogao bi se pozivati na to da je u konkretnom slučaju postupao s uvjerenjem da je njegovo postupanje odano zaštiti najviših pravnih dobara, da je odabrao jedini s visokim stupnjem vjerojatnosti uspješan put spašavanja te da je riječ o tako posebnoj situaciji koja se teško može ponoviti i da njezina eskulpacija zbog toga neće oslabiti generalno-preventivni učinak zabrane. Izvanzakonsko isključenje kaznene odgovornosti u navedenim pretpostavkama čini se ipak diskutabilnim, jer u slučajevima u kojima se radi o fundamentalnim normama kao što je zabrana mučenja zakon u određivanju granica između prava i neprava mora ostati čvrst i nesavitljiv. Kad je riječ o pitanju mora li počinitelj u socijalno-etički graničnim slučajevima biti kažnjen, pravda ipak ne bi trebala imati "srce od kamena", već bi mogla pokazati blagost kao što to obično čini u situacijama nužde i konfliktnim si-

tuacijama. *Roxin* smatra da izvanzakonska ekskulpacija u slučaju *Daschner* nije održiva. U slučaju otmičara koji je uhićen pri dogovorenoj predaji novca, ali koji taoca drži skrivenog, nije riječ o posebnom graničnom slučaju, već o slučaju koji u tom području nije netipičan. Od prijetnje mučenjem nije se mogao očekivati ni poseban uspjeh niti je ona bila jedino preostalo sredstvo spašavanja dječakova života. Od početka je, naime, bilo nevjerovatno da oteti dječak može preživjeti. Da je to bio slučaj, otmičar bi i bez prisile morao imati veći interes za odavanje mjesta na kojem je dječak skriven. Budući da mu je plan ionako propao, odavanjem skrovišta samo bi poboljšao svoj položaj jer bi izmakao kazni za dovršeno, a možda i za pokušano teško ubojstvo. Njegovo protivljenje otkrivanju skrovišta bilo mu je jednako priznanju počinjenja ubojstva, koje je priznanje želio spriječiti. Ako takvu situaciju počinitelj nije mogao shvatiti, što je malo vjerovatno jer je apsolvirao studij prava, policija ga je morala upozoriti na njegov položaj umjesto posezanja za mučenjem. S obzirom na navedeno, ne bi trebalo dovoditi u pitanje rješenje da se visokopozicionirani policijski službenik koji je naredio mučenje ne može pozivati na izvanzakonsku ispričavajuću krajnju nuždu, ali je na njegovoj strani mnogo ublažavajućih okolnosti. Mora mu se dati za pravo da je vjerovao da se našao u tragičnoj konfliktnoj situaciji. Promatrano iz njegove pozicije, u konkretnom su slučaju bile suprotstavljene dvije pravno najviše vrijednosti - život i ljudsko dostojanstvo - od kojih je mogao sačuvati samo jednu. U tako teškom položaju on je odabrao pogrešan put, a pogrešno je procijenio i stvarno stanje stvari. Unatoč takvoj pogrešnoj procjeni prava i činjeničnog stanja, radilo se o motivaciji počinitelja koja je bila usmjerena na spašavanje života i iznimno napregnutom stanju u kojem je morao donijeti odluku. Sve to upućuje na zaključak da je ovdje riječ o manje teškom slučaju počinjenja inače teških kaznenih djela,³⁶ za koja se propisuju blaži kazneni okviri i omogućuje primjena minimalne kaznenopravne represije.

4.6. Neki procesnopravni prigovori iz slučaja *Daschner*

Na kraju valja još istaknuti *Roxin*ov komentar stajališta prema kojemu se u slučaju *Daschner* moglo razmisliti i o obustavljanju postupka protiv otmičara s obzirom na intenzitet kršenja temeljnih načela pravne države od strane policije. Na taj bi se način, po njemu, ipak otišlo predaleko. Prema praksi Saveznog suda i Saveznog ustavnog suda, takvu mogućnost valja potvrditi samo u ekstremnim iznimnim slučajevima, a ovdje razmatrani slučaj to nije. Kršenje se dogodilo u ranijem stadiju istrage i ono je došlo do izražaja samo u jed-

³⁶ Usp. *Roxin*, 2005., str. 469-470.

nom pojedinačnom iskazu koji se ne može ocjenjivati (nije uporabljiv). Takvo kršenje samo po sebi ne inhibira cjelokupno daljnje postupanje. Nedostatak je trebao biti otklonjen propisanom poukom, a time bi i pravnodržavno procesuiranje ponovo bilo uspostavljeno. U svakom slučaju, iznuđeni se iskaz ne može ocjenjivati, kao što se ne mogu ocjenjivati ni kasnija priznanja bez prisile, "ako osumnjičenik nije izričito upozoren na neuporabljivost njegovih prijašnjih navoda". Budući da je takva "kvalificirana pouka" pri sljedećim ispitivanjima otmičara izostala, njegovi se navodi nisu mogli ocjenjivati. Sud je ipak odlučio da se "zbog iskaza optuženika poznata dokazna sredstva" (prije svega pronalaženje mrtvog djeteta i rezultati obdukcije) smiju iskoristiti za dokazivanje njegove krivnje. To je izvedeno na temelju vaganja težine zadiranja u optuženikova prava i težine predbacivanog djela, koje je ovdje dovelo do uporabljivosti dokaza. Takvo je vaganje upitno jer ovdje je riječ o povredi ljudskog dostojanstva, kod koje bi svako vaganje trebalo biti uskraćeno. Osim toga, ispravno bi bilo da se "daljnje djelovanje" zabrane dokaza ne smije činiti ovisnim o vaganju, nego se općenito mora potvrditi. Ako se iskaz okrivljenika ne smije iskoristiti kao dokaz, a smije se kao dokaz uporabiti na temelju njegova iskaza pronađeni leš, onda je riječ o zaobilaženju (izigravanju) propisa o dokazima na kojima se ne može temeljiti sudska odluka, jer bi se iznuđeni iskaz na taj način posredno ipak mogao uporabiti. Osuda optuženika bila je moguća i bez procesnopравnih prigovora, jer je bilo dostatno drugih dokaznih sredstava, uključujući i priznanje djela nakon kvalificirane pouke.³⁷

5. NEZAKONITI DOKAZI I RAZLOZI ISKLJUČENJA PROTUPRAVNOSTI

5.1. Dopuštenost dokaza pribavljenih radnjom koja isključuje protupravnost iz čl. 10. st. 3. t. 1. Nacrta

Prema čl. 10. st. 3. t. 1. Nacrta, ne smatraju se nezakonitim dokazi pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, ako su takvi dokazi pribavljeni radnjom za koju je prema kaznenom zakonu isključena protupravnost. S obzirom na način na koji je strukturiran čl. 10. Nacrta, postupanje suda pri traženju odgovora na pitanje koji su to slučajevi na koje se uopće može primijeniti čl. 10. st. 3. t. 1. Nacrta predstavlja iznimno složenu zadaću. Sud bi, naime, najprije morao utvrditi da određeni način pribavljanja dokaza (povreda Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo,

³⁷ Usp. *Roxin*, 2005., str. 471.

ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života) ispunjava biće određenog kaznenog djela (nije dovoljna obična povreda procesne norme), a nakon toga ispitati jesu li u konkretnom slučaju ostvarene pretpostavke nekog kaznenim zakonom propisanog razloga isključenja protupravnosti. Iz takvog postupanja morali bi se istodobno isključiti slučajevi nezakonitih dokaza na kojima se sudske odluke, zbog načina njihova pribavljanja, sukladno čl. 10. st. 2. t. 1., 3. i 4. Nacrta, nikada ne smiju temeljiti (dokazi pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja; dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su kao takvi izričito predviđeni Zakonom o kaznenom postupku te dokazi za koje se saznalo iz takvih nezakonitih dokaza), ali i oni dokazi kod kojih je njihova načelna neuporabljivost relativizirana posebnom odredbom čl. 10. st. 3. t. 2. Nacrta, prema kojoj se, u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti kazneni postupak, dokazi pribavljeni povredom prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života neće smatrati nezakonitima ako je povreda prava s obzirom na jakost i narav bitno manja od težine kaznenog djela.

Što se tiče načina pribavljanja dokaza, od odredaba posebnog dijela Kaznenog zakona (dalje u tekstu: KZ), sa stajališta praktične važnosti, ovdje bi došla u obzir sljedeća kaznena djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina: narušavanje nepovredivosti doma (čl. 122. KZ-a), protuzakonita pretraga (čl. 123. KZ-a), povreda tajnosti pisama i drugih pošiljaka (čl. 130. KZ-a) i neovlašteno snimanje i prisluškivanje (čl. 131. KZ-a). Iznudivanje iskaza (čl. 126. KZ-a) i zlostavljanje u obavljanju službe ili javne ovlasti (čl. 127. KZ-a) valja isključiti jer se u takvim slučajevima radi o nezakonitim dokazima iz čl. 10. st. 2. t. 1. Nacrta. Glede razloga isključenja protupravnosti propisanih kaznenim zakonom, relevantne su odredbe o nužnoj obrani (čl. 29. KZ-a) i krajnjoj nuždi kao razlogu isključenja protupravnosti (čl. 30. st. 1. KZ-a). Kad je riječ o postupanju organa vlasti, valja uzeti u obzir i zakonitu uporabu sredstava prisile (čl. 32. KZ-a). Važno je istaknuti da primjena čl. 10. Nacrta nije ograničena samo na postupanje tijela državne vlasti u pribavljanju dokaza (policije, državnog odvjetnika ili istražni suca) nego vrijedi i za privatne osobe. Pitanje je samo mogu li se i u kojoj mjeri tijela državne vlasti uopće pozivati na opće razloge isključenja protupravnosti (nužnu obranu i krajnju nuždu). Pravila ponašanja tijela državne vlasti u vezi s pribavljanjem dokaza pobliže su uređena posebnim zakonskim propisima (prije svega ZKP-om) i ako se takva ponašanja ostvaruju u granicama propisanih ovlasti, nadležnosti i formi, isključena je njihova protupravnost. Prekoračenja takvih granica u pravilu dolaze pod udar KZ-a i tada se otvara pitanje mogućnosti pozivanja na nužnu obranu (u pravilu na nužnu pomoć) ili krajnju nuždu koja isključuje protupravnost. Problemom mogućnosti pozivanja tijela državne vlasti na

nužnu obranu i krajnju nuždu intenzivno se bavi njemačka kaznenopravna dogmatika. Stoga u nastavku valja istaknuti njezina temeljna stajališta u vezi s tim problemom.

5.2. Pravo pozivanja tijela državne vlasti na nužnu obranu

Što se tiče nužne obrane, najviše pozornosti izazivaju tumačenja posebnih propisa koji se odnose na ovlasti policije na uporabu vatrenog oružja, koji s jedne strane sadržavaju značajna ograničenja naspram ovlasti koje imaju privatne osobe kad postupaju u nužnoj obrani, a s druge strane istodobno pridržavaju pravo pozivanja na opće razloge isključenja protupravnosti, uključujući i nužnu obranu. Kritika takvih propisa nerijetko se zapravo svodi na pitanje jesu li policijske ovlasti preuske, dok mogućnost pozivanja na nužnu obranu čini upitnim postojanje ograničavajućih propisa policijskih zakona o uporabi vatrenog oružja. Rješavanju problema pristupa se na različite načine, a moguća rješenja, iako se u pravilu odnose na ovlasti uporabe vatrenog oružja, treba shvatiti kao smjernice za sve slučajeve u kojima se postupanje tijela državne vlasti ocjenjuje kao prekoračenje ovlasti, uključujući dakle i nedopuštene radnje pribavljanja dokaza. Tako, primjerice, neki autori smatraju da odredbe o pridržaju pozivanja na nužnu obranu trebaju ostati bez učinka i da postupanje policije mora ostati u reduciranim granicama prava na obranu iz policijskih zakona. Iz toga jasno proizlazi da privatne osobe, osobito kad je riječ o zaštiti života, imaju veće ovlasti nego policija. Takvom se pristupu prigovara da u određenim situacijama može oslabiti povjerenje građana u funkcioniranje pravnog poretka jer se nemogućnost uporabe vatrenog oružja (npr. pucanjem u nogu ili ruku nenaoružanog izgređnika koji čini kažnjivo djelo sa zapriječenom minimalnom kaznom manjom od jedne godine zatvora ili novačanom kaznom) može tumačiti kao odustajanje države od ostvarivanja njezine zaštitne zadaće. Osim toga, zakonom propisana mogućnost pridržaja prava na nužnu obranu ne može se tretirati kao nepostojeća. S obzirom na takve prigovore, zagovara se i kompromisno rješenje prema kojemu pridržaj prava na nužnu obranu treba ograničiti samo na pravo samozaštite policajaca (nužna obrana u užem smislu), ali ne i na nužnu pomoć. I takav pristup nema uporišta u posebnim propisima o pridržaju prava na nužnu obranu. Postoji i mišljenje da bi postupanje policije koje nadilazi ovlasti iz policijskih propisa o uporabi vatrenog oružja, ali ipak ostaje u granicama opće odredbe o nužnoj pomoći iz § 32. st. 2. njemačkog KZ-a, trebalo biti opravdano, dok bi zbog radnji kojima se krše posebni policijski propisi počinitelj odgovarao stegovno. Takvo rješenje problema u skladu je s načelom jedinstva pravnog poretka kod razloga isključenja protupravnosti prema kojem je moguće da se određeno ponašanje sa stajališta kaznenog prava tolerira, ali se ne odobrava sa stajališta policijskog ili službeničkog prava. Ono je ipak dvojbeno jer

utjecaj policijskopравnih zabrana, kao i mogućnost stegovnog kažnjavanja, već u dostatnoj mjeri ometaju uporabu pridržaja pozivanja na nužnu obranu. U njemačkoj kaznenopravnoj literaturi ipak je prevladavajuće mišljenje da se i tijela državne vlasti mogu pozivati na opću zakonsku odredbu o nužnoj obrani (osobito o nužnoj pomoći) koja dopunjuje sadržaje propisane posebnim propisima. Važnost tih posebnih propisa ne očituje se u ograničavanju općih ovlasti, već ih treba promatrati kao priručne, konkretizirajuće upute koje sažimaju ono što je prijeko potrebno i dopušteno kod nužne obrane u normalnom slučaju. Uvažava se samo činjenica da tijela državne vlasti (u pravilu policija) u usporedbi s privatnim osobama imaju veće mogućnosti (prije svega s obzirom na stručnu osposobljenost i opremljenost) za odbijanje protupravnih napada.³⁸ Zbog toga je opravdano zahtijevati od njih štedljivije postupanje prema napadačevim pravnim dobrima, ali to ne isključuje mogućnost da u pojedinačnom slučaju ponašanje koje nadilazi ovlasti iz posebnih propisa nije protupravno u smislu općih odredbi o nužnoj obrani.

5.3. Pravo pozivanja tijela državne vlasti na krajnju nuždu koja isključuje protupravnost

Pitanje mogu li se tijela državne vlasti pozivati na krajnju nuždu koja isključuje protupravnost ili su pak ograničena na posebna ovlaštenja također je prijeporno kao i mogućnost njihova opravdanja nužnom obranom. Protivnici mogućnosti pozivanja na tu vrstu krajnje nužde strahuju od njezine zlorabe i ističu nedostatnu određenost zakonske odredbe o opravdavajućoj krajnjoj nuždi (§ 34. njemačkog KZ-a) kao ovlašćujuće norme za zadiranje u tuđa prava od strane tijela vlasti. Suprotno je stajalište da takvu argumentaciju valja ozbiljno shvatiti, ali isto tako i prihvatiti mogućnost pozivanja na opravdavajuću krajnju nuždu u rijetkim, nesvakidašnjim i iznimnim situacijama, koje zbog posebnosti instituta krajnje nužde i nije moguće konkretnije opisati u zakonskom tekstu. Pri tome se polazi od toga da je zakonodavac u posebnim propisima, kao što su npr. propisi o uhićenju, oduzimanju predmeta, pretrazi ili prisluškivanju, već uzeo u obzir mogući konflikt između javnog interesa za zadiranje u tuđa prava i interesa za zaštitom temeljnih ljudskih prava (prije svega privatnosti) te da se takvo vaganje interesa ne smije obezvrijediti pozivanjem na opću odredbu o opravdavajućoj krajnjoj nuždi, pri čemu bi se primijenili drukčiji kriteriji. Stoga se o primjeni § 34. KZ-a treba razmišljati samo u onim situacijama gdje zakonodavac određeni konflikt interesa nije predvidio. Tako bi, primjerice, bilo dopušteno puštanje na slobodu pritvorenika iznuđeno prijetnjom ubojstva žrtve otmice. Zaštita života žrtve otmice bitno je značajniji interes od puštanja na slobodu pritvorenika

³⁸ Usp. *Roxin*, 2006., rubne bilješke 113-115, str. 711-712.

izvan zakonskih uvjeta, pa čak i u slučaju osumnjičenih za teška kaznena djela. Takvu mogućnost iznimno dopuštaju i protivnici ideje o pozivanju tijela državne vlasti na opravdavajuću krajnju nuždu.³⁹ Pozivanje na načelo pretežnijeg interesa kojim se objašnjava krajnja nužda koja isključuje protupravnost posebno je došlo do izražaja u poznatom slučaju otmice Hansa-Martina Schleyera iz njemačke sudske prakse. U povodu njegove otmice, istražni sudac njemačkog Saveznog suda naredio je prema § 148. njemačkog ZKP-a ograničenje posjeta zbog opasnosti od terorističkih napada pritvorenim pripadnicima grupe Baader-Meinhoff i od takvog ograničenja izuzeo je posjete branitelja. Protiv takve iznimke žalio se glavni savezni državni odvjetnik. Pozivajući se na opću pravnu ideju sadržanu u § 34. KZ-a, prema kojoj se mora prihvatiti povreda određenog prava ako se njome može spasiti više pravno dobro, Savezni je sud uvažio žalbu i istaknuo da je u iznimnim situacijama, na temelju vaganja angažiranih pravnih dobara, dopuštena i povreda prava obrane, u ovom slučaju prava pritvorenih okrivljenika na slobodnu pisanu i usmenu komunikaciju s njihovih braniteljem (BGHSt 27, 260-266). Ovdje se, dakle, radi o povredi procesnog prava (koja ne predstavlja kazneno djelo) radi sprječavanja opasnosti za više pravno dobro (život otete žrtve), jer je prema navodima žalitelja samo prekid svake komunikacije između pritvorenika i otmičara (uključujući i komunikaciju preko branitelja) mogao spriječiti pomaganje otmičarima davanjem informacija u slučaju Schleyer ili sudjelovanje pritvorenika u počinjenju terorističkih napada.⁴⁰

Prethodno prikazana stajališta iz njemačke kaznenopravne dogmatike i sudske prakse prihvatljiva su i kao smjernice i za hrvatsko kazneno pravo u kojem se spomenuti problemi do sada nisu pobliže raspravljali. Kad je riječ o pravu na nužnu obranu, treba uzeti u obzir činjenicu da je ono već u značajnoj mjeri ograničeno odgovarajućim odredbama Zakona o policiji (prije svega o uporabi sredstava prisile). Pozivanje na krajnju nuždu koja isključuje protupravnost u pravilu treba isključiti, ako je isključenje protupravnosti uređeno posebnim propisom. Tako npr. policija nema pravo na nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora izvan uvjeta propisanih u čl. 180. st. 1. t. 1. ZKP-a.⁴¹ Odstupanja su moguća samo ako se radi o otklanjanju izvanredne opasnosti koju zakonodavac nije imao u vidu kad je propisivao ovlasti policije.⁴²

³⁹ Ibidem, rubna bilješka 104, str. 774.

⁴⁰ Usp. *Roxin*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 100 Entscheidungen für Studium und Examen, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998., str. 36-37 i 171 (primjer br. 27, Kontaktsperre-Fall).

⁴¹ V. recentnu odluku Ustavnog suda o zakonitosti posebnih izvidnih mjera U-III/857/2008.

⁴² Usp. *Novoselec*, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2007., str. 210. Kao primjer takve iznimne situacije, slično navedenim primjerima iz njemačke sudske prakse, navodi se slučaj ukidanja pritvora i puštanja pritvorenika na slobodu, izvan zakonom propisanih uvjeta, ako je to jedini način spašavanja života talaca.

6. NEZAKONITI DOKAZI I NAČELO RAZMJERNOSTI

Nacrt je u odredbi čl. 10. st. 3. t. 2. nastavio tendenciju normativizacije pravila o zakonitosti dokaza propisujući sadržaj načela razmjernosti pri ocjeni zakonitosti dokaza. Naime, iako bi se na prvu ruku moglo zaključiti da Nacrt prijedloga ZKP-a iz 2008. predstavlja značajnu promjenu režima ocjene zakonitosti dokaza u kaznenom postupku, vidjet ćemo da se izmjena sastoji u postavljanju sudovima zakonskog kriterija za ocjenu zakonitosti dokaza koji se utvrđuju *ex iudicio*, dok režim nezakonitih dokaza *ex lege* odredbom čl. 10. nije promijenjen. Radi jasnijeg uočavanja promjena ukratko se izlaže uređenje nezakonitih dokaza prema ZKP-a iz 1993. i pozitivnom ZKP-u iz 1997.

6.1. Nezakoniti dokazi prema ZKP-u iz 1993. i ZKP-u iz 1997.

Do ZKP-a iz 1997. godine nezakoniti dokazi, odnosno prema tadašnjoj terminologiji nevaljani dokazi,⁴³ bili su izričito propisani Zakonom, imali su ekskluzijski učinak (čl. 78., čl. 259. st. 4., čl. 269. st. 3., 323. st. 3., 360. st. 5. ZKP-a iz 1993.)⁴⁴ te su predstavljali apsolutno bitnu povredu samo ako se presuda na njima temeljila te ako je bilo očito da s obzirom na druge dokaze ne bi bila donesena ista presuda (čl. 354. st. 1. t. 8. ZKP iz 1993.). Osim nezakonitih dokaza propisanih *ex lege*, dugostupanjski sudovi mogli su u povodu žalbe utvrditi da je dokaz pribavljen povredom prava obrane, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude te ukinuti presudu zbog relativno bitne povrede odredaba kaznenog postupka (čl. 354. st. 2. ZKP-a iz 1993). Dakle, prvostupanjski sudovi bili su ovlašteni izdvojati samo one iskaze okrivljenika, svjedoka ili vještaka za koje je zakon izričito propisao da se na njima ne može temeljiti sudska odluka. Uz izuzetak ovlasti žalbenih sudova da odlučuju o povredi prava obrane, nezakoniti dokazi bili su za sudove procesne povrede određenih odredaba ZKP-a, dok je procjena koja povreda temeljnih ljudskih prava i koje težine predstavlja nezakoniti dokaz bila prepuštena u cijelosti zakonodavcu.⁴⁵

Koncept zaštite temeljnih ljudskih prava, načela pravičnog postupka i zaštite temeljenja presuda na nezakonitim dokazima javio se u nas prvi put u ZKP-u iz 1997. godine. Bila je to posljedica konstitucionalizacije dokaznih zabrana u odredbi čl. 29. st. 2. Ustava RH prema kojoj “dokazi pribavljeni na

⁴³ V. Bayer, Vladimir (1995) *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja*, Zagreb: Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, 252-257.

⁴⁴ NN br. 34/93.

⁴⁵ Uz iznimku drugostupanjskih sudova koji su procjenjivali postojanje povrede prava obrane kao relativno bitnu povredu.

nezakonit način ne mogu se uporabiti u sudskom postupku.” Prvi put je u čl. 9. st. 2. ZKP-a normiran pojam nezakonitih dokaza iz aspekta zaštite ljudskih prava. Naime, ZKP iz 1997. podijelio je nezakonite dokaze na tri grupe: 1. dokazi koji su nastali kršenjem temeljnih ljudskih prava i prava obrane; 2. dokazi pribavljeni procesnom povredom na kojima se prema izričitoj odredbi ZKP-a ne može temeljiti presuda; 3. dokazi koji proizlaze iz drugih nezakonitih dokaza. Dok je druga grupa obuhvaćala otprije poznate nezakonite dokaze *ex lege* pribavljene povredama odredaba kaznenog postupka koje su izričito predviđene ZKP-om, prva i treća grupa bili su posve nove vrste nezakonitih dokaza. U prvoj grupi nalazili su se dokazi koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog ili obiteljskog života. Ti su dokazi mogli postati neuporabljivi *ex judicio*, što znači da je sud u konkretnom slučaju morao utvrditi da je pojedini dokaz pribavljen kršenjem navedenih temeljnih ljudskih prava i prava obrane. Treću grupu čine dokazi za koje se saznalo iz drugih nezakonitih dokaza, i to bez obzira je li prilikom njihova pribavljanja poštovana propisana procedura ili ne. Zakonske odredbe o neuporabljivosti dokaza koji su proizašli iz nezakonitih dokaza legislativno su provele doktrinu “plodova otrovne voćke” (*fruit of the poisonous tree doctrine*).⁴⁶ Zakon je i ojačao procesni učinak nezakonitih dokaza otklanjajući “ugrađeni relativitet”⁴⁷ povrede izostavljanjem negativnog uvjeta njezina nastanka koji je glasio da povreda postoji “osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očito da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda” i tako je sankcionirao upotrebu nezakonitih dokaza kao apsolutno bitnu povredu procesnog prava.

6.2. Ocjena zakonitosti dokaza *ex judicio*

Posebna važnost novog režima ocjene zakonitosti dokaza bila je u uvođenju nezakonitih dokaza *ex judicio* odnosno davanje sudovima ovlasti da prošire pojam nezakonitih dokaza i na slučajeve koji nisu izričito propisani zakonom. Ta ovlast sudova odnosila se na tri grupe prava: prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog ili obiteljskog života. Njezin je učinak trebala biti bolja zaštita ljudskih prava. Njezin je

⁴⁶ Doktrina je nastala u anglo-američkom pravu a određuje da nisu nezakoniti samo dokazi koji su pribavljeni na zakonom nedopušteni način, već i oni za koje se iz njih saznalo, tzv. izvedeni, derivativni dokazi (*the tainted evidence*). V. Krapac, D. (1995) Engleski kazneni postupak, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 87.

⁴⁷ Krapac D. (1989) Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka, Zbornik PFZ, vol. 39., br. 5-6, 845.

učinak dakako bio ograničen samo na one povrede tih prava koje već zakon nije izričito propisao kao nezakonite dokaze. Sucima nije bilo dopušteno da otklone učinak nezakonitosti dokaza koji je pribavljen povredom prava obrane a koji je ZKP izričito predviđao kao nezakonit dokaz. U slučaju preklapanja prednost je imala druga grupa nezakonitih dokaza iz čl. 9. st. 2. ZKP-a.

Nakon deset godina primjene tog zakona analiza sudske prakse pokazuje da su se sudovi mahom koristili tom ovlašću da bi utvrdili da određene procesne povrede ne predstavljaju nezakonit dokaz te su u velikoj većini odluka odbijali zahtjeve za izdvajanjem rezultata radnji kod kojih povreda ZKP-a predstavlja navodnu povredu prava na obranu, dostojanstvo i privatnost, ali ekskluzijsko pravilo nije bilo izričito propisano zakonom.⁴⁸ Isto tako se može zaključiti da sudska praksa nije razvila posebne kriterije za ocjenu zakonitosti dokaza u slučajevima gdje ga nije postavio zakonodavac.⁴⁹ Sigurno je da je razlog tome i okolnost što zakonski propisi vrlo detaljno propisuju slučajeve nezakonitih dokaza odnosno sudska aktivnost ocjene zakonitost dokaza visoko je normirana.

Stupanj zakonske uređenosti problematike nezakonitih dokaza u korelaciji je sa stupnjem razvijenosti judikature o zakonitosti dokaza. U pravnim porecima s razrađenom judikaturom o zakonitosti dokaza, kao što je to primjerice Njemačka, zakonski propisi su oskudni i načelne su prirode. U pravnim porecima poput Hrvatske, u kojima sudska praksa nije razvila posebne kriterije za ocjenu zakonitosti dokaza, propisi o nezakonitosti dokaza vrlo su brojni. Naravno, zaključak vrijedi i *vice versa* tvrdnjom da zbog detaljnog zakonskog uređenja zakonitosti svakog pojedinog dokaza sudovi nisu našli potrebnim razvijati vlastite kriterije ocjene zakonitosti.

6.3. Sustav nezakonitih dokaza prema Nacrtu

Analiza članka 10. Nacrta pokazuje nam dvije novine u sustavu nezakonitih dokaza u nas. Prvo, nastala je nova kategorizacija u sustavu nezakonitih dokaza. Drugo, uveden je zakonski kriterij sudovima za ocjenu zakonitosti dokaza kojima se krše određena ljudska prava. Nezakoniti dokazi mogu se podijeliti na četiri kategorije s obzirom na njihov izvor i pravnu snagu:

a) Prva kategorija (čl. 10. st. 2. toč. 1. Nacrta) se odnosi na dokaze pribavljene mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem koji predstavljaju apsolutnu dokaznu zabranu kao međunarodnopravnu obvezu proizašlu iz naj-

⁴⁸ Primjerice sve osim jedne od 24 sudske odluke svrstane pod sudsku praksu uz čl. 9. st. 2. kao dokazi koji ne spadaju u pojam nezakonitog dokaza glase da se ne radi o nezakonitom dokazu i da se izdvajanje odbija. V. Krapac, Davor (2008) Zakon o kaznenom postupku, Zagreb: Narodne novine, str. 82-91.

⁴⁹ V. Krapac, 2007., 384.

novije judikature Europskog suda kao i iz Konvencije UN o zabrani mučenja. Zabrana mučenja ima poseban međunarodnopravni status pa je opravdano da ju je zakonodavac kao apsolutni imperativ u zaštiti ljudskih prava posebno normativno izdvojio.

b) Drugu kategoriju kategoriju (čl. 10. st. 2. t. 3. Nacrta) predstavljaju dokazi pribavljeni kršenjem procesnih pravila ZKP-a koji su izričito propisani Zakonom. Riječ je o dokazima kod kojih zakonodavac ima diskreciju odlučivanja hoće li zbog povrede određenog temeljnog prava zajamčenog procesnom formom propisati ekskluzijsko pravilo. Zakonodavac odluku donosi prema načelu razmjernosti važući interes zaštite određenog temeljnog prava pojedinca te interes javnog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela. Jedino pravo koje nije u ovlasti ustavodavca pa ni zakonodavca jest zabrana mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja. U Nacrtu je zadržan detaljan pristup normiranju nezakonitih dokaza u kaznenom postupku te je kršenje velikog broja temeljnih prava, uključujući prava obrane, prava na dostojanstvo i prava na privatnost, sankcionirano ekskluzijskim pravilom. Riječ je o apsolutno bitnim povredama kod kojih sudovi nemaju ovlast procjene, već čim ustanove da je procesna povreda počinjena, dužni su izdvojiti dokaz odnosno ukinuti presudu koja se temeljila na takvom dokazu.

c) Treću kategoriju (čl. 10. st. 2. t. 3. u vezi sa st. 3. t. 2. Nacrta) predstavljaju dokazne zabrane zbog kršenja temeljnih prava zajamčenih međunarodnim pravom, ustavom i zakonom koje nemaju apsolutni karakter, a ocjena njihove zakonitosti prepuštena je sudovima. Riječ je o dokazima nastalim povredom prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast, te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života kojih nezakonitost nije izričito propisana zakonom, već se kao i prema postojećem ZKP-u utvrđuje *ex judicio* sukladno načelu razmjernosti ili je nezakonitost isključena zbog protupravnosti.⁵⁰ Novina koju je za ovu kategoriju dokaza uveo Nacrt jest propisivanje kriterija na temelju kojih će suci procjenjivati zakonitost dokaza kojim je prekršeno neko od navedenih prava.

Materijalnopravne pretpostavke koje je zakonodavac odredio kao dobra koja sudac mora vagati pri ocjeni hoće li izdvojiti određeni dokaz ili ne jesu:

ca) S jedne strane mora se raditi o teškom obliku kaznenog djela za koje se provodi redoviti kazneni postupak. Kod težih oblika kaznenih djela jači je javni interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja. Zamjerka koja se može staviti jest da se nasuprot povredi jednog od temeljnih ljudskih prava stavlja teži oblik bilo kojeg kaznenog djela za koje se vodi redoviti kazneni postupak, a ne samo težih kaznenih djela ili djela zapriječenih najtežim kaznama.

⁵⁰ O toj odredbi detaljnije u poglavlju 5.

cb) S druge strane procjenjuje se jačina povreda prava. Ona s obzirom na jakost i narav mora biti bitno manja od težine kaznenog djela. Taj kriterij specifikira drugu stranu vage na kojoj se nalazi povreda prava pojedinca. Ističe se da povreda mora biti bitno manja od težine kaznenog djela. Kaznena djela nisu odgovarajuća mjerila za postupanje države, pa ni onda kad se regulira njezina protupravna djelatnost. Povreda prava treba se vagati s javnim interesom kaznenog progona, a ne s povredom odnosno štetom koju je žrtvi nanijelo kazneno djelo.

cc) U pogledu vrste prava koja ne zahtijevaju apsolutno ekskluzijsko pravilo Nacrt je preuzeo odredbe pozitivnog ZKP-a. Iako se ne radi o novini, potrebno je upozoriti na upitnost relativiziranja prava na dostojanstvo koje se u mnogim pravnim porecima smatra najvišim ljudskim pravom koje ima apsolutni karakter. To je slučaj, primjerice, i u Povelji ljudskih prava Europske unije⁵¹ koja na čelu piramide prava postavlja pravo na ljudsko dostojanstvo (čl. 1.) kao fundamentalno ljudsko pravo koje je ugrađeno i u mnogobrojna druga prava i mora se poštovati u svakom odnosu ili postupku tijela Unije ili države. Osim toga, teško je zamisliti situaciju u kojoj država vrijeđa ljudsko dostojanstvo a da se ne radi o nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni zabranjenoj čl. 3. Europske konvencije. Za razliku od prava na dostojanstvo za koje bi trebalo uvesti apsolutno ekskluzijsko pravilo, vaganje povreda prava obrane i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života radi ostvarenja učinkovitog kaznenog postupka prihvaćeno je u mnogim europskim pravnim sustavima.

Sve navedeno mora se ocijeniti iz aspekta da se odnosi samo na one dokaze koje zakon izričito ne predviđa kao nezakonite. S obzirom na visok stupanj normiranosti zakonitih dokaza u ZKP-u, navedene će se odredbe primjenjivati u ograničenom opsegu. Stoga nisu prihvatljive ocjene da su nove odredbe o zakonitosti dokaza relativizirane načelom razmjernosti. Ono je i do sada postojalo u domeni u kojoj nezakoniti dokazi nisu bili izričito zakonski regulirani, ali zakon nije određivao kriterije za primjenu tog načela. Također treba još jednom istaknuti da ova odredba nema nikakvog utjecaja na apsolutne zakonske zabrane, već djeluje isključivo u području gdje one ne postoje.

Također je neprihvatljiva tvrdnja da uvođenje razmjernosti prilikom ocjene zakonitosti dokaza relativizira ustavnu zabranu iz čl. 29. st. 3. Ustava prema kojoj se dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu uporabiti u sudskom postupku. Nezakoniti dokazi su dokazi kojima se krše određene procesne forme kojima se štite temeljna ljudska prava, međutim svako kršenje procesne forme ne može dovesti do isključenja dokaza iz postupka. To bi predstavljalo drastično kršenje načela razmjernosti osobito u slučaju kad bi zbog manje pro-

⁵¹ OJ 2000 C 364, p. 1.

cesne pogreške morala biti oslobođena osoba koja je očigledno kriva.⁵² Zbog toga je zakonodavac vaganjem različitih interesa dužan odrediti sadržaj pojma nezakonitog dokaza, pri čemu radi bolje procjene zaštite jednog ili drugog interesa u konkretnom slučaju svoje ovlasti može prenijeti i na suca.

cd) Otvara se i pitanje sličnosti i razlike mogućnosti relativizacije nezakonitih dokaza iz aspekta materijalnog kaznenog prava (čl. 10. st. 3. t. 1. Nacrta) i iz aspekta procesnog kaznenog prava (čl. 10. st. 3. t. 2. Nacrta). Zajedničke su im povrede prava počinjene prigodom pribavljanja dokaza. U prvom slučaju (čl. 10. st. 3. t. 1. Nacrta) povreda prava mora ispunjavati biće kaznenog djela i mora se utvrditi postojanje razloga isključenja protupravnosti koji takvu povredu čini dopuštenom. Pri tome nije bitna težina kaznenog djela u povodu kojeg se vodi kazneni postupak. Ako je riječ o krajnjoj nuždi koja isključuje protupravnost, počinjena povreda mora biti radnja otklanjanja istodobne ili izravno predstojeće opasnosti od sebe ili drugoga, koja se na drugi način nije mogla otkloniti, te mora biti manje zlo od zla koje je prijetilo (opasnost da počinjenje kaznenog djela neće biti dokazano i da počinitelj za to djelo neće biti kažnjen). Ispunjenje bića kaznenog djela mora predstavljati pretežniji od interesa zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda prilikom pribavljanja dokaza. Ideja pretežnijeg interesa dominantna je i u drugom slučaju (čl. 10. st. 3. t. 2. Nacrta), ali na drukčiji način. Ovdje se radi o vaganju povrede prava počinjene u pribavljanju dokaza, koja može, ali i ne mora predstavljati kazneno djelo, i kaznenog djela određene težine za koje se provodi redoviti kazneni postupak. Počinjena povreda mora biti bitno manja od težine kaznenog djela.

d) Četvrtu kategoriju (čl. 10. st. 2. t. 4. Nacrta) nezakonitih dokaza predstavljaju dokazi izvedeni iz nezakonitih dokaza kojih sadržaj i pravna snaga nije izmijenjena, pa se dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza bez obzira na to jesu li oni utemeljeni *ex lege* ili *ex judicio* uvijek izdvajaju.

7. ZAKLJUČNA OCJENA PREDLOŽENIH PROMJENA ODREDBE O NEZAKONITIM DOKAZIMA

1. Nezakonitost dokaza pribavljenih kršenjem zabrane mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja (čl. 10. st. 2. t. 1. Nacrta):

Posebno isticanje nezakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja u odredbi o nezakonitim dokazima valja ocijeniti kao dobar potez predlagatelja promjena ZKP-a jer se time jasno još jednom potvrđuje čvrsto stajalište hrvatskog prava da ne postoje okolnosti koje mogu

⁵² Kaplan, John (1974) The Limits of the Exclusionary Rule, Stanford Law Review, Vol. 26, No 5, 1027-1055, 1036.

opravdati ili barem ispričati kršenje nekih temeljnih ljudskih prava. U konkretnom slučaju to je pravo na ljudsko dostojanstvo koje je rangirano kao najviše pravno dobro i koje ne bi smjelo biti podvrgnuto nikakvom vaganju interesa, uključujući i vaganje sa stajališta kaznenog procesnog prava iznimno važnog interesa za efikasnošću kaznenog progona i interesa zaštite okrivljenikovih prava i sloboda. Analiza slučaja Daschner iz njemačke sudske prakse pokazala je da bezuvjetna nepovredivost ljudskog dostojanstva ne smije biti dovedena u pitanje ni kad je riječ o spašavanju života nedužne žrtve te da je to jedini ispravan put svake države koja želi ostati vjerna temeljnim pravnodržavnim načelima. Bilo kakva iznimka, pa i u slučaju prijetnje mučenjem, bila bi velik rizik od mogućih zlouporaba i izlazak na vrlo sklizak teren.

2. Dopuštenost dokaza pribavljenih povredom prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, ako su takvi dokazi pribavljeni radnjom za koju je prema Kaznenom zakonu isključena protupravnost (čl. 10. st. 3. t. 1. Nacrta):

Ova nova odredba o iznimno dopuštenim načinima pribavljanja dokaza nameće sudovima vrlo složenu zadaću koja zahtijeva da se najprije utvrdi da su pribavljanjem dokaza ispunjena obilježja određenog kaznenog djela i da su ostvarene sve pretpostavke nekog razloga isključenja protupravnosti, a istodobno da se ne radi o svim drugim slučajevima nezakonitosti dokaza iz čl. 10. Nacrta. Kaznenopravna teorija dopušta mogućnost pozivanja tijela državne vlasti na opće razloge isključenja protupravnosti (u pravilu na nužnu pomoć i krajnju nuždu koja isključuje protupravnost) samo u iznimnim slučajevima jer su pravila njihova ponašanja, uključujući i dopušteno zadiranje u temeljna ljudskih prava (npr. kod uporabe vatrenog oružja, uhićenja, oduzimanja predmeta, pretrage, nadzora i tehničkog snimanja) pobliže regulirana posebnim propisima u okviru kojih je zakonodavac već uzeo u obzir i uravnotežio konflikt između javnog interesa i zaštite individualnih prava. Prijeporno je što se dopušta isključenje protupravnosti u slučajevima pribavljanja dokaza povredom ljudskog dostojanstva, kojeg je zaštita kod nezakonitosti dokaza pribavljenih povredom zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja neupitna. Konačno, s obzirom na to da su načini pribavljanja dokaza u čl. 10. st. 3. t. 1. Nacrta određeni isto kao i u čl. 10. st. 3. t. 2., otvara se i problem mogućeg preklapanja tih dviju odredba.

3. Dopuštenost dokaza pribavljenih povredom prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti kazneni postupak kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela (čl. 10. st. 3. t. 2. Nacrta):

Odredba normira načelo razmjernosti u ocjenjivanju zakonitosti dokaza u kaznenom postupku. U tom pogledu u nas je do sada postojala pravna prazni-

na, a ni sudovi nisu do sada izgradili teoriju o vaganju s jedne strane povrede temeljnog ljudskog prava, a s druge strane javnog interesa za kazneni progon i kažnjavanje počinitelja kaznenih djela. Sudovi tumačenjem ove norme mogu konstruirati ekskluzijsko pravilo samo tamo gdje ga zakonodavac nije izrijekom ustanovio, što znači da se ovom odredbom ne dovodi u pitanje nezakonitost dokaza koja su izričito propisana ZKP. U odnosu prema dobrima koja se važu, s međunarodnopravnog i poredbenopravnog aspekta upitno je relativiziranje prava na ljudsko dostojanstvo od državne vlasti. Predlažemo da se korištenje dokaza nastalih kršenjem temeljnih ljudskih prava ograniči za teška ili najteža kaznena djela, a ne da se upotrebljavaju za sva kaznena djela za koja se vodi redoviti kazneni postupak. Isto tako nije odgovarajuća odredba o vaganju procesnih povreda s posljedicama kaznenog djela zbog kojeg se vodi postupak. Na kraju treba istaknuti da bi navedena odredba, s obzirom na praksu naših sudova da u pravilu proglašavaju zakonitim dokazima sve povrede koje nisu izričito zakonom propisane kao nezakoniti dokazi, u praksi trebala poslužiti ne samo za jačanje težnje za učinkovitošću kaznenog progona već i za jaču zaštitu ljudskih prava i prava obrane u kaznenom postupku.

Summary

ADMISSIBILITY OF EVIDENCE OBTAINED BY INFRINGING FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

The Draft Criminal Procedure Act of 2008 introduces the principle of proportionality as a new criterion in assessing the legality of evidence. According to this principle, courts will assess the legality of evidence by weighing, on one hand, public interest in criminal prosecution for grave criminal offences, and, on the other hand, interest in the protection of the individual's fundamental rights and freedoms. The paper provides a comparative law overview of the admissibility of illegal evidence, with special emphasis on Germany. The author analyses the jurisprudence of the European Court of Human Rights concerning the assessment of the legality of evidence from the perspective of the right to a fair and public hearing referred to in Article 6 of the European Convention on Human Rights, and particularly analyses the provisions of the Draft CPA concerning the prohibition of torture, the legality of evidence obtained through a criminal offence whose unlawfulness has been excluded, and the principle of proportionality in assessing the legality of evidence obtained by infringing the fundamental right to defence, the right to dignity, reputation and honour, and the right to the inviolability of personal and family life.