

Mr. sc. Šime Pavlović*

POZNAVANJE I PRIMJENJIVOST USTAVNIH I KONVENCIJSKIH NAČELA O PRAVIČNOM POSTUPKU KAO *CONDICIO SINE QUA NON* DOBRE OBRANE

*Plemenita žestina i sveta smjelost
pripadaju odvjetničkom zanimanju.
(Seguier, nekadašnji francuski vrhovni tužitelj)*

Autor u radu nastoji upozoriti branitelje (odvjetnike) na potrebu poznavanja ustavnih i konvencijskih normi kao preduvjeta uspješnog ispunjenja zadaće procesnog pomoćnika okrivljenika.

*U radu je prikazan sadržaj odgovarajućih odredaba Ustava Republike Hrvatske i članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te drugih potrebnih propisa, ZKP/08. navlastito. U analizi se autor zadržao na imperativu poštovanja načela **prava na pravičan postupak**, zajamčenog člankom 29. Ustava Republike Hrvatske, i čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Autor je dao iscrpan pregled prakse Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske.*

*Propisi i praksa predstavljeni su tako da interes branitelja bude što više usredotočen na neuralgične točke okrivljenikova položaja i na temeljne preduvjete ostvarenja dobre obrane. Koliko je bilo moguće, u radu se nastojalo objasniti značenje pojma **dobre obrane**.*

1. POJAM “DOBRA OBRANA”

Obrana je posebni dio djelatnosti u kaznenom postupku u koju spadaju procesne radnje poduzete s ciljem utvrđenja činjenica u korist okrivljenika i primjene propisa najpovoljnijih za okrivljenika kako bi se za njega ishodila najpovoljnija sudska odluka. Takav sadržaj pojma obrane potvrđuje da je to zapravo procesna aktivnost protivna procesnim radnjama funkcije kaznenog progona. Skup propisa i pravila o pravnoj mogućnosti vršenja funkcije obrane

* Mr. sc. Šime Pavlović, odvjetnik iz Zadra

nazivamo pravima obrane. *Materijalna obrana, formalna obrana, okrivljenik i branitelj* esencijalne su komponente obrane. Materijalnu obranu označava obrana koju vrši sam okrivljenik. Formalna obrana je naziv za obranu koju okrivljenik vrši preko procesnog pomoćnika (branitelja). Okrivljenik je osoba protiv koje se vodi kazneni postupak. Njegov položaj u kaznenom postupku je dvojak: kao nositelj procesnih prava okrivljenik u svojstvu procesnog subjekta poduzima procesne radnje za ostvarenje osobnih interesa obrane u postupku, ali se također smatra procesnim objektom kad se koristi kao dokazno sredstvo ili se prema njemu primjenjuju određene prinudne procesne mjere. Okrivljenik može biti kako fizička tako i pravna osoba.¹ Branitelj je okrivljenikov procesni pomoćnik koji mu svojim znanjem i procesnom vještinom pomaže u obrani. Člankom 65. stavkom 4. ZKP/08. određeno je da se za branitelja može uzeti samo odvjetnik, a odvjetnika može zamijeniti odvjetnički vježbenik s položenim pravosudnim ispitom u postupku pred općinskim sudom. Pred županijskim sudom branitelj može biti samo odvjetnik. U postupku za kazneno djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora branitelj može biti samo odvjetnik s najmanje deset godina prakse.

Prije pokušaja određenja pojma "*dobra obrana*" nužno je u kratkim crtama objasniti *dvije suprotne temeljne težnje kaznenog postupka*. Prva je učinkovita zaštita pojedinaca i društva od zločina. Druga je težnja da se osobi protiv koje se vodi kazneni postupak zajamči pravo potpune obrane kako bi se očuvalo njezino ljudsko dostojanstvo i njezina ljudska prava. Njihovo ravnovjesje ovisno je o načinu poimanja njihove jednakosti. Pođemo li od *aritmetičke jednakosti*, tada ćemo zaključiti kako nijedna od tih dviju težnja nema prednost, one su jednakovrijedne. *Proporcionalna vrijednost*, međutim, otvara pitanje njihova hijerarhijskog odnosa, pri čemu po mišljenju većine prednost treba dati nastojanju učinkovite borbe protiv kriminaliteta, jer je ta funkcija kaznenog postupka najvažnija. Ne smije se zanemariti, u kaznenom procesnom pravu u zadnje vrijeme posebno naglašen, odnos između nastojanja da se ispune prava *žrtve* i istodobno okrivljeniku zajamči pravičan postupak. U interakciji tih tendencija tijela koja vode kazneni postupak i donose sudske odluke moraju uzastojati da se izbjegne osuda nedužnog i spriječe samovolja i zlouporaba državne vlasti. Prema odredbi čl. 202. st. 1. t. 10. ZKP/08., *žrtva* kaznenog djela je osoba koja zbog počinjenja kaznenog djela trpi fizičke i duševne posljedice, imovinsku štetu ili bitnu povredu temeljnih prava i sloboda. U člancima 43. do 46. istoga Zakona uređen je pravni položaj *žrtve*.² *Con-*

¹ V. Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (Nar. nov., br. 151/03 i 110/07) i Šime Pavlović, *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005.

² Vidjeti i: Matko Pajčić, *Ugroženi svjedoci u kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 12, broj 1/2005., str. 33-62, i od istoga autora *Ugroženi*

dicio sine qua non “pomirbe” navedenih težnji je provedba prava na pravičan postupak pred zakonom ustanovljenim neovisnim i nepristranim sudom, uz jamstvo prava okrivljenika na obranu.³ A da bi taj aksiom mogao ostvariti, sud, bez favoriziranja javnih probitaka, okrivljenikovih interesa i prava žrtve, sve to mora pomiriti tako da ne ugrozi vrhovni ili najvažniji cilj kaznenog postupka “...da nitko nedužan ne bude osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela izrekne kazna ili druga mjera uz uvjete koje predviđa zakon i na temelju zakonito provedenog postupka pred nadležnim sudom” (čl. 1. st. 1. ZKP/08.). Zadaća je pravne teorije i prakse pronaći zadovoljavajući način unošenja reda u proturječne ciljeve, jer ne postoje *eo nomine* kriteriji stupnjevanja važnosti suprotstavljenih ciljeva.

Bitne sastavnice pravnog standarda “pravični (pošteni) postupak” prema čl. 6. st. 1. *Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (dalje u tekstu: EKLJP) jesu pravo na ispitivanje slučaja pred sudom, pravo da taj sud bude zakonom ustanovljen, neovisan i nepristran te pravo na pravično, javno i u razumnom roku ispitivanje slučaja. “Pravično” ili “pošteno” ispitivanje slučaja funkcionalni je pojam i u praksi *Europskog suda za ljudska prava* (dalje u tekstu: ESLJP) primjenjuje se za prosudbu uređenja procesnog položaja stranaka u suđenju. U njemu su sadržani: pravo nazočiti radnjama u postupku i biti ispitan prije donošenja sudske odluke; izjašnjavaње o navodima protivne stranke (načelo kontradiktornosti); pravo na poduzimanje svih procesnih radnji kojima se može poslužiti protivnik (načelo jednakosti oružja). U katalogu okrivljenikovih prava obrane kojima se na određeni način kompenzira okrivljenikov slabiji položaj prema državi i njezinim represivnim tijelima jesu prava iz čl. 6. st. 2. i 3. EKLJP.

Ustavno i konvencijsko pravo na pravično suđenje ograničeno je na postupovna jamstva pravičnog suđenja. Na to upozoravaju u svojim odlukama *Ustavni sud Republike Hrvatske* (dalje u tekstu: USRH) i ESLJP. Ta dva suda ispituju jesu li počinjene postupovne povrede u kaznenim postupcima pred sudovima i na temelju toga ocjenjuju je li postupak vođen tako da se okrivljeniku osiguralo pravično suđenje. O tome sadržaju ustavnog i konvencijskog prava prije podnošenja zahtjeva ESLJP ili ustavne tužbe USRH obrana treba voditi računa.

Posve je opravdano upitati se je li preduvjet *dobroj obrani* provođenje postupka po pravilima *poštene igre* (*fair play*) ili ćemo taj pojam uglavnom povezivati s ishodom koji zadovoljava okrivljenika, posebice kad je počinio kaz-

svjedoci u kaznenom postupku, Kaznenopravno-kriminalistička biblioteka “Vladimir Bayer”, u izdanju Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu i Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 2006.

³ V. čl. 6. st. 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. (Nar. nov. – Međ. ug., br. 6/99 i 8/99).

nenom djelo, ali mu u kaznenom postupku to nije dokazano. Možemo li neetičnu i bezobzirnu obranu, s pozitivnim ishodom za okrivljenika, smatrati dobrom obranom? Jesu li u takvom slučaju zaštićeni istina i ljudska prava, neovisno o iščašenom shvaćanju razlikovanja krivih i nedužnih? Ako nemamo želju i nije nam cilj zaštititi društvo od kriminaliteta, već nam je pred očima samo i jedino interes okrivljenika, tada možemo ustvrditi da je riječ o dobroj obrani i uspješnom odvjetniku. U takvom slučaju moramo određena moralna načela privremeno zanemariti. Može li okrivljenik tražiti od odvjetnika nepoštovanje načela pravičnog postupka? Prije odgovora na postavljene upite, bez apstraktnog moralizma, odvjetniku i njegovoj savjest nameće se nekoliko moralnih imperativa. U obrani okrivljenika branitelj je u korelaciji: 1. sa svojim egom, vlastitom savjesti; 2. sa strankom koju zastupa, pri čemu lojalnost može dovesti u pitanje odvjetnikovu obvezu pokoravanja istini, jer je *veritas magis amicitiae*, posebice jer *veritas vincit*; 3. s odvjetničkom profesijom i njezinim temeljnim postulatima, obmanjivanje i profesionalna neetičnost u neskladu je s Kodeksom, odvjetnik je dužan čuvati ugled, dostojanstvo i integritet odvjetničke profesije; 4. s osjećajem dužnosti prema društvu i zajednici kojoj pripada. Okrivljenikova nastojanja, motivirana egoizmom, ipak uz pomoć procesnog pomoćnika ne smiju otići toliko daleko da se čine nova kaznena djela, a odvjetnika, osim kaznene odgovornosti, dovodi u položaj u kojem krši temeljne norme profesionalne etike. Branitelj ima pravo i dužnost u granicama zakona i dobivenih ovlasti poduzimati sve što po njegovoj ocjeni može koristiti okrivljeniku. Od njega se ne može zahtijevati objektivnost u poduzimanju radnji tijekom kaznenog postupka. Štoviše, dužan je prešutjeti činjenice štetne za okrivljenika i u načelu se ne upuštati u suradnju s procesnim tijelima u postupku otkrivanja i dokazivanja. *“U prilici kad državni interes i interes klijenta zahtijevaju različito postupanje, odvjetnik mora ostati pasivan: ne smije pomagati u donošenju ispravne odluke, ali ni pomagati klijentu da je izbjegne”*.⁴ Glasoviti hrvatski odvjetnik *dr. Ivo Politeo*, u predavanju pod naslovom *Položaj, prava i dužnosti branioca po Zakoniku o krivičnom postupku*, održanom 25. siječnja 1954. u Udruženju pravnika Hrvatske, naglašava kako bi *“...advokati više no pogriješili kad bi kao branioci pustili iz vida kao glavno interes branjenog čovjeka, a dali se voditi samo ambicijom, materijalnom korišću, ili bilo čim drugim izvan pojma stvarne obrane i njezina pravog cilja.”*⁵ Možda bi nas mogla umiriti misao rimskog cara i filozofa *Marka Aurelija* iznesena u djelu *Samome sebi (Meditacije)* kada kaže *“...ne kloni duhom i ne predaj se očaju ako ponekad obavljanje dužnosti zaostaje za načelima. Vрати se u napad poslije svakog neuspjeha i budi zahvalan ako u većini slučajeva*

⁴ *Mirjan Damaška, Lica pravosuđa i državna vlast*, Globus, Zagreb, 2008., str. 184.

⁵ Predavanje je objavljeno u *Odvjetniku*, glasilu tadašnje Advokatske komore Zagreb, broj 1-2/1954., str. 2-5.

možeš vjerno izvršiti dužnost koja priliči čovjeku.” Sine ira et studio – odgoj, životno i radno iskustvo, znanje, uvažavanje sudionika kaznenog postupka i razboritost ili, kako su je zvali stari Grci, phronesis određuju naše ponašanje, braniteljske odluke, a time i opstojnost dobre obrane.

2. NAČELA I PRETPOSTAVKE ZA OSTVARENJE DOBRE OBRANE

2.1. Pravo na “pravično” ispitivanje slučaja (pravo na “pravični postupak”)

“Pravo na pravični postupak” neodređeni je pravni standard. Praksom ESLJP dano mu je značenje *nadzakonskog* načela. U normalnim okolnostima taj pravni standard ne može biti derogiran zato što je iznad ostalih vrijednosti demokratskog društva. Međutim, “... to pravo nije apsolutno, već može podlijegati ograničenjima. Podrazumijeva se kako su ona dopuštena jer pravo na pristup po sâmoj svojoj naravi zahtijeva uređenje od strane države. U tom pogledu države ugovornice uživaju određenu slobodu procjene, iako konačnu odluku o poštovanju zahtjeva iz Konvencije donosi sud. Sud se mora uvjeriti da primijenjena ograničenja ne ograničavaju niti smanjuju pristup koji je pojedincu ostavljen na takav način ili u tolikoj mjeri da bi bila narušena sâma bit prava. Nadalje, ograničenje neće biti u skladu s člankom 6. stavkom 1. ako nema legitimni cilj i ako ne postoji razumni odnos razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se nastoji ostvariti (vidi presudu u predmetu *Stubbings and Others v. the United Kingdom* od 22. listopada 1996., *Reports of Judgements and Decisions 1996-IV*, str. 1502, stavak 50.)” (Presuda ESLJP od 9. listopada 2003, predmet *Lj. Aćimović protiv Hrvatske.*)

“Pravo na pristup sudu, zajamčeno člankom 6., nije apsolutno te može biti predmetom ograničenja. Ograničenje ne bi trebalo biti toliko da se njime dovede u pitanje bit toga prava”.⁶ Odstupanja su predviđena i u izvanrednim okolnostima iz čl. 15. EKLJP (“...doba rata ili druge javne opasnosti koje prijete opstanku nacije...”).⁷

Iz konvencijske prakse (odluka ESLJP), kako je već istaknuto, *pravičnom postupku* imanentno je jamčenje subjektima postupka nekoliko temeljnih prava, navlastito onih kojim se strankama omogućuje ostvarivanje njihovih funkcija i nadzora nad postupkom. Sadržaj čl. 6. st. 1. ESLJP govori o nekoliko bitnih elemenata pojma “*pravičnog postupka*”. Oni su: pravo na ispiti-

⁶ *Malcolm Johnson & Co Solicitors, Stubbing and Others v. the United Kingdom* (www.mjsol.co.uk).

⁷ Usp. presudu ESLJP od 17. siječnja 1970., u predmetu *Delcourt protiv Belgije*.

vanje slučaja pred *sudom*; pravo da taj sud bude *zakonom ustanovljen, neovisan i nepristran* te pravo na *pravično, javno i u razumnom roku* ispitivanje slučaja. “*Pravično ispitivanje slučaja*” funkcionalni je pojam kojim se uređuje procesni položaj stranaka tijekom *suđenja*. Nekoliko je sastavnica toga pojma: pravo nazočiti u postupku i pravo saslušanja stranaka prije donošenja odluke, uključujući i pravo na izjašnjavanje o procesnim navodima protivne stranke (*načelo kontradiktornosti*); pravo stranke da poduzme sve procesne radnje koje može poduzeti protivnik (*načelo jednakosti oružja*).⁸

Odvjetnici moraju biti upoznati s činjenicom da se ESLJP i USRH, raspravljajući i donoseći presude u povodu zahtjeva za zaštitu prava podnositelja zahtjeva, ne upuštaju u činjenična utvrđenja i primjenu materijalnog prava. Njihova je zadaća, naravno u kontekstu rasprave o čl. 29. URH i čl. 6. EKLJP, ispitati možebitne postupovne povrede počinjene pred domaćim sudovima, pri tome sagledavajući postupak kao jedinstvenu cjelinu, te potom ocijeniti je li postupak vođen na način kojim se osigurava pošteno suđenje.⁹ USRH smatra da je sadržaj ustavnog prava na pravično suđenje “... ograničen ... na postupovna jamstva pravičnog suđenja pa Ustavni sud, ocjenjujući navode ustavne tužbe sa stajališta tog ustavnog prava, ispituje eventualno postojanje postupovnih povreda u postupcima pred sudovima i na temelju toga ocjenjuje je li postupak bio vođen na način koji je podnositelju osigurao pravično suđenje.” (odluke U-III-3872/2006 od 7. srpnja 2009. i U-III-3880/2006 od 7. srpnja 2009.). *Tema probandi* postupaka i odluka ESLJP i USRH jest provjera poštovanja postupovnih jamstava pravičnog i poštenog suđenja.

Česta je praksa da odvjetnici podnose ustavne tužbe obraćajući se USRH kao sudu višeg stupnja u odnosu na sudove koji su proveli postupke i donijeli osporavane presude. USRH je u više svojih odluka (primjerice odluka U-III-104/2001 od 4. listopada 2001. i U-III-3872/2006 od 7. srpnja 2009.) izrijekom naglasio svoj ustavni položaj. U pružanju pomoći okrivljeniku njegov procesni pomoćnik (branitelj) treba imati na umu da USRH nije dio sudbene vlasti, a niti sud pune jurisdikcije. Njegove ustavne ovlasti (čl. 128. URH) obuhvaćaju ustavnosudsku zaštitu, a među inim Sud utvrđuje je li u *postupku odlučivanja* o pravima i slobodama pojedinca došlo do kršenja ljudskih prava i temeljnih sloboda građana. Svaka drukčija ustavna interpretacija dovela bi USRH u nemogućí položaj, pa čak u opasnu nadređenu ili podređenu situaciji sudbenoj vlasti.

⁸ Usp. *Kai Ambos i Guido Ruegenberg, Novija praksa međunarodnih sudova u kaznenom i kaznenom procesnom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 6, broj 2/1999., str. 968/969.

⁹ Usp. presude ESLJP u predmetima *Stromberg protiv Danske* od 22. lipnja 2002. i *Pedersen protiv Danske* od 12. lipnja 2003. (<http://www.echr.coe.int>).

U tumačenju pojma *pravo na pravično suđenje*, pored prava iz čl. 6. st. 2. i st. 3. EKLJP, u obzir se uzimaju *opći standardi* "pravičnog suđenja". Prava iz st. 2. i 3. smatraju se minimalnim standardima, a standard "pravičnog suđenja" primjenjuje se u kaznenom postupku u cjelini. Važan dio pri utvrđivanju je li suđenje bilo pravično i u skladu sa st. 1. jest pojam "*jednakosti u postupanju*". Iako taj pojam ne spominje EKLJP, on nužno ulazi u "*pravičnost suđenja*".

Neovisnost i nepristranost suda temelji se na načelu trodiobe vlasti. Ni zakonodavna, a ni izvršna vlast ne smiju se miješati u djelovanje sudova.

Nepristranost se sastoji od dviju komponenti: subjektivne i objektivne. Subjektivnoj su svojstvene stvarne predrasude suca. Njihovo postojanje teško je dokazati, jer se sudska nepristranost pretpostavlja. Objektivna se, neovisno o sučevu ponašanju, utvrđuju činjenicama koje mogu upućivati na postojanje sumnje o sučevoj nepristranosti. Nedostatak jedne od njih povreda je odredbe čl. 6. st. 1. EKLJP.

U odlukama U-III-3872/2006 od 7. srpnja 2009. i U-III-3543/2009 od 29. srpnja 2009. USRH ističe kako je sastavni dio prava na pravično suđenje "*... pravo optuženika na suđenje pred zakonom ustanovljenim neovisnim i nepristranim sudom. Ustavni sud podsjeća da u svakom konkretnom slučaju mora postojati dostatna osnova za zaključak da sud odnosno njegov sastav isključuju svaku opravdanu sumnju u njihovu nepristranost. Sudovi upravo time što nastupaju kao nepristrani pridonose povjerenju javnosti koje je nužno u demokratskom društvu, što je utvrđeno stajalište međunarodnog prava o ljudskim pravima (npr. presuda Europskog suda za ljudska prava u predmetu Mežnarić protiv Hrvatske, presuda od 15. srpnja 2005., § 27) ...*"¹⁰

U presudi od 15. srpnja 2005. (predmet *Mežnarić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 7161/01) ESLJP ustanovljuje uvjete postojanja sudske nepristranosti. "*... 29. Prema stalnoj sudskoj praksi Suda, postojanje nepristranosti u smislu članka 6., stavka 1. mora biti utvrđeno prema subjektivnom testu, pri čemu se mora uzeti u obzir osobno uvjerenje i ponašanje konkretnog suca, tj. je li sudac imao neke osobne predrasude ili pristranosti u tom predmetu; te isto tako prema objektivnom testu, tj. treba utvrditi je li sam sud, i, između drugih vidova, i njegov sastav, nudio dovoljno jamstava kako bi se isključila svaka legitimna dvojba glede njegove nepristranosti ...*"

¹⁰ Odluke su u pravničkim, navlastito sudačkim krugovima, izazvale do sada nezabilježen interes i reakciju, posebice zbog njihova utjecaja na potrebu promjene dosadašnje prakse sastava raspravnih i izvanraspravnih sudskih vijeća. Gotovo da dolazi u pitanje mogućnost daljnjeg djelovanja u kaznenoj grani suđenja manjih županijskih sudova.

2.2. Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti i načelo *in dubio pro reo*

Više je načela i pretpostavki s kojima branitelj mora biti upoznat i za njih se zalagati tijekom kaznenog postupka. Postoje minimalna prava ispod kojih se ne može ići, a da se ne ugrozi ravnovjesje između potrebe za zaštitom društva od kriminaliteta, na jednom polu, i potrebe zaštite okrivljenikovih ljudskih prava na suprotnom polu. Odvjetnik koji tijekom kaznenog postupka uspije u nastojanju da se zaštite okrivljenikova prava i temeljne slobode postigao je cilj koji možemo nazvati *dobrom obranom*. A da bi ga ostvario, branitelj je dužan voditi računa o poštovanju *pretpostavke okrivljenikove nedužnosti* sadržane u čl. 28. URH, čl. 6. st. 2. EKLJP i čl. 3. st. 1. ZKP/08. Svatko se smatra nedužnim i nitko ga ne može smatrati krivim za kazneno djelo dok mu se pravomoćnom sudskom presudom ne utvrdi krivnja. Ta se pretpostavka prvi put pojavljuje u čl. 9. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine (Francuska). Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti sadržava dva pravila: teret dokazivanja smisleno predstavlja pravnu dužnost stranke da predloži izvođenje dokaza. Kako prema odredbi čl. 239. st. 1. t. 2. ZKP/08. okrivljenik nije dužan iznijeti svoju obranu niti odgovarati na pitanja, teret dokaza leži na progoniteljima (državnom odvjetniku, oštećeniku kao tužitelju i privatnom tužitelju). U izravnoj funkciji dobre obrane pravilna je odluka hoće li se optuženik ispitati na završetku dokaznog postupka ili prije toga (čl. 416. st. 5. ZKP/08.). Ponekad sudovi posežu za okrivljenikom kao izvorom saznanja činjenica o njegovoj krivnji, pa branitelj o tome treba voditi računa pri donošenju odluke u kojem će dijelu rasprave okrivljenik dati iskaz ili uopće neće iskazivati. Drugo pravilo odnosi se na raspodjelu rizika nedokazanosti činjenica kaznenog djela i krivnje. Pravilo da dvojbu glede postojanja činjenica treba riješiti na način koji je za okrivljenika najpovoljniji nazivamo *in dubio pro reo* (u dvojbi u korist okrivljenika). Pravilo sadržano u čl. 3. st. 2. ZKP/08. glasi: “Dvojbu o postojanju činjenica koje tvore obilježja kaznenog djela ili o kojima ovisi primjena Kaznenog zakona sud rješava presudom na način koji je povoljniji za okrivljenika.”

“Odredba članka 3. stavka 2. Zakona o kaznenom postupku propisuje da će sud dvojbu glede postojanja činjenica koje tvore obilježja kaznenog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe kaznenog zakonodavstva riješiti na način koji je povoljniji za okrivljenika. Ovo postupovno pravilo, poznato i kao načelo *in dubio pro reo*, određuje dokazni standard prema kojemu one činjenice koje idu na štetu optuženika moraju biti utvrđene izvjesno, dakle na način da je njihovo postojanje izvan svake razumne sumnje. Čim postoji sumnja glede takvih činjenica, one se ne mogu smatrati utvrđenima. Iz citirane odredbe proizlazi i pravilo koje se odnosi na dokazivanje odlučnih činjenica koje idu u korist optuženika: te činjenice treba uzeti dokazanima čak i kada su samo vjerojatne, dakle kada postoji sumnja na njihovo postojanje, pa čak i kada bi postojanje one činjenice koja bi išla na štetu optuženika bilo vje-

rojatnije nego postojanje činjenice koja mu ide u korist.” (Presuda VSRH, I KŽ-1014/02-8 od 28. studenoga 2006.)

U presudi od 6. prosinca 1988., u predmetu *Barberà, Messegué i Jabardo protiv Španjolske*, ESLJP je istaknuo da se za postojanje pretpostavke okrivljenikove nedužnosti, uz ostalo, traži da obavljanje svoje dužnosti suci ne započnu s preduvjerenjem da je okrivljenik počinio kazneno djelo koje mu se stavlja na teret; da je teret dokazivanja na tužitelju te da se svaka sumnja (u postojanje činjenica) mora odraziti u okrivljenikovu korist. Iz toga slijedi da će pretpostavka okrivljenikove nedužnosti biti povrijeđena ako sudska odluka o okrivljeniku odražava neko sudačko mišljenje o krivnji premda krivnja nije prethodno bila u skladu sa zakonom.¹¹

2.3. *Nemo tenetur se ipsum accusare* ili pogodnost protiv samooptuživanja

Pretpostavka je dobre obrane *pogodnost protiv samooptuživanja* (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Smisao je te pogodnosti pravo okrivljenika da ne iskazuje. *Pravo na šutnju* počiva na okrivljenikovu pravu uskrate suradnje u vlastitoj stvari. To pravo nije u EKLJP *expressis verbis* navedeno, već ga ESLJP izvodi iz odredbe članka 6. stavka 1.– *pravo na pravično suđenje* i članka 6. stavka 3. (d) EKLJP – *pravo na pretpostavku nedužnosti*. Sud ili protivna stranka ne mogu koristiti *argumentum e silentio*; to jest izvoditi odgovarajuće zaključke iz činjenice da okrivljenik nije reagirao na sumnju ili optužbu o počinjenju kaznenog djela. Pravo na davanje iskaza i bojazan kako će procesno tijelo protumačiti okrivljenikovu uskratu davanja iskaza te njegova isključenja kao dokaznog sredstva izaziva dodatni pritisak na okrivljenikovu poziciju u kaznenom postupku. Okrivljenik i njegov branitelj slobodno odlučuju hoće li se koristiti pravom neiznošenja obrane i dokazivanja iz čl. 7. st. 2. t. 2. i čl. 239. st. 1. t. 2. ZKP/08.¹²

Okrivljenika se, među inim, mora poučiti: 1. za što se okrivljuje i koje su osnove sumnje protiv njega, ako prethodno nije primio nalog o provođenju istrage, i 2. da nije dužan iznijeti svoju obranu niti odgovarati na pitanja (čl. 239. st. 1. t. 1. i 2. ZKP/08.). Nalog o provođenju istrage mora sadržavati zakonski opis i pravnu kvalifikaciju kaznenog djela te okolnosti iz kojih

¹¹ Usp.: *Davor Krapac, Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije*, Informator, Zagreb, 200., str. 246, t. 492.

¹² Zbog potrebe limitiranja opsega rada, samo bih upozorio i na postojanje suprotnog nastojanja – “društveno poželjnog” poticanja počinitelja kaznenog djela “za samoprijavlivanje”. U tome kontekstu vidjeti: *Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, u prijevodu: *Temelji ekonomske analize prava*, Mate, Zagreb, 2009., str. 520-522.

proizlaze osnove sumnje (čl. 217. st. 2. ZKP/08.). U odvjetničkoj praksi nije rijetkost da se okrivljeniku koji se koristi *pravom šutnje* savjetuje da ne iznosi ništa u korist obrane, navlastito da aktivno ne sudjeluje u dokaznom postupku. Takva taktika, međutim, nije svojstvena *dobroj obrani*. Okrivljenik se može tijekom kaznenog postupka koristiti objema mogućnostima: izjasniti se o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i iznijeti sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist (čl. 239. st. 1. t. 1. ZKP) i istodobno se koristiti pravom šutnje (čl. 239. st. 1. t. 2. ZKP). *Pravo na šutnju* ne sprječava obranu da se na raspravi koristi ovlašću da u svojem govoru iznese koje odlučne činjenice namjerava dokazivati, izložiti dokaze koje će izvesti, odrediti pravna pitanja o kojima će raspravljati odnosno koje sporne činjenice zahtijevaju razjašnjenje potrebno da bi se utvrdilo činjenično stanje važno za odluku (čl. 417. st. 2. ZKP). Branitelj treba uvijek imati na umu da je na raspravi sud obvezan pružiti okrivljeniku mogućnost da se izjasni o svakom dokazu koji ga tereti, pa i onda kad se okrivljenik koristio pravom da ne iznosi svoju obranu niti odgovara na pitanja. ESLJP je u presudi od 20. rujna 1993. (predmet *Saidi protiv Francuske*) zauzeo stajalište da se okrivljeniku mora pružiti "... *prikladna i odgovarajuća mogućnost osporavanja i ispitivanja svjedoka koji svjedoči protiv njega bilo tijekom davanja izjave ili u kasnijem stadiju postupka.*" Naknadnom promjenom strategije obrane okrivljenik se može odlučiti na iznošenje obrane ili, ako je prethodno iznio obranu, koristiti se pravom na šutnju. Promjena proizvodi učinak samo na postupak *pro futuro* i ne proizvodi retroaktivne posljedice.

U daljnjem izlaganju upozorit će se na relativiziranje načela *nemo tenetur se ipsum accusare*. U provedbi propisa Europske unije iz područja sprječavanja pranja novca i sprječavanja financiranja terorizma značajne su Smjernica Vijeća 2005/60/EZ od 26. listopada 2005. i Smjernica Komisije 2006/70/EZ od 1. kolovoza 2006. Odredbe tih smjernica Republika Hrvatska u postupku pristupanja Europskoj uniji uklopila je u svoje zakonodavstvo donošenjem Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma (Nar. nov., br. 87/08, u nastavku teksta: ZSPNFT).

Odvjetnici, odvjetnička društva i javni bilježnici te revizorska društva i samostalni revizori, pravne i fizičke osobe koje obavljaju računovodstvene usluge i usluge poreznog savjetovanja dužne su, na temelju čl. 51. ZSPNFT, prilikom obavljanja poslova iz svoga djelokruga određenih u drugim zakonima provoditi mjere sprječavanja i otkrivanja pranja novca te financiranja terorizma i postupati prema odredbama ovoga zakona i propisa donesenih na temelju ovoga zakona koji uređuju zadaće i obveze drugih obveznika, ako nije u ovom poglavlju određeno drukčije.

Odvjetnik, odvjetničko društvo ili javni bilježnik postupaju prema odredbama toga zakona samo u slučaju kada:

1. pomažu u planiranju ili provođenju transakcija za stranku u vezi sa:
 - a) kupnjom ili prodajom nekretnina ili udjela odnosno dionica trgovačkog društva,

- b) upravljanjem novčanim sredstvima, financijskim instrumentima ili drugom imovinom u vlasništvu stranke,
 - c) otvaranjem ili upravljanjem bankovnim računima, štednim ulozima ili računima za poslovanje s financijskim instrumentima,
 - d) prikupljanjem sredstava potrebnih za osnivanje, djelovanje ili upravljanje trgovačkim društvom,
 - e) osnivanjem, djelovanjem ili upravljanjem ustanovom, fondom, trgovačkim društvom ili drugim sličnim pravno-organizacijskim oblikom,
2. provode u ime i za račun stranke financijsku transakciju ili transakcije u svezi s nekretninama (čl. 52. t. 1.).

Dužnost i poslovi isti su kao i kod drugih obveznika provođenja mjera i radnji za sprječavanje pranja novca i financiranje terorizma. Odvjetnici su zbog posebnog profesionalnog položaja, međutim, izuzeti od obveze obavješćivanja Ureda za sprječavanje pranja novca (u nastavku teksta: Ured) o sumnjivim transakcijama i osobama, pri zastupanju stranaka u sudskim postupcima, uključujući savjetovanja za predlaganje ili izbjegavanje sudskih postupaka. Prema članku 13. Zakona o odvjetništvu (Nar. nov., br. 9/94, 117/08, dalje u tekstu: ZO), odvjetnik je dužan, sukladno zakonu, čuvati kao odvjetničku tajnu sve što mu je stranka povjerila ili što je u zastupanju stranke na drugi način saznao. Odvjetničku tajnu dužne su čuvati i druge osobe koje rade ili su radile u odvjetničkom uredu. U poglavlju II. ODVJETNIČKA TAJNA Kodeksa odvjetničke etike (Nar. nov., br. 64/07 i 72/08, dalje u tekstu: Kodeks) uređeno je u t. 26. da je odvjetnik dužan čuvati kao tajnu sve ono što je prigodom pružanja pravne pomoći, osobito prigodom zastupanja ili obrane, saznao kao povjerljivo od svoje stranke ili na drugi način. Sam mora savjesno ocijeniti što stranka želi da bude sačuvano kao odvjetnička tajna. Štoviše, prema t. 27. odvjetnik je dužan voditi računa o tome da odvjetničku tajnu čuvaju i druge osobe koje rade u njegovu uredu. Prema t. 28. odvjetnička su tajna svi spisi, tonski, računalni, slikovni i slični zapisi te depoziti stranaka koji se nalaze u odvjetničkom uredu. *Ratio* tih odredaba je poštovanje i jamčenje profesionalne tajne odvjetnika kao brane čuvanja povjerenja između stranke i odvjetnika, jer bez toga nema učinkovite zaštite prava i pravnih interesa stranke u kaznenom ili drugom sudskom i izvansudskom postupku (uključujući tu i upravni postupak). Osjećaj sigurnosti stranka može steći jedino u slobodnom i otvorenom općenju sa svojim odvjetnikom. Povjerenje je poljuljano ako se u taj odnos može uključiti državno tijelo, u tome odnosu više nema tajnosti. Presudom Suda pravde Europske unije, C-305/05 od 26. srpnja 2007.,¹³ naglašava se značenje odvjetničke profesionalne tajne. Sud je zauzeo stajalište da ne postoji mogućnost ispunjavanja odvjetničke zadaće davanja savjeta stranci, njezine obrane i zastupanja u situaciji kada tome prethodi suradnja s

¹³ www.curia.europa.eu

tijelima javne vlasti, navlastito u dostavljanju podataka tijekom provođenja tih odvjetničkih aktivnosti. Takva "kooperativnost" s javnom vlasti u protivnosti je s pravom na pošteno suđenje iz čl. 6. EKLJP. Povredu profesionalnih prava odvjetnika i povredu profesionalne tajne, smatrajući ih povredom prava na pošteno suđenje iz čl. 6. EKLJP, našao je ESLJP u predmetu *S. protiv Švicarske* (presuda od 28. studenoga 1991., br. 12629/87 i 13965/88, Series A) te u predmetu *Niemietz protiv Njemačke* (presuda od 16. prosinca 1992., br. 13710/88, Series A).¹⁴ Smjernica Vijeća EU 91/308, izmijenjena Smjernicom 2001/97, u čl. 2a, t. 5. omogućuje nametanje odvjetniku obveze izvještavanja i suradnje s tijelima javne vlasti u slučaju kada strankama pomaže u pripremanju ili provedbi određenih transakcija, osobito financijske naravi ili s nekretninama, ili ako u tim poslovima djeluje u ime ili za račun svoje stranke. Takvi poslovi nemaju veze sa sudskim postupcima i time otpada mogućnost pozivanja na zaštitu prava na pošteno suđenje iz čl. 6. EKLJP. Pri tome je nužno upozoriti da je zaštitom profesionalne tajne pokrivena odvjetnička pomoć stranci glede primljenih podataka ili pribavljanja prije, u tijeku ili nakon postupka, s ciljem provedbe obrane *pro futuro* ili zastupanja pred sudovima ili radi savjetovanja o pokretanju sudskog postupka ili njegova izbjegavanja. Odvjetnik je, pozivom prava stranke na pravično suđenje (čl. 6. EKLJP), u takvim situacijama ovlašten odbiti davanje informacija i suradnju s državnim tijelima i nositeljima javnih ovlasti. Svako drugačije postupanje dovelo bi u ozbiljnu kušnju odvjetničku neovisnost u okviru pripreme ili provedbe uspješnosti zastupanja u postupku, pa ne može biti govora o ograničavanju profesionalne tajne pozivanjem na postojanje jačeg ili pretežitijeg javnog interesa ili javnih probitaka. Favorizirajući javni interes i u takvim slučajevima doveli bi, posredstvom odvjetnika, do okrivljenikova samooptuživanja, što je u izravnoj protivnosti s načelom *nemo contra se prodere tenetur* ili *nemo tenetur se ipsum accusare*. Možemo li odvjetnikovo odbijanje sudjelovanja i suradnje s tijelima javne vlasti u dostavi podataka o pranju novca, pozivajući se na profesionalnu tajnu, iako nije riječ o zastupanju u odgovarajućem postupku, smatrati pomaganjem u počinjenju kaznenog djela pranja novca? U svakom slučaju odgovor je da odvjetnik može odgovarati za kazneno djelo pranja novca u jednom od svojstava iz čl. 35. st. 3. (supočinitelj) ili st. 4. (pomagatelj ili poticatelj) Kaznenog zakona. U vršenju kriminalnih radnji u nekom od navedenih oblika sudioništva odvjetnik je izgubio profesionalni status i ne može se pozivati na profesionalnu tajnu. U praktičnom radu odvjetnik u davanju pravnih savjeta, izvan pripreme postupka i provedbe postupaka, treba razborito postupati i kad ocijeni da bi se radilo o pranju novca odbiti svaki razgovor sa strankom,

¹⁴ O tim presudama i odvjetničkoj tajni vidjeti: dr. Jorg Sladič i mag. Pavla Sladič-Zemljak, *Odvjetnička tajna i pranje novca – kada odvjetnik mora radi pravnog savjetovanja dostaviti podatke o strankama*, *Odvjetnik*, Zagreb, 11-12/2008., str. 57-62.

čime će izbjeći ambivalentni položaj – branitelja, s jedne strane, a istovremeno, s druge strane, osobe koja surađuje s državnim odvjetnikom i izvještava ga o radnjama pranja novca vlastite stranke. Odvjetnik mora paziti djeluje li izvan postupka (postoji obveza suradnje i izvještavanja o pranju novca) ili u sudskim postupcima i u svezi s tim postupcima (nije dužan surađivati i izvještavati o pranju novca, u protivnom čini kazneno djelo neovlaštenog otkrivanja profesionalne tajne iz čl. 132. st. 1. KZ). U navedenoj situaciji lojalnost branitelja prema okrivljeniku (klijentu) ima relativnu i nesamostalnu vrijednost. U aktivističkom tipu kaznenog postupka kojem pripada i hrvatski ZKP, nadzor komunikacije okrivljenika i branitelja “... *sigurnosni je ventil za slučajeve u kojima neodgovorni državni interesi za točno presuđivanje u nekom predmetu imaju jasnu prevagu nad udaljenom i spekulativnom štetom sveukupnoj točnosti procesnih ishoda.*”¹⁵ Ipak, *advocatus non accusat* i dalje je fundament odnosa odvjetnika i klijenta.

O navedenoj okrivljenikovoju *pogodnosti protiv samooptuživanja* svoje mišljenje dao je ESLJP u presudi od 17. prosinca 1996. (predmet *Saunders protiv Ujedinjenog Kraljevstva*). ESLJP ističe da je ono, bez obzira na to što “pravo na šutnju” u kaznenom postupku nije izrijeком spomenuto u odredbama čl. 6. EKLJP, “... *opće međunarodno priznato načelo*” i da čini jezgru načela “pravičnog postupka” u EKLJP. Sud je dužan uzeti u obzir okrivljenikovu volju da ne iskazuje, pa se u kaznenom postupku ne mogu uzeti okrivljenikove iznuđene izjave, čak i one koje se na prvi pogled ne čine (samo)optužujuće. Tu zabranu ne umanjuje nikakav javni interes za rasvjetljavanje slučaja.¹⁶

Od kakve je praktične vrijednosti maksima *nemo tenetur prodere se ipsum*? Procesni pomoćnik okrivljenika prije donošenja odluke o korištenju te maksime dobro će proučiti sudski spis i koristiti se pravom iz čl. 67. st. 2. ZKP/08. (pravo na prikupljanje obavijesti od građana). Jedna od najvažnijih pretpostavki dobre obrane je braniteljevo pravo razgledavanja, prepisivanja i preslikavanja spisa i predmeta. Nejasno je kako se može postići ideal dobre obrane ako ZKP/08. to pravo okrivljeniku i branitelju omogućuje “... *nakon što je okrivljenik ispitan...*” (čl. 184. st. 2. t. 1.). Spisi predmeta sastavni su dijelovi kaznenog spisa. Tom odredbom bitno se restringira pravo obrane zajamčeno člankom 68. ZKP/97.¹⁷ Nismo li možda i mi pripadnici država “... *koje proklamiraju da okrivljenik nije dužan iskazivati u kaznenom postupku*”, ali i pokraj toga “... *organi toga postupka ipak intenzivno nastoje dobiti okrivljenikov iskaz, u danom slučaju priznanje.*”¹⁸

¹⁵ *Damaška, kao u bilj. 4*, str. 184.

¹⁶ *Kai Ambos/Guido Ruedenberg, kao u bilj. 8*, str. 969/970.

¹⁷ O kritici novog rješenja v. moj rad *Položaj branitelja prema novom Zakonu o kaznenom postupku*, objavljen u zborniku *Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2009.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009., str. 228-243.

¹⁸ *Vladimir Bayer, Jugoslavensko krivično procesno pravo – knjiga druga: Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Pravni fakultet u Zagrebu, 1986., str. 134.

2.4. Pravo na suđenje u razumnom roku

Ustavna (čl. 29. st. 1. URH) i konvencijska odredba (čl. 6. st. 1. EKLJP) ne definiraju pojam prava na suđenje u razumnom roku, već ga određuje praksa ESLJP i URH, a nakon 29. prosinca 2005., kad je stupio na snagu Zakon o sudovima (Nar. nov., br. 150/05, 16/07 i 113/08, dalje u tekstu: ZOS), i ostalih sudova Republike Hrvatske (Vrhovni sud, županijski sudovi, Visoki prekršajni sud, Visoki trgovački sud i Upravni sud), koji također odlučuju o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

Razumni rok u kaznenom postupku je razdoblje u kojem je trebalo meritorno odlučiti donošenjem oslobađajuće presude ili osude, uzimajući, navlastito, u obzir složenost postupka i predmeta, ponašanje stranke koja se poziva na zaštitu toga prava, važnost predmeta sudskog postupka i postupanje organa vlasti, sudova navlastito. Početak roka računa se od trenutka “... kad nadležni organi poduzmu mjeru koja značajnije utječe na stanje osobe i kojom se ta osoba lišava sigurnosti koju uživa svaki građanin koji poštuje zakon”.¹⁹ Uglavnom će to biti trenutak uhićenja, datum naloga o provođenju istrage, datum podnesenog optužnog akta. Vrijeme isteka (prestanak roka) u kaznenim postupcima je trenutak “... kad sud stavlja točku na nesigurnost koja se tiče zakonskog položaja određene osobe...”²⁰

Ovlašteni podnositelj zahtjeva iz čl. 27. st. 1. ZOS je stranka u sudskom postupku, a ustavne tužbe iz čl. 62. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu (Nar. nov., br. 99/99, 29/02 i 49/02 – proč. tekst) svatko tko smatra da su mu povrijeđena ljudska prava ili temeljne slobode. Isključena je *actio popularis* (opća, javna tužba građanina u svrhu zaštite određenih općih interesa).²¹

2.5. Nezakoniti dokazi

Nezakoniti dokazi, prema odredbi čl. 10. st. 2. ZKP/08., jesu 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

¹⁹ *Jacobs and White, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*, Clarendon Press, 1996., str. 143-144 (cit. u: *Christopher Harland i dr., bilj. 14*, str. 149).

²⁰ *Van Dijk i Van Hoof, Theory and Practice of the European convention on human rights* (Kluwer, 1998.), str. 444, poglavlje VII, 662, gdje se navodi predmet *Scopelitti protiv Italije*, A 278 (1993.), str. 8. (izvor: *Christopher Harland/Ralph Roche/Ekkehard Strauss, Komentar Konvencije o ljudskim pravima*, Grafičar promet, Sarajevo, 1993., str. 150).

²¹ Iscrpnije vidjeti u mojem radu: *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva – 2006., Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 124-172.

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.” “Sudske se odluke ne mogu temeljiti...” na nezakonitim dokazima (st. 1.).

A da se na nezakonitim dokazima ne smije temeljiti sudska odluka, *expressis verbis* je istaknuto u čl. 29. st. 4. URH. “*Dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se uporabiti u sudskom postupku*”, piše u toj ustavnoj odredbi. Zajamčeno je pošteno suđenje, zaštićena su prava okrivljenika i, što nije zanemarujuće, u sudskom se postupku očekuje dobra kvaliteta presude. Odredbom čl. 10. st. 3. ZKP/08. naš zakonodavac odstupa od te ustavne odredbe kad propisuje da se ne smatraju “... *nezakonitim dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 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 postupak, kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela.*” Nema se što prigovoriti t. 1. Teško je, međutim, prihvatiti argument da ZKP “... *propisom u točki 2. nastoji zabranu uporabe nezakonito pribavljenih dokaza: 1) uskladiti s cjelinom pravnog sustava i (što je u biti novost), 2) korigirati načelom razmjernosti, dakle relativizirati*”.²² U kaznenom postupku, poput Damoklova mača, neprestano prijete opasnost ozbiljnog kršenja okrivljenikovih temeljnih prava zbog mogućnosti donošenja dvojbenih presuda. Tu opasnost, samo donekle, ublažava odredba st. 4. prema kojoj se sudska “... *odluka ne može ... temeljiti isključivo na dokazu iz stavka 3. točke 2. ovog članka.*”²³

Bitna povreda odredaba kaznenog postupka postoji ako se presuda temelji na nezakonitom dokazu (čl. 468. st. 2. u svezi s čl. 10. ZKP/08.).

Po službenoj dužnosti drugostupanjski sud mora uvijek ispitati postoji li povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. (čl. 476. st. 1. t. 1. ZKP/08.).

2.6. Načela kontradiktornosti i neposrednosti

O svakome od načela ponešto

Načelo kontradiktornosti sastoji se u pravu svakog procesnog subjekta da se izjasni o procesnim radnjama protivne stranke prije nego što nadležni pro-

²² Berislav Pavišić, *Zakon o kaznenom postupku*, Naklada, Zadar, 2009., 2. izdanje, str. 69.

²³ O odredbi čl. 10. st. 3. t. 2. ZKP/08. vidjeti vrlo vrijedan rad *Marijana Švedrovića, Nezakoniti dokazi kao odraz primjene načela razmjernosti u ocjenjivanju zakonitosti dokaza u kaznenom postupku (čl. 10. st. 3. t. 2. ZKP)*, u zborniku *Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2009.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009., str. 135-145.

cesni organ (sud u prvom redu) na tim procesnim radnjama utemelji odluku ili u povodu nje donese odluku. Stranci se u kaznenom postupku treba dati mogućnost *proturječenja* (*contradicere*) navodima protivne stranke. S tim načelom često se povezuje stara rimska izreka *audiatur et altera pars*.

Načelo neposrednosti ogleđa se kroz uporabu dokaznih sredstava pred raspravnim sudom. Zabranjena je uporaba izvedenih (posrednih) dokaznih sredstava pred drugim procesnim organima. Iz ZKP proizlazi da načelo neposrednosti nije strogo provedeno u odredbama o raspravi. To načelo ima trojako djelovanje: 1. dokazi se ocjenjuju u izvornom obliku, 2. neposrednim izvođenjem dokaza omogućuje se potpunija i cjelovitija ocjena dokaza i 3. dokazi se izvode u opsegu i sadržaju nužnim za ocjenu.

Načela kontradiktornosti i neposrednosti u izravnoj su funkciji ostvarenja ideala pravičnog postupka i dobre obrane. Ta načela dolaze do izražaja navlastito u izvođenju dokaza na raspravi – glavnom stadiju kaznenog postupka. Na tragu tih načela je odredba čl. 6. st. 3. (d) EKLJP – da svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje pravo da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe i da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe. “*Ova odredba ne zahtijeva pozivanje i ispitivanje svakog svjedoka u korist okrivljenika. Njezin bitni cilj, kako je to označeno riječima ‘pod istim uvjetima’, jest potpuna jednakost procesnih sredstava. S ovom odredbom nadležnim nacionalnim vlastima ostavljeno je da odluče o mjero-davnosti predloženog dokaza, sve dok je to u skladu s konceptom pravičnog postupka koji dominira člankom 6. u cjelini.*” (Predmet *Engel i dr. protiv Nizozemske*, presuda od 23. studenoga 1976.) Isto stajalište ESLJP je ponovio u slučaju *Mialihe protiv Francuske*, presuda od 26. rujna 1996. Sud je (ESLJP), međutim, zauzeo stajalište da može utvrditi je li način prikupljanja i izvođenja nekog dokaza bio nezakonit i stoga doći do prosudbe je li zbog toga taj postupak “*nepravičan*”.

U ZKP/08. su odredbe o kontradiktornom i neposrednom izvođenju dokaza na raspravi (čl. 419.). Postoje iznimke, primjerice ispitivanje zaštićenog ili ranjivog svjedoka. Iznimke od načela neposrednosti sudske ocjene dokaza ZKP/08. propisuje u odredbama članaka 426., 431. do 433., 435. i 438.

2.7. Načelo jednakosti oružja

U načelu *jednakosti oružja* (jednakosti procesnih sredstava) sadržano je jamstvo okrivljeniku da može poduzimati sve radnje kao i njegov protivnik te da kazneni postupak mora biti konstruiran tako da onemogućuje bilo kakvu neopravdanu diskriminacije stranaka, kako u uređenju tako i u vođenju kaznenog postupka. To pravo nije apsolutno. Ograničeno je interesima razum-

nog, ekonomičnog i opravdanog postupanja kao i potrebama zaštite određenih ljudskih prava okrivljenika. U okviru svestranog raspravljanja sud neće dopustiti ili će odbiti prijedlog koji ide, primjerice, na odugovlačenje postupka (v. čl. 421. st. 2. t. 5. ZKP/08.).

Teško je u situaciji materijalne nejednakosti uspostaviti učinkoviti koncept stvarne jednakosti korištenja postupovnim oružjem. Sva nastojanja – formalna, zakonska – i naša razmišljanja o postojanju jednakosti tužitelja (državnog odvjetnika) i okrivljenika u kaznenom postupku imat će samo ideološku “snagu” ako se zanemari materijalna nejednakost u postupku. Teško je očekivati energično i aktivno nadmetanje odvjetnika siromašnog okrivljenika, a ništa nije bolje ni s braniteljem postavljenim po službenoj dužnosti. Nejednakost će se pojaviti i u položaju suokrivljenika. Formalnu jednakost ne može značajnije sačuvati ni veća sudačka aktivnost u raspravnom nadmetanju dviju “ravnopravnih” stranaka.

U judikaturi ESLJP načelo jednakosti oružja aspektirano je kroz konvencijsko pravo na pravični postupak. Tim načelom donekle se okrivljenik izjednačuje u pravima u kaznenom postupku s tužiteljem. Na primjenu toga načela ESLJP je upozorio u nekoliko svojih presuda. “*Jedan od zahtjeva koje mora zadovoljiti poštenu postupak jest jednakost sredstava prema kojemu postoji obveza da se svakoj strani da razumna mogućnost da iznese svoje razloge u uvjetima koji je ne stavljaju u položaj očite neravnopravnosti u odnosu prema protivnoj strani.*” (*Heinrich protiv Francuske*, presuda od 22. rujna 1994.). Tako u presudi od 20. listopada 1997. (predmet *Foucher protiv Francuske*) ESLJP zahtijeva da se zbog načela jednakosti oružja, na temelju odredbe čl. 6. st. 1. u svezi sa st. 3. EKLJP, obrani mora omogućiti uvid u istražne spise, navlastito ako se na njima temeljila optužba.

Navedeno procesno jamstvo posebno se ogleda kroz optuženikovo pravo na ispitivanje djeteta kao svjedoka. Povreda toga prava ovisna je o tome je li nužno ili svrhovito pozivanje pred sud oštećenika djeteta u svojstvu svjedoka. Ako se osuđujuća presuda ne temelji isključivo na njegovu iskazu, dijete u pravilu nije nužno pozivati da svjedoči. Ako se osuđujuća presuda temelji isključivo na iskazu takvog svjedoka, optuženiku treba omogućiti u jednom trenutku ispitivanje svjedoka i suočenje s tim svjedokom. Uskrata toga prava ima kao posljedicu kršenje optuženikova prava na pravični postupak. U presudi od 10. studenoga 2005. (predmet *Bocos-Cuesta v. the Netherlands*) ESLJP ustanovljuje da je povrijeđeno okrivljenikovo pravo na pravično suđenje iz čl. 6. st. 3. (d) EKLJP jer mu nije pružena prilika da ispituje četvero djece kojih ga iskazi terete za seksualno zlostavljanje i bludne radnje. Sud smatra da je okrivljeniku trebalo omogućiti praćenje iskaza djece u drugoj prostoriji putem tehničkih uređaja. Kritizirano je stajalište nizozemskih sudova o prevažnosti interesa djece u odnosu prema okrivljenikovim pravima u kaznenom postupku.

Tako ESLJP i u presudi od 20. rujna 1993. (predmet *Saidi protiv Francuske*)²⁴ te u presudi od 20. prosinca 2001. (predmet *PS v. Germany*).²⁵

Za postupanje hrvatskih sudova putokaz je presuda ESLJP od 12. srpnja 2007. (predmet *Kovač protiv Hrvatske*). Najkraće. U 2002. godini pred Županijskim sudom u V. "... otvorena je istraga zbog optužbe za bludne radnje na štetu maloljetnice (dvanaestogodišnje djevojčice). Dana 22. travnja 2003. podnositelja zahtjeva saslušao je istražni sudac. Obaviješten je o tome da ima pravo na pravnog zastupnika, ali je odlučio braniti se sam. Dana 3. svibnja 2002. navodna žrtva M.V. dala je iskaz pred istražnim sucem u prisutnosti psihologa. Podnositelj zahtjeva, koji u toj fazi nije bio zastupan od odvjetnika, nije bio prisutan. Vlada je dostavila kopiju sudskog poziva poslanog podnositelju zahtjeva. U zapisniku s ročišta pred istražnim sucem navodi se da podnositelj zahtjeva nije prisutan, bez ikakvih daljnjih primjedaba glede razloga njegove odsutnosti... U tim okolnostima, Sud utvrđuje da se ne može smatrati da je podnositelj zahtjeva imao pravu i primjerenu priliku dovesti u pitanje izjavu svjedokinje koja je bila od odlučne važnosti za njegovu osudu, pa prema tome nije imao pošteno suđenje (vidi *P.S. v. Germany*, br. 33900/96, §§ 29-31, 20. prosinca 2001.). ... Stoga je došlo do povrede članka 6. stavka 1. uzetog zajedno s člankom 6. stavkom 3. (d) Konvencije."

U navedenoj presudi ESLJP ocjenu o postojanju povrede prava obrane iz čl. 6. st. 3. t. (d) EKLJP temelji na nekoliko podataka: optuženik u cijelom tijeku kaznenog postupka nije bio u mogućnosti izravno ili neizravno oštećenici postavljati pitanja; iskaz oštećenice bio je od presudnog značenja za donošenje osuđujuće presude; optuženik nije mogao promatrati način na koji je oštećenica odgovarala na upite istražnog suca, a niti je bio propisno pozvan na istražno ročište; nije učinjena tehnička snimka oštećeničina iskaza koja bi se mogla reproducirati na glavnoj raspravi.

ESLJP je drugostupanjskom sudu zamjerio što se u svojoj presudi nije osvrnuo na optuženikove žalbene navode kako mu ni u jednom trenutku nije bila dana mogućnost ispitati oštećenicu kao svjedoka optužbe. Taj propust Europski sud za ljudska prava smatra uskratim optuženikova prava na obranu.²⁶

U odluci U-III-3872/2006 od 7. srpnja 2009., među inim, na prigovor podnositelja glede ravnopravnosti stranaka, "...Ustavni sud ističe da zahtjevi načela pravičnog postupka uključuju način na koji se dokazi izvode i predlažu te ocjenu je li postupak u svojoj cjelini, uključujući i način na koji su dokazi

²⁴ O toj i drugim odlukama Europskog suda za ljudska prava vidjeti: *Elizabeta Ivičević-Karas, Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspekt načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 2/2007., str. 999-1018, te www.echr.coe.int.

²⁵ www.echr.coe.int

²⁶ O presudi v. *Ivičević-Karas, kao u bilj. 24.*, i <http://www.usud.hr>

predloženi i izvedeni, pravičan, u smislu članka 29. stavka 1. Ustava i članka 6. stavka 1. Konvencije.

U konkretnom slučaju sudovi su odbili dokazne prijedloge obrane u smislu saslušanja svjedoka, dopunskog saslušanja sudskih vještaka i rekonstrukcije događaja, s obrazloženjem da su ti dokazi, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, suvišni.

Razlozi na koje se pozvao prvostupanjski sud kad je odbio prihvatiti dokazne prijedloge podnositelja u svrhu potkrepljenja njegove obrane, a naročito rekonstrukcije događaja (radi utvrđenja odlučne činjenice kretanja optuženika odnosno oštećenika i ujedno odgovora jesu li podnositelj i drugooptuženik kritične zgrade postupali kao supočinitelji), prema utvrđenju Suda nisu dostatni. Slijedom toga Sud utvrđuje da odbijanje dokaznih prijedloga podnositelja u konkretnom slučaju nije bilo u skladu s jednakošću oružja, kao jednim od zahtjeva koncepta pravičnog suđenja.”

Branitelj je dio raspravnog organizma u kojem se mora nastojati uravnotežiti imperativ kolektivne i osobne sigurnosti, uz istovremenu obvezu nužnog očuvanja građanskih prava okrivljenika u kaznenom postupku. Na tu uravnoteženost upozorio je nekadašnji odvjetnik, a sada predsjednik SAD-a Barack Obama u svjetskom hitu *Odvažnost nade* riječima "...u načinu na koji su u Illinoisu vođeni sudski postupci za najteže zločine bilo je toliko pogrešaka, upitne policijske taktike, rasne pristranosti i traljavog odvjetništva da je trinaestoro osuđenika na smrt oslobođeno i republikanski je guverner odlučio provesti moratorij na sva pogubljenja.”²⁷

2.8. Posebna jamstva okrivljenikove obrane

Okrivljeniku se odredbom čl. 29. st. 2. URH jamči pravo:

- da u najkraćem roku bude obaviješten, potanko i na jeziku koji razumije, o naravi i razlozima optužbe koja se diže protiv njega i o dokazima koji ga terete,
- da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu obrane,
- na branitelja i nesmetano uspostavljanje veze s braniteljem, i s tim pravom mora biti upoznat,
- da se brani sam ili uz branitelja po vlastitom izboru, a ako nema dovoljno sredstava da plati branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja pod uvjetom propisanim zakonom,
- da mu se sudi u njegovoj nazočnosti, ako je dostupan sudu,

²⁷ *Barack Obama, Odvažnost nade – razmišljanja o obnavljanju američkog sna*, Profil, Zagreb, 2008., str. 62.

- da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe i da zahtijeva da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe,
- na besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.

U odredbi čl. 6. st. 3. EKLJP jamče se najmanje sljedeća prava optuženoga za kazneno djelo:

- da u najkraćem roku bude obaviješten, potanko i na jeziku koji razumije, o prirodi i razlozima optužbe koja se podiže protiv njega;
- da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane;
- da se brani sam ili uz branitelja po vlastitom izboru, a ako nema dovoljno sredstava da plati branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja, kad to nalažu interesi pravde;
- da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe i da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe;
- besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u sudu.

U teoriji kaznenog procesnog prava ta se prava nazivaju i “minimalnima” jer predstavljaju najniži prag okrivljenikove zaštite u kaznenom postupku. Spuštanjem praga dovela bi se u opasnost postojeća približna ravnoteža položaja okrivljenika i državnog represivnog aparata, prijetila bi samovolja na štetu pravne sigurnosti građana.²⁸

“Minimalna” jamstva iz čl. 6. st. 3. EKLJP samo su primjeri konkretne primjene općeg načela sadržanog u stavku 1. istoga članka Konvencije.

2.8.1. Podastiranje potrebnih informacija okrivljeniku na jeziku koji razumije

Glede jezika stvar je jasna. Okrivljeniku se “proceduralni dokumenti” daju na jeziku koji razumije. Postoji povreda čl. 6. st. 3. (a) EKLJP ako okrivljeniku nije bilo omogućeno da se služi jezikom kojim se koristi u svakodnevnoj komunikaciji (materinji jezik) ili jezikom koji razumije.²⁹ Nije riječ o povredi prava iz čl. 6. st. 3. (a) iako okrivljenik nije primio pisani prijevod optužnice ako mu je ona usmeno obrazložena na jeziku koji razumije, time je “...*bio dovoljno informiran o onome zašto ga se tereti*”.³⁰

²⁸ O nabrojenim “minimalnim” jamstvima zaštite okrivljenika v. *Davor Krapac, kao u bilj. II*, str. 91-94.

²⁹ Tako ESLJP u predmetu *Brozicek protiv Italije*, presuda od 19. prosinca 1989.

³⁰ Usp. *Gilles Dutertre, Key case-law extracts: European Court of Human Rights*, p. 220, (book.coe.int).

Okrivljenik i njegov branitelj imaju pravo ustrajati da im se specificira činjenična i pravna osnova optužbe, čime se udovoljava supstantivu “*potanko*” iz čl. 6. st. 3. (a) EKLJP. Informacija o prirodi i razlozima optužbe mora biti iscrpna u mjeri nužnoj za *dobru pripremu obrane*. Neće postojati povreda navedene odredbe EKLJP ako je okrivljenik proglašen krivim za kvalificirani oblik kaznenog djela, premda je bio optužen samo za temeljni delikt, uz uvjet da su *ab ovo* u opisu djela bile navedene okolnosti težeg kaznenog djela te da su okrivljeniku morale biti poznate.³¹ U hrvatskoj pravnoj praksi prevladava stajalište da optužba neće biti prekoračena (čl. 468. st. 1. t. 9. ZKP/08.) ako sud prvog stupnja u svojoj presudi, kojom proglašava okrivljenika krivim za djelo iz optužnice, tom djelu daje drugačiju pravnu oznaku, s time da ta drugačija oznaka odgovara utvrđenom činjeničnom stanju, odnosno da iz njega proizlazi i da *nije teža*, odnosno nepovoljnija za okrivljenika od one iz optužnice.³² U članku 449. stavku 2. ZKP-a/08. uvedena je novost kojom je propisano da “*optuženik ne može*” biti proglašen “... *krivim za kazneno djelo teže od onog koje mu je optužbom stavljeno na teret*”. Sud nije vezan za prijedlog tužitelja o pravnoj ocjeni djela, ali je dužan držati se zabrane *ne ultra petita partium*.

2.8.2. Pravo na odgovarajuće vrijeme i mogućnost pripreme obrane

Ti uvjeti odnose se i na okrivljenika i na njegova branitelja. Je li došlo do povrede prava na odgovarajuće vrijeme potrebno za pripremu obrane i jesu li ostvarene mogućnosti te pripreme jest *quaestio facti*, ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, naravno pri tome uzimajući u obzir stupanj okrivljenikove odgovornosti za nedostatak vremena za pripremu. U to je pravo uključen i žalbeni postupak. Vrijeme potrebno za pripremu obrane ovisi i o složenosti predmeta (presuda ESLJP od 10. veljače 1983. u predmetu *LeCompte protiv Francuske*). Značajan je i trenutak izbora branitelja u nastavku rasprave, što znači da se novom branitelju mora osigurati dodatno vrijeme za pripremu obrane.

Glede mogućnosti pripreme obrane nužno je upozoriti na ograničenja komunikacije između okrivljenika i branitelja (čl. 75. i 76. ZKP/08.). U predmetu *Domenchini protiv Italije* ESLJP je u presudi od 15. studenoga 1996. konstatirao da se cenzurom pisanog komuniciranja pritvorenika s braniteljem krši mogućnost pripreme obrane, odnosno pravo iz čl. 6. st. 3. (b) EKLJP. Još je Europska komisija u izvješću od 12. srpnja 1984. (u predmetu *Can protiv*

³¹ Tako ESLJP u predmetu *De Salvador Torres protiv Španjolske*, presuda od 24. listopada 1996.

³² Vidjeti: Ana Garačić, *Pravni lijekovi u kaznenom postupku i sudskoj praksi*, Organizator, Zagreb, 2006., str. 65, t. 9.

Austrije) izložila mišljenje da je mogućnost okrivljenika da *slobodno komunicira* sa svojim braniteljem temeljni dio pripreme za obranu. Obveza savjesnog i stručnog odvjetnika nije samo priprema za suđenje “... *već i kontrola zakonitosti svih mjera poduzetih tijekom istražnog postupka, identifikacija i čuvanje svih dokaza u ranoj fazi gdje je još moguće ući u trag novim relevantnim činjenicama i dok je svjedocima svježije pamćenje, dodatna pomoć okrivljeniku u svezi s pritužbama koje on možda ima u svezi s pritvorom*” (po prirodi stvari to se odnosi i na istražni zatvor – op. Š.P.), “*a tiču se njegove opravdanosti, duljine i uvjeta, i uopće pomoći okrivljeniku koji je samim pritvaranjem uklonjen iz normalne sredine.*”³³ Nespojivo je s odredbom čl. 6. st. 3. (b) uskraćivanje odvjetniku prava pristupa i uvida u dokumentaciju nužnog za pripremu obrane. (presuda od 19. prosinca 1989. u predmetu *Kamasinski protiv Austrije*).³⁴ ZID ZKP/08 (Nar. nov., br. 76/09) dopunio je članak 66. stavkom 4. da sud, odnosno tijelo koje vodi postupak, mora branitelju osigurati dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu obrane. Ta odredba je komplementarna čl. 6. st. 3. (b) EKLJP. Vrijeme i uvjeti potrebni za dobru obranu moraju se osigurati branitelju, ali i okrivljeniku.

U SAD-u i Njemačkoj usmena i pisana komunikacija okrivljenika i branitelja u svezi s obranom u kaznenom postupku smatra se temeljnim pravom obrane i ne smije se nadzirati ni pod kakvim uvjetima.³⁵

2.8.3. Pravo okrivljenika da se brani sam ili uz branitelja te pravo na besplatnog branitelja

Odredbom članka 29. stavka 2. podstavka 4. URH okrivljeniku se jamči pravo da se brani sam ili uz branitelja po vlastitom izboru, a ako nema dovoljno sredstava da plati branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja pod uvjetima propisanim zakonom.

Članak 6. stavak 3. (c) EKJLP i čl. 5. st. 1. ZKP/08. uređuju pravo na branitelja, a “... *kad to nalažu interesi pravde*” (“... *radi osiguranja obrane...*”), okrivljeniku će se osigurati besplatna pravna pomoć. Tim odredbama EKLJP i ZKP na određeni se način osigurava primjena načela “*jednakosti oružja*”. Čl. 6. st. 3. (c) EKLJP okrivljeniku jamči tri prava: “... *pravo da se sam brani, pravo da ima pomoć branitelja po svojem izboru te pravo da pod određenim uvjetima bude besplatno zastupan od branitelja po službenoj dužnosti*” (presuda ESLJP

³³ C. Harland i dr., kao u bilj. 20, str. 175.

³⁴ Usp. G. Deutertre, kao u bilj. 30, str. 222.

³⁵ Zlata Đurđević, Floyd Feeney-Joachim Hermann, *One case Two systems-A Comparative View of American and German Criminal Justice*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 13, broj 2/2006., str. 1169-1175., posebno str. 1172.

od 25. travnja 1983., predmet *Pakelli protiv Njemačke*). U više svojih presuda ESLJP je naglasio da "... država mora okrivljeniku osigurati djelotvornu, a ne samo formalnu pravnu pomoć" (presuda od 21. travnja 1998., predmet *Daud protiv Portugala*; presuda od 19. prosinca 1989., predmet *Kamasinski protiv Austrije*; presuda od 24. studenoga 1993., predmet *Imbrioscia protiv Švicarske*). ESLJP je objektivizirao kriterije besplatne pravne pomoći. Prvi kriterij je priroda optužbe, a drugi potreba iznošenja argumenata kod složenih pravnih pitanja (presuda od 25. rujna 1992., predmet *Pham Hoang protiv Francuske* i presuda od 9. lipnja 1998., predmet *Twalib protiv Grčke*). U tim se presudama ističe kako je prema praksi Suda pravo na besplatnu pravnu pomoć jedna od bitnih sastavnica načela poštenog suđenja u kaznenom postupku.³⁶ Okrivljenik bez stručnog branitelja gotovo da se nalazi u klinču kad ga zatekne pravno pitanje koje zahtijeva visok stupanj stručne ekspertize (presude ESLJP u predmetima *Pakelli protiv Njemačke* iz 1983. i *Artico protiv Italije* iz 1980.), jer "... država ne može tražiti da se okrivljenik pokuša sam suočiti s takvim pitanjima."³⁷ Ipak, "... država ne može uvijek biti odgovorna zbog nedostataka u obrani branitelja postavljenog po službenoj dužnosti ili izabranog od okrivljenika. Zbog nezavisnosti odvjetničke djelatnosti, vođenje obrane u osnovi je briga okrivljenika i njegova branitelja, dok je na temelju čl. 6. st. 3. (c) država dužna intervenirati samo u slučaju ako je pružanje pravne pomoći okrivljeniku neadekvatno u mjeri da izaziva dužnu pozornost." (Presuda ESLJP od 24. studenoga 1993., predmet *Imbrioscia protiv Švicarske*.) Na iste nedostatke ESLJP upozorava i u presudi od 21. travnja 1998. (predmet *Daud protiv Portugala*).

U čl. 66. st. 1. ZKP/08. slučajevi su kad okrivljenik mora imati branitelja pri prvom ispitivanju, a u stavku 2. istoga članka kada okrivljenik mora imati branitelja. Postavljanje branitelja siromašnom okrivljeniku propisuje članak 72. ZKP/08.

Opravdano je upitati se može li sud ili drugo nadležno tijelo koje vodi postupak, kad uoči da odvjetnik u konkretnom predmetu ne ispunjava profesionalne obveze ili pokazuje nepoznavanje pravnog područja, radi zaštite načela prava na poštenu postupak, navlastito načela "jednakosti oružja", predložiti okrivljeniku da izabere novog branitelja ili uz već izabranog odvjetnika okrivljeniku postaviti branitelja po službenoj dužnosti. Iz dikcije sadržaja stavka 1. članka 5. ZKP/08. slijedi da se od branitelja očekuje *stručna pomoć*. ESLJP je u nekoliko svojih presuda (*Artico protiv Italije* iz 1980., *Goddi protiv Italije* iz 1984. i *Daud protiv Portugala* iz 1998.) naglasio razlikovanje između *de iure* i *de facto* zaštite prava okrivljenika na *dobru obranu*. Postoji povreda prava iz čl. 6. st. 3. (c) EKLJP kad branitelj postavljen od suda "... nije marljivo bra-

³⁶ <http://www.echr.coe.int>

³⁷ Usp. *Donna Gomien, Europska konvencija o ljudskim pravima*, Naklada d.o.o. Zadar i Pravni fakultet u Rijeci, 2007., str. 108/109.

nio svoje klijente."³⁸ Može li sud zbog očiglednog nepostojanja braniteljeve vještine, znanja i sposobnosti (slučaj *inhabilitisa*) uskratiti mu daljnje zastupanje okrivljenikovih interesa u konkretnoj kaznenoj stvari? Pravo okrivljenika na odgovarajuću, učinkovitu i djelotvornu pomoć procesnog pomoćnika nalaže sudu da se brine da se u znatnijoj mjeri ne naruši stvarno i formalno ravnovjesje između stranaka. Za pasivnog odvjetnika koji ne predlaže dokaze, svjedocima i vještacima, naravno tamo gdje je to u interesu okrivljenika, ne postavlja pitanja i traži razrješenja, ne možemo reći da je profesionalno aktivan i da osigurava djelotvornu i učinkovitu pomoć klijentu. Smatram da je sud dužan ili drugo tijelo koje vodi kazneni postupak dužno je upozoriti okrivljenika na očigledne propuste u zastupanju i predložiti mu da izabere drugog branitelja. Nepravilno zastupanje i izbor novog branitelja za sobom povlači sudsku obvezu da se novoizabranom branitelju omogući odgovarajuće vrijeme i uvjeti potrebni za pripremanje obrane (čl. 6. st. 3. (b) EKLJP).

2.8.4. Pravo okrivljenika na ispitivanje svjedoka optužbe te na nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima

Nema dvojbe da se hrvatski ustavotvorac pri pisanju hrvatskog Ustava, među inim izvorima, služio sadržajem EKLJP. U potvrdu toga je komplementarnost odredbe čl. 29. st. 2. podst. 6. URH sa čl. 6. st. 3. (d) EKLJP. U okviru prava na pošteno suđenje okrivljeniku se jamče dva prava: 1. pravo da ispituje ili daje ispitati svjedoka optužbe i 2. da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe. Izraz *svjedok* je *genus proximus*, a ne *differentia specifica*. Njime je obuhvaćen svjedok shvaćen u užem značenju, vještak, suokrivljenik, oštećenik, agent ubačen u kriminalnu organizaciju te prikriveni istražitelj i pouzdanik. *Ratio* odredaba je okrivljenika staviti u položaj "*potpune jednakosti*" s položajem tužitelja u svezi s pozivanjem i ispitivanjem svjedoka. Ne znači to da sud ne može odbiti ispitivanje svjedoka obrane ako je riječ o nedopuštenom, nevažnom ili neprikladnom prijedlogu ili o prijedlogu kojim se odugovlači postupak (čl. 421. st. 2. ZKP/08.). Bit toga okrivljenikova prava iskazana je u presudi ESLJP od 23. studenoga 1976., u predmetu *Engel i dr. protiv Nizozemske*. U presudi se navodi: "*Ova odredba ne zahtijeva pozivanje i ispitivanje svakog svjedoka u korist okrivljenika. Njezin bitni cilj, kako je to označeno riječima 'pod istim uvjetima', jest potpuna 'jednakost procesnih sredstava'. S ovom odredbom nadležnim nacionalnim vlastima ostavljeno je da odluče o mjerodavnosti predloženog dokaza, sve dok je to sukladno s konceptom pravičnog postupka koji dominira člankom 6. u cjelini.*"

³⁸ Usp. D. Gomien, *supra*, str. 110.

U presudi od 20. studenoga 1989. (predmet *Kostovski protiv Nizozemske*) ESLJP afirmira načelo ravnoteže različitih interesa u kaznenom postupku. "Sud je primijetio da pravo na pravično suđenje ne može biti žrtvovano zbog ostvarenja djelotvornosti postupka." Sud polazi od stajališta da se sudska odluka ne može temeljiti na iskazima anonimnih svjedoka, kao što su informatori. U presudi se ističe da se u načelu svi dokazi moraju provesti u okrivljenikovoj nazočnosti. Dokazi prikupljeni u predistražnom postupku mogu se koristiti kao dokaz, pod uvjetom da je bilo zajamčeno pravo obrane da se izjasi o tim dokazima, primjerice postavljanjem pitanja svjedocima.

Branitelj je dužan tijekom čitavog postupka upozoravati na možebitnu neravnopravnost okrivljenika u korištenju navedenim pravima, navlastito pri opovrgavanju navoda svjedoka, neovisno o tome je li riječ o ispitivanju svjedoka ili tijekom kasnijeg postupka.

Kakva je situacija kad je riječ o svjedočenju anonimnih svjedoka? U ZKP/08. više je odredaba o procesnoj radnji svjedočenja (čl. 297. – ranjivi svjedok, čl. 292. – ugroženi svjedok, čl. 294. – zaštićeni svjedok, čl. 295.-299. – zaštita svjedoka). Položaj posebne kategorije ranjivih svjedoka (dijete, maloljetnik) uređuje Zakon o sudovima za mladež (Nar. nov., br. 111/97, 27/98 – ispr. i 12/02). Poseban problem je provođenje *unakrsnog ispitivanja* anonimnih svjedoka (čl. 420. st. 1. ZKP/08.) ili svjedoka koji anonimno svjedoče zbog straha od osвете. Obrani je onemogućeno unakrsno ispitivanje, čime se u ozbiljnu sumnju dovodi njihova vjerodostojnost (v. presudu ESLJP od 20. studenoga 1989. u predmetu *Kostovski protiv Nizozemske*). Praksa ESLJP stvorila je standard prema kojem se presuda ne može isključivo ili u *pretežitoj mjeri* temeljiti na iskazima anonimnih svjedoka, makar tijekom njihova provođenja obrani bila zajamčena postupovna jamstva.³⁹ Takva praksa potvrđena je člankom 13. Preporuke R(97)13 Vijeća ministara Vijeća Europe, usvojene 10. rujna 1997. Ta stajališta djelomično su prihvaćena u čl. 333. st. 3. ZKP/08. Naime, *prikriveni istražitelj* i *pouzdanik* (čl. 332. ZKP/08.) mogu se ispitati kao svjedoci o sadržaju razgovora koje su vodili s osobama prema kojima je određena radnja iz članka 332. stavka 1. točaka 5. do 8. Zakona (čl. 333. st. 2.), kao i svim sudionicima kaznenog djela radi čijeg otkrivanja i dokazivanja je ta radnja bila određena, a njihovi iskazi se mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku. Međutim, presuda i ocjena o nezakonitosti dokaza ne može se temeljiti isključivo na iskazu svjedoka iz stavka 2. ovog članka (stavak 3.). Posebne dokazne radnje iz čl. 332. st. 1. mogu se odrediti za točno određena kaznena djela (čl. 334.). ZKP polazi od toga da se presuda ne može temeljiti *isključivo* na iskazu prikrivenog istražitelja i pouzdanika, pa se, *argumentum a contrario*, presuda u *pretežnoj mjeri* može temeljiti na iskazu tih svjedoka, što

³⁹ Vidjeti presude ESLJP u predmetu *Doorson v. Holland* od 20. veljače 1996. i *Van Mechelen v. Holland* od 23. travnja 1997. (<http://www.hrcr.org> ili <http://www.echr.coe.int>).

je u protivnosti s rečenim standardom stvorenim praksom ESLJP i navedenom Preporukom.

Navedimo i praksu VSRH.

“Također se neuvjerljivo žalitelj poziva i na iskaz zaštićenog svjedoka br. 2 (identiteta) te na još dio preostalih svjedoka koji imaju samo posredna saznanja o odlučnim i dokazno važnim činjenicama. Naime, i to ne bez razloga, u pravnoj literaturi i sudskoj praksi uvriježeno je takve svjedoke koji su nešto doznali o činjenicama koje se utvrđuju u kaznenom postupku na način što im je netko drugi pričao o tim činjenicama, a oni ih sami nisu zapažali vlastitim osjetilima, tretirati nepouzdanim svjedocima. Takvi se svjedoci u kaznenom postupku prvenstveno koriste za to da se iz njihova iskazivanja sazna za osobe koje o tim činjenicama imaju saznanja iz vlastitih opažanja, da bi se ovi mogli ispitati, a tek iznimno oni se koriste za utvrđivanje odlučnih činjenica, no tu je još uvijek prisutno iskustvo da se radi o nepouzdanim dokazima, što je prvostupanjski sud ispravno imao u vidu u danim okolnostima. Naime, ovaj kazneni postupak u svom je početnom stadiju na glavnoj raspravi bio vođen po odredbama Zakona o kaznenom postupku u kojem nije postojalo ograničenje u korištenju zaštićenih svjedoka, sve do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku (NN broj 58/02), kojim je u čl. 238.e propisano da se presuda i ocjena o nezakonitosti dokaza ne može temeljiti samo na iskazu svjedoka koji je pribavljen na način propisan u čl. 238.a-238.d (sadržajno reguliraju uvjete i postupak u vezi s ugroženim svjedocima), zbog čega je bilo dopustivo one dokazne radnje o ispitivanju svjedoka sa zaštićenim identitetom, jer su bile provedene u pravilnoj primjeni tada važećih odredaba kaznenog postupka, znači zapisnike o ispitivanju zaštićenih svjedoka, koristiti kao temelj predmetne pobijane presude, naravno uz sve one rezerve koje proizlaze iz negativnog iskustva sa svjedocima po čuvenju, a ovi su to u pretežnom dijelu svojih iskaza i bili, što je prvostupanjski sud u punoj mjeri i uzeo u obzir, kao što se to поближе i vidi iz jasnih, konkretnih razloga pobijane presude u odnosu na svakog od svjedoka po čuvenju, a posebno svjedoka pokajnika i zaštićenih svjedoka.” (Presuda I Kž-531/2003-17 od 22. kolovoza 2003.)

“Naime, pouzdanik kao i prikriveni istražitelj, u odnosu na koje zakon ne pravi posebnu razliku, jesu osobe koje su provele posebne izvide i mogu se u postupku ispitati kao svjedoci samo o tijeku provođenja mjera, ali ne i o tome što im je osumnjičenik priopćio. Dopuštenošću takvog ispitivanja tako bi se na zaobilazan način u dokazni materijal unosio iskaz osumnjičenika koji je dan bez upozorenja i bez nazočnosti branitelja (čl. 177. st. 4. Zakona o kaznenom postupku). Saznanja dobivena korištenjem posebnih izvida iz čl. 180. Zakona o kaznenom postupku imaju samo spoznajnu, ali ne i dokaznu vrijednost.” (Rješenje I Kž-529/04-3 od 24. lipnja 2004.)

Zanimljiva je presuda ESLJP od 26. ožujka 1992. u predmetu *Doorson protiv Nizozemske*. Nije povrijeđeno okrivljenikovo pravo iz čl. 6. st. 3. (d) EKLJP u slučaju kad je branitelj imao mogućnost ispitivati svjedoka optužbe preko suca o svakom pitanju, osim pitanja o identitetu toga svjedoka. U presudi stoji: “Konačno, treba se podsjetiti da čak i kad se utvrdi da postupci ‘uravnoteženja’ predstavljaju dovoljnu kompenzaciju za probleme s kojim se suočava obrana, osuda se ne treba temeljiti samo na anonimnim izjavama ili se ne smije u odlučujućoj mjeri temeljiti na anonimnim izjavama. Međutim, u ovom predmetu nije tako: sasvim je jasno da domaći sud nije utemeljio svoje nalaze krivnje samo ili u odlučujućoj mjeri na dokazima koje su pružili Y. 15 i Y. 16.”

2.8.5. Pravo na besplatnu pomoć tumača

U čl. 29. st. 2. podst. 7. URH odredba je o okrivljenikovu pravu na besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljuje na sudu. Ta ustavna odredba razrađena je u odredbama čl. 8., čl. 64. st. 1. t. 12., čl. 280. st. 1. i čl. 290., ZKP/08.; u odredbama Ustavnog zakona o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica i manjina u Republici Hrvatskoj (Nar. nov., br. 105/00 i 36/01), te u Zakonu o uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj (Nar. nov., br. 51/00 i 56/00). Isto pravo okrivljeniku je zajamčeno člankom 6. stavkom 3. (e) EKLJP.⁴⁰

Pravo na besplatnu pomoć tumača “... ne vrijedi samo za izjave na usmenoj raspravi, već i za pisane dokumente te za postupak prije suđenja.” (Presuda ESLJP od 19. prosinca 1989. u predmetu *Kamasinski protiv Austrije*.) U istom predmetu ESLJP je zauzeo stajalište da ne postoji povreda čl. 6. st. 3. (e) EKLJP ako se branitelj formalno služi materinjim jezikom okrivljenika.

“Naime, valja istaknuti da, prema čl. 6. ZKP, strani državljanin koji je lišen slobode može upućivati sudu podneske na svom jeziku, a prema odredbi čl. 7. ZKP kazneni postupak vodi se na jeziku koji je u službenoj upotrebi u sudu. Stranke, svjedoci i druge osobe koje sudjeluju u postupku imaju pravo pri izvođenju istražnih ili drugih sudskih radnji ili na glavnoj raspravi upotrebljavati svoj jezik, dok će se za sve radnje kao i za glavnu raspravu koja se ne vodi na tom jeziku, kao i za isprave i za drugi pisani dokazni materijal, osigurati usmeno prevođenje koje obavlja sudski tumač.” (Presuda i rješenje VSRH, I Kž-194/1995-4 od 30. kolovoza 1995.)

⁴⁰ O ravnopravnost jezika i jezičnoj raznolikosti te hrvatskim i međunarodnim pravnim aktima vidjeti: Šime Pavlović, *Komentar Zakona o suzbijanju diskriminacije sa sudskom praksom, komplementarnim propisima, priložima i stvarnim kazalom*, Organizator, Zagreb, 2009., str. 38/39.

“U smislu čl. 367. st. 1. t. 3. ZKP, bitna povreda odredaba kaznenog postupka postoji i kada je optuženiku, branitelju, oštećeniku kao tužitelju ili privatnom tužitelju, protivno njegovu zahtjevu, uskraćeno da se na glavnoj raspravi služi svojim jezikom i da na svom jeziku prati tijek rasprave (sukladno odredbi čl. 7. ZKP).” (Rješenje VSRH, I Kž-217/08-3 od 22. travnja 2008.)

“Prvostupanjski sud izdvojio je zapisnik o ispitivanju gluhonijeme oštećenice pred istražnim sucem, uz obrazloženje da se radi o dokazu pribavljenom na nezakoniti način jer je bila ispitana u nazočnosti osobe koja nije bila sudski tumač za znakovni jezik.” (Rješenje VSRH, I kž-510/04-3 od 14. lipnja 2007.)

3. QUO VADIS?

ZKP-om iz 2008. godine prešli smo Rubikon i iz aktivističkog tipa kaznenog postupka (europski kontinentalni postupak) zakoračili u reaktivni tip postupka (anglo-američki postupak). Na raspravi dominiraju akuzatorni elementi postupka, a inkvizitorni postaju sporedni, pomoćno sredstvo u prvom redu namijenjeno zaštiti interesa okrivljenika. U izboru između dviju metoda u prikupljanju dokaza u prethodnom postupku ekstremno smo zaštitili *unilateralnu metodu*, državni odvjetnik je *dominus litis* postupka, dok smo se u izvođenju dokaza na raspravi približili *bilateralnoj* metodi koja tužitelju i okrivljeniku prepušta izvođenje dokaza, ali uz nužnu intervenciju suda.⁴¹ Bojim se da će još dugo vladati nesimetrični kazneni postupak. Nepodnošljivo je da se o pravima okrivljenika u prethodnom postupku brine protivna strana. Čini mi se da će u tom stadiju postupka uloga branitelja biti gotovo minorna i da se njegovo pravo na prikupljanje obavijesti doima običnom farsom. Daleko smo još od postupka s obilježjima ravnopravnog nadmetanja. Okrivljenik i branitelj – neovisno o njegovu znanju, umijeću i procesnim vještinama, još dugo će se oslanjati na suca koji prati i nadzire “stranačko nadmetanje”. Zašto? Jer položaj stranaka nije stvarno izjednačen. Sudac je i dalje primoran pomagati slabijoj strani, navlastito u prikupljanju dokaza i utvrđivanju činjenica.⁴² “Upletenost” suca ne mora istodobno dovoditi u pitanje njegovu nepristranost. Ali, ako su nam nastojanja usmjerena prema akuzatornom tipu kaznenog postupka, tada doista treba priznati da učestalo upletanje suca slabi nastojanje zakonodavca da se afirmira simetričan sudski postupak.

⁴¹ O modelima izvođenja dokaza u kaznenom postupku v. *Mirjan Damaška, Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2001., str. 13-19.

⁴² “(1) Stranke imaju pravo pozivati svjedoke i vještake te izvoditi dokaze. Vijeće može odlučiti da se izvedu dokazi koji nisu predloženi ili od kojih je predlagatelj odustao samo ako smatra da ti dokazi upućuju na postojanje razloga isključenja protupravnosti ili krivnje ili na činjenicu o kojoj ovisi odluka o kaznenopravnim sankcijama.” (Čl. 419. st. 1. ZKP/08.)

Summary

KNOWLEDGE AND APPLICABILITY OF CONSTITUTIONAL AND CONVENTION PRINCIPLES OF FAIR TRIAL AS A *CONDICIO SINE QUA NON* OF GOOD DEFENCE

The author indicates the essential need of defence counsels (attorneys) to know constitutional and convention regulations to successfully perform the task of providing procedural assistance to the defendant.

The paper presents the content of the relevant provisions of the Croatian Constitution, and of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as other necessary regulations, including the Criminal Procedure Act/08. As part of the analysis, the author focuses on the imperative of complying with the principle of the right to a fair trial guaranteed by Article 29 of the Croatian Constitution and Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The author provides a comprehensive overview of the case law of the European Court of Human Rights and of the Constitutional Court of the Republic of Croatia.

The regulations and case law are presented in such a way as to focus as far as possible on the interest of the defence counsel in the soft spots of the defendant's position and on the fundamental preconditions for providing a good defence. An attempt has been made as far as possible to clarify the term **good defence**.

