

ŽELJKO KARAS*

Neke primjedbe o izdvajanju nezakonitih materijalnih dokaza

Sažetak

Autor u radu istražuje primjedbe upućene na teorije koje opravdavaju izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza. Teoriji zaštite prava se najčešće prigovara da se izdvajanje nezakonitih dokaza ne može koristiti prema osobama kojima je povrijeđeno isto pravo, a nemaju dokaze, potom da jedna nezakonitost ne može poništiti drugu te da se izdvajanjem ne sankcionira niti počinitelj kaznenog djela niti službenik koji je povrijedio propise. Teorija prevencije nezakonitosti je najosjetljivija na empirijske podatke o neučinkovitosti i primjedbe da nastoji puštanjem počinitelja prevenirati nezakonitost tijela vlasti prema građanima.

Niti jedno od značajnijih opravdanja ne traži široki opseg povreda niti apsolutno izdvajanje nezakonitih dokaza, već najčešće preporučuju razmjerni oblik radi prikladnijeg uvažavanja svih okolnosti povrede. Istraživanje pokazuje da posljednje dopune normiranjem razmjernog izdvajanja u ZKP/08. imaju čvrstu potporu u znanosti i da bi bilo opravdano proširiti relativno izdvajanje i na druge odredbe.

Ključne riječi: nezakonit dokaz, materijalni dokaz, zaštita prava, prevencija nezakonitosti.

UVOD

Pitanje odnosa prema nezakonitim materijalnim dokazima predstavlja problematično područje za većinu jurisdikcija i smatra se jednim od složenijih područja kaznenog procesnog prava (Trechsel, 2005:88), ali su rasprave o opravdanosti izdvajanja u brojnim državama vrlo rijetke (Duff, 2004:152). Postoje različita gledišta o razlozima zabrane korištenja dokaza prikupljenih povredom pravila i vrlo je teško objasniti prirodu odnosa (Jackson, Summers, 2012:151, 154) posebice jer se radi o kontradiktornim i složenim načelima.¹

* dr. sc. Željko Karas, profesor visoke škole na Visokoj policijskoj školi MUP-a RH, Zagreb.

¹ "...the issue of the admissibility of illegally obtained evidence raises contradictory and complex matters of principle", Predmet *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803 od 14. svibnja 2007., § 86.

Značaj područja se pokazuje time što izdvajanje dokaza ponekad postaje središte kaznenog postupka iako je ranije to bilo neprimjetno pravilo (Ormerod, Birch, 2004:138).

U poredbenom pravu se modeli izdvajanja nezakonitih dokaza razlikuju po nekoliko osnovnih obilježja. Prvo je opravdanje ili svrha izdvajanja, potom način izdvajanja koji može biti automatski (apsolutni, mandatorni) ili razmjerni (relativni, diskrecijski) te opseg povreda na koje se izdvajanje može primijeniti (doseg ili domet pravila o izdvajanju). Ova osnovna obilježja se mogu raznovrsno kombinirati prema potrebama pojedinog sustava, ali je u poredbenom pravu primijećeno da većina država ne koristi opsežno izdvajanje materijalnih dokaza i da pritom kao način izdvajanja ne koriste apsolutni oblik.² Radi takvih naznaka je cilj rada prikazati negativne posljedice izdvajanja nezakonitih dokaza koje su navele druge države na suzdržanost u ovom području.

Hrvatsko uređenje je započeto preuzimanjem *modela apsolutnog izdvajanja nezakonitih dokaza* u ZKP/97., a potom je desetljeće kasnije u ZKP/08. dodana mogućnost *razmjernog izdvajanja*. Te promjene su postale predmet određene pozornosti stručne javnosti i privukle su neke neutemeljene kritike iako za uvođenje relativnog izdvajanja postoje valjani razlozi. Suprotno kretanjima u poredbenom pravu, uopće nisu spominjane negativne posljedice apsolutnog izdvajanja koje čine relativni oblik izdvajanja prihvatljivijim. Hrvatsko pravilo automatskog izdvajanja nezakonitih materijalnih dokaza je u osnovnim načelima vrlo slično američkom modelu ekskluzijskog pravila (*exclusionary rule*), a to je u Sjedinjenim Američkim Državama već desetljećima najkritiziranije pravilo kaznenog postupka, iako ga je tamošnja sudska praksa već znatno ublažila.

Ovaj rad je usmjeren samo na povrede u onim radnjama kojima se pribavljaju *predmeti koji mogu poslužiti za dokazivanje (tzv. materijalni ili stvarni dokazi)* jer sudska praksa upozorava na to da se najveće poteškoće javljaju u takvim radnjama. Bit će promatrane samo nepravilnosti u načinu prikupljanja koje ne utječu na vjerodostojnost ili točnost dokaza te one koje se odnose na derogabilna prava u načinu prikupljanja, a ne i na druge vrste dokaznih zabrana poput nekih privilegija.

1. OPRAVDANJA ZA IZDVAJANJE NEZAKONITIH MATERIJALNIH DOKAZA

1.1. Općenito o teorijama

S obzirom na to da hrvatski sustav nema sustavniju razradu teorija o ovom pitanju, a vidljivo je da kod uvođenja pravila kao uzor nisu korištene doktrine nekih kontinentalnih država, rasprava o ovom području može se temeljiti na četiri najznačajnije teorije koje se susreću u anglosaksonskom pravnom području. Opravdanja za izdvajanje se promatraju u okviru teorije vjerodostojnosti, teorije zaštite prava, teorije prevencije nezakonitosti i teorije legitimnosti koju se još naziva i teorijom integriteta ili pravičnosti (Roberts, Zuckerman, 2010:179; Duff, 2007:228). Ove četiri osnovne teorije se isprepleću u hrvatskoj znanosti, a neki njihovi izdvojeni dijelovi u nekim poredbenim sustavima opstoje

²"But the greatest contrasts by far exist in the law of search and seizure. Exclusionary rules in this area are a rarity in continental law and the 'poisonous fruit' doctrine sounds almost fantastic to civil law", (Damaška, 1972:522).

kao zasebne teorije. Tako primjerice njemačke funkcijske teorije obuhvaćaju teoriju o povećanju stege, teoriju čistoće postupka te teorije generalne i specijalne prevencije. Među normativne teorije spadaju učenja o razlikovanju dokaznih i postupovnih odredbi, teorije o produblivanju štete, teorije o zaštitnom djelovanju odredbi, teorije o općenitim dokaznim zabranama te brojne druge (Jäger, 2003:70).

1.2. Teorija vjerodostojnosti

Tradicionalna osnova temeljem koje se može izdvajati dokaze je njihova upitna vjerodostojnost. Dokazi se mogu izdvajati ako način njihova prikupljanja narušava točnost utvrđivanja činjenica dok prema ovoj teoriji pitanje zakonitosti u prikupljanju pritom nije ključno (Jackson, Summers, 2012:154). Takvim tradicionalnim gledištima bio je blizak *Bentham* koji je promatrao dokaze kao osnovu pravde, odnosno – isključe li se dokazi, bit će isključena i pravda.³ Slično je zastupao i *Wigmore* s tezom da se izdvajanjem stvara neprirodna pravda zbog potkopavanja utvrđivanja činjenica. Prema takvom sustavu bi mnoga dokazna pravila koja se odnose na način prikupljanja bila nepotrebna (Thaman, 2012:663) jer izdvajanje dokaza prema ovakvoj teoriji narušava načelo materijalne istine (Duff, Green, 2011:422).

Ova teorija je kritizirana s različitih sadržaja. Jedan od prigovora je da u kaznenom postupku ne prevladava instrumentalistički pogled prema kojima je cilj postupka isključivo utvrditi empirijsku istinu, već je cilj postići normativnu istinu uz određene granice (Cruft, 2011:19). *Rawls* je govorio o proceduralnoj pravdi u kaznenom postupku za razliku od materijalne pravde (Rawls, 1971:83). Neovisno o prigovorima ovoj teoriji, ona ipak ima značajan utjecaj na praksu brojnih europskih i anglosaksonskih pravnih sustava koji imaju vrlo rijetke mogućnosti izdvajanja materijalnih dokaza. Osim toga, ima veliku ulogu i u judikaturi Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) koji veći naglasak stavlja na pitanje provjere točnosti i pouzdanosti dokaza nego na povredu prava tijekom prikupljanja koja nema utjecaj na vjerodostojnost dokaza. Međutim, ovaj rad se ne bavi nezakonitostima koje su narušile vjerodostojnost dokaza tako da ova teorija nema poseban značaj za predmet promatranja.

1.3. Teorija zaštite prava

1.3.1. Općenito

Jedno od opravdanja za izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza je da se radi o sredstvu za zaštitu ljudskih prava, odnosno da se izdvajanjem štite temeljna prava okrivljenika u kaznenom postupku. Ovakvo opravdanje se naziva teorijom zaštite prava (*rights theory*). Polazište ove teorije je da su u odnosu tijela vlasti prema građanima postavljene zakonske granice u postupanju. Ako su građanima zajamčena određena prava, onda slijedi da ne bi trebali biti u nepovoljnijem položaju u slučaju povrede njihovih prava. Zaštita prava se postiže onemogućavanjem stavljanja okrivljenika u nepovoljniju situaciju u kojoj

³ Bentham, J., *Rationale of Judicial Evidence: Specially Applied to English Practice*, London: Hunt Clarke, 3., 1827., (prema: Markman, 1997:433).

se ne bi našao da su tijela vlasti poštovala zakonska pravila (Choo, 2012:171). Izdvajanjem se u tom smislu nastoji postići svojevrstni *restitutio in integrum* kao da povrede nije ni bilo.

Jedna od teza teorije zaštite prava je i da kazneni postupak ne smije imati koristi od nezakonitog postupanja vlasti, odnosno da nije dosljedno koristiti se povredom propisa u okviru postupka koji se provodi radi primjene zakona (*ex iniuria ius non oritur*). Neki teoretičari tvrde da ako vlast pribavi dokaze nezakonitim načinom, time izlazi izvan okvira društvenog ugovora i država tada nema moralno uporište prozivati počinitelja zbog njegova kaznenog djela (Duff i dr., 2004). Davanje nekih prava pojedincu predstavlja i preuzimanje određenog rizika i to je prema *Dworkinu* prirodna posljedica pravnog uređenja (Dworkin, 2003). Međutim, ova teorija je uvelike osporavana zbog nekih nedostataka i zato što objedinjava potpuno drugačije teze koje ne proizlaze jedna iz druge (Alschuler, 2008:1749).

1.3.2. Neprikladnost za povrede prava

Osnovni prigovori teoriji zaštite prava su usmjereni na njenu prvu tezu u kojoj ona bez posebnog opravdanja zaključuje da je za određenu povredu temeljnih prava kao sredstvo potrebno koristiti izdvajanje dokaza, čime se ne sagledava ostvaruje li se inače zaštita temeljnih prava građana nekim drugim pravnim sredstvima neovisno o pronađenim dokazima. *Duff* prigovara da mitski društveni ugovor vlasti i građana nikako ne opravdava nužnost izdvajanja. Iz činjenice da je vlast postavila granice ne proizlazi da zaštita mora biti ostvarena isključivo izdvajanjem pribavljenih dokaza, a ne nekim drugim pravnim rješenjem, odnosno da se na neki način ne može jamčiti rigidna disciplina vlasti ili drugi cilj (Duff, 2004:164). *Zuckerman* smatra da je najznačajniji propust teorije zaštite prava u tome što ignorira povredu i pitanje odgovarajućeg sredstva u odnosu na tu povredu (Zuckerman, 1989:349), a slično i *Keane* koji također ukazuje na nedostatke izdvajanja nezakonitih dokaza (Keane, Griffiths, McKeown, 2010:53).

Jedan od nedostataka je što apsolutno izdvajanje dokaza ne razmatra težinu povrede koja je počinjena prema okrivljeniku nego uvijek djeluje na dokaze neovisno je li mu teško povrijeđeno neko nederogabilno temeljno pravo poput zabrane mučenja ili se radi samo o manjim formalnostima u nekom manje značajnom pravu. Neki počinitelji će imati velike koristi od malih povreda, a neki možda neće imati odgovarajuće uvažavanje teške povrede koja im je počinjena. Može nastati stanje prema kojem počinitelj ima korist koja višestruko nadmašuje težinu povrede ostvarenu prema njemu (Zuckerman, 1989:349). U svojim ciljevima ova teorija nije empirijski provjerljiva jer se ne radi o praktičnom cilju koji je mjerljiv nego se temelji na teorijskim polazištima (Kamisar, 1983:565). Zato nije moguće utvrditi koliko su nečija prava više zaštićena izdvajanjem dokaza.

Posebnost je i područje primjene jer pravilo o izdvajanju dokaza ne djeluje na povredu nego se njegov učinak ogleda kroz mogućnosti dokazivanja. Pretpostavimo da su sličnim nezakonitim pretragama kod osobe A i osobe B pronađeni dokazi za istovrsno kazneno djelo. Dokazi nisu bili potrebni za presudu osobi A jer je protiv nje već bilo dovoljno drugih zakonitih dokaza, što nije bio slučaj s osobom B protiv koje nije bilo drugih zakonitih dokaza. Ovoj teoriji je u takvoj situaciji teško objasniti način na koji štiti prava jer će ista povreda rezultirati potpuno drugačijih ishodom. Okrivljenik A neće imati nikakve koristi od toga što postoji izdvajanje dokaza iako je prema njemu počinjena ista

povreda kao i osobi B, a koja kao pogodnost pravila uopće neće moći biti osuđena. Ako je ova teorija usmjerena na zaštitu prava, onda bi trebala preporučivati sredstvo koje je jednoliko usmjereno na istovrsne povrede, bez obzira postoje li dokazi i jesu li potrebni u konkretnom postupku. Ključna primjedba je da ova teorija isprepliće povrede prava s pitanjem dokazivanja zbog čega će počinitelj imati određene koristi od izdvajanja samo ovisno o dokaznim potrebama u konkretnom slučaju.

1.3.3. Odnos prema nedužnim osobama kojima je povrijeđeno isto pravo

Okolnost koja doprinosi kritičarima je činjenica da za povrede temeljnih prava već postoje izravna sredstva tako da primjerice i osoba kod koje nije pronađen dokaz ima iste pravne mogućnosti koje bi trebala koristiti i osoba kod koje je pronađen dokaz. Korist od izdvajanja materijalnih dokaza najčešće imaju osobe koje su očigledno krive (*factually guilty*) i pritom dobivaju neopravdanu pogodnost jer se izdvajanjem ne štite neka njihova prava nego se ostvaruju posljedice povezane s činjeničnim stanjem konkretnog kaznenog djela. Kritičari ove teorije s aspekta doprinosa samo počiniteljima smatraju ovakve učinke evidentnim nedostacima i fatalnim slabostima izdvajanja (*evident shortcomings, fatal weaknesses*), (Roberts, Zuckerman, 2010:182, 185).

Ako je povrijeđeno isto pravo neke druge osobe koja nije okrivljena, ona ne može koristiti ovo pravno sredstvo (Jackson, Summers, 2012:155). Jedan od najpoznatijih američkih pravnika, profesor *Amar* s Yalea, prigovara izdvajanju materijalnih dokaza da izravno koristi samo počiniteljima s obzirom na to da nije moguće izdvajati nezakonite dokaze u odnosu na nedužne osobe kojima su na jednak način povrijeđena prava (Amar, 1996:704). Postavlja primjer nezakonite pretrage stana kojom u kući osobe A nije pronađeno ništa, a kod osobe B je pronađena krvava košulja, temeljem čega je osuđena na 20 godina zatvora. Kada bi u odnosu na nezakonito postupanje istražitelja pokrenuli postupak zbog povrede prava, i jedna i druga osoba dobile bi jednake iznose odštete, a ne bi osoba B zato što je počinitelj dobila veći iznos odštete (Amar, 1994:796).

Učinak bi bio vidljiv u situaciji u kojoj bi istražitelji zlonamjerno pretražili stan osobe A i pritom slučajno pronašli dokaze teškog kaznenog djela kojeg je počinila osoba B. Pritom osoba A kojoj su prava povrijeđena nema nikakve koristi od izdvajanja dokaza jer je nedužna, a koristi ima osoba B koja je počinitelj ali čija prava uopće nisu bila povrijeđena pretragom. *Steiker* ističe da pravilo koristi krivcima i nema nikakav izravni učinak prema nedužnim osobama kojima je počinjena potpuno ista povreda prava.⁴

1.3.4. Zanemarivanje počiniteljeva kaznenog djela

Značajan dio kritika teorije zaštite prava temelji se na primjedbi da ova teorija zanemaruje činjenicu da je, ustvari, počinitelj narušio određena prava, i to ne samo neke procesne formalnosti, nego je počinio kazneno djelo. Teorija zaštite prava je usmjerena na okrivljenika, te je nejasan njen odnos prema pravima drugih uključenih subjekata. Teško je objasniti zbog kojeg razloga bi se trebala zanemariti povreda koju je počinitelj počinio prema drugima. *Duff* smatra da teorija zaštite prava pruža slabo opravdanje (*weak*

⁴"It awards windfalls to guilty criminal defendants while offering nothing at all to the innocent whose rights are equally violated." (Steiker, 1994:848).

reason) kada postoje jaki epistemički razlozi za utvrđivanje počinitelja, i da teze teorije svakako može nadvladati potreba progona počinitelja zbog njegova kaznenog djela kao i procesuiranje odnosno povrede pravila koju je počinio istražitelj (Duff, 2007:229). Rogall smatra neprihvatljivim da bi se nepravo koje je ostvario počinitelj moglo ispraviti nepravom koje je ostvareno tijekom istraživanja tog kaznenog djela. Između tih dviju pojava ne postoji nikakva unutarnja sveza i nisu uopće usporedive (Rogall, 1979:16). Vlast ne bi trebala na već ostvareno nepravo pridavati novu štetu jer se niti jedna povreda pravnog dobra ne može ovako ispraviti. Puštanje teškog počinitelja može sadržavati etičke dvojbe s obzirom na to da se funkcija postupka ne odražava samo na okrivljenika i on nije jedini subjekt kojeg je potrebno promatrati (npr. etička dvojba o silovatelju djevojčice koji je otkriven propustom istražitelja).⁵

Roberts/Zuckerman smatraju da su događaji već ostvareni i informacijski *status quo ante* ne može više nikad u realnosti biti uspostavljen jer je epistemična nedužnost okrivljenika pobijena i kazneni postupak se ne može pretvarati kao da dokazi njegova djela nisu postojali (Roberts, Zuckerman, 2010:183, 185). Težina počiniteljeva kaznenog djela se uopće ne uvažava apsolutnim (automatskim) izdvajanjem nezakonitih dokaza tako da primjerice manja povreda zbog poteškoća u stručnom tumačenju može dovoditi do izdvajanja dokaza za neko od najtežih kaznenih djela. Za usporedbu težine povrede i težine kaznenog djela, *Spencer* navodi primjer nezakonite pretrage koju smatra lošom pojavom, ali kaznena djela poput silovanja, mučenja, ubojstva ili oružanog razbojništva smatra očigledno gorima te zaključuje da bi bilo iznenađujuće izdvajati dokaze.⁶ *Kamisar* slično smatra da je svakako teže ako bi mu bilo provaljeno u ured, nego ako bi mu istražitelji obavili nezakonitu pretragu.⁷ *Tapper* smatra strašnom stvari ako bi nezakonitom pretragom bilo pronađeno mrtvo tijelo i zbog toga počinitelj oslobođen (Tapper 1999:509). Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država je u usporedbi procesne povrede i počiniteljevog kaznenog djela utvrdio da se radi o nerazmjeru koji je protivan pravdi.⁸ Stajalište o manjem značaju povreda u odnosu na teže kazneno djelo ne znači sličnost sa srednjovjekovnim *delicta atrocissima* jer za najteža kaznena djela zakon i inače propisuje najopsežnija ograničenja prava (Rogall, 1979:34).

Teorija zaštite prava gleda unatrag u svojim opravdanjima (Roberts, Zuckerman, 2010:181). To može biti poteškoća jer su pojedine okolnosti već otkrivene i pojedini događaji su se dogodili te ih se teško može na ovaj način adekvatno riješiti. *Zuckerman* drži da je teorija o zaštiti prava isprazna jer prije svega zanemaruje činjenicu da se povreda dogodila i da ju se ne može poništiti (Zuckerman, 1989:347).

⁵ Novozelandski slučaj *R v Shaheed* [2002] 2 NZLR 377 u kojem je ta država odbacila apsolutno izdvajanje dokaza.

⁶ "If illegal house-searches and body-searches are bad, offences such as rape, torture, murder, and armed robbery are obviously worse." (Spencer, 2004:603).

⁷ "I would say it is worse to have my wife mugged, my children sold drugs, or my office burglarized than to have my house searched without a warrant or probable cause, no matter how gross the violation." (Kamisar, 1987:29).

⁸ "The disparity in particular cases between the error committed by the police officer and the windfall afforded a guilty defendant by application of the rule is contrary to the idea of proportionality that is essential to the concept of justice." *Stone v. Powell* 428 U.S. 465 (1976).

1.3.5. Počiniteljeva korist od postupovne povrede

Amar napada postavku da vlast ne bi trebala imati koristi od pogrešaka, s obrazloženjem da niti ubojice niti silovatelji također ne bi trebali imati koristi od pogrešaka tijela vlasti. Kada se za dokazivanje koristi nož kojim je počinjeno ubojstvo, tada nema koristi samo vlast nego društvo općenito (*Amar*, 1994:793). Točno je da se zakonodavstvom nastoji zaštititi građane od zlorabe vlasti, ali se ujedno nastoji zaštititi građane i od počinitelja. Zato ovoj teoriji može biti teško objasniti razloge zbog kojih se međuodnos počinitelja i vlasti u prikupljanju dokaza rješava na štetu građana. Oni bi trebali biti zaštićeni od oba subjekta koji su počinili nezakonitosti. Inkohherentnost je osobito vidljiva kada u kaznenom postupku žrtva može preuzeti položaj tužitelja od tijela vlasti. Tada bi bilo nejasno zašto bi trebalo onemogućiti njena nastojanja ako je neko tijelo vlasti povrijedilo propise u prikupljanju dokaza, a žrtva na to nije imala nikakvog utjecaja (*Pizzi*, 2011).

Često se ističe da zakonske odredbe omogućuju zaštitu neovisno o krivnji ili nedužnosti jer tijekom istraživanja nije poznato je li osoba počinitelj (*Colb*, 1996:1525), odnosno da su odredbe uređene za zaštitu nedužnih osoba. Opravdanje da se nezakoniti dokazi izdvajaju radi zaštite prava nedužnih, doprinosi nepovoljnom vrednovanju jer nedužne osobe kojima je povrijeđeno isto pravo ili koje neko svoje drugo pravo nastoje osigurati djelovanjem pravne države, ne nailaze na sličnu učinkovitost. Pokušaj obrazlaganja da zaštitu njihovih prava nastoje ostvariti puštanjem počinitelja djeluje neobično jer je i počinitelj narušio prava građana. Posljedice nezakonitosti dokaza ostvaruju učinke koji se javnosti ne doimaju razumni i pravični što potkopava javnu sigurnost i povjerenje u sustav kaznenog pravosuđa (*Totten, Kossoris, Ebbesen*, 1999:909).

Dio prigovora je da teorija zaštite prava potpuno zanemaruje širi društveni kontekst u osuđivanju počinitelja i podizanju sigurnosti društva. *Dennis* ističe da izdvajanje ne može biti opravdano ovim pristupom iako ima nedvojbeno privlačan prizvuk jer ipak društvena šteta može biti previsoka (*Dennis*, 2002:87). Očuvanje sigurnosti društva je ponekad značajnije od ustrajavanja na ovakvim sredstvima (*Spencer*, 2007:185). Nacionalni institut za pravosuđe Sjedinjenih Američkih Država je u empirijskom istraživanju utvrdio da je od okrivljenika, protiv kojih nije mogla biti donesena presuda zbog izdvajanja nezakonitih dokaza, njih dvije trećine bilo iznova uhićeno za slična kaznena djela u razdoblju naredne tri godine. Polovica onih koji su izbjegli presudu zbog izdvajanja nezakonitih dokaza je uhićena za naredno kazneno djelo u razdoblju kraćem od dvije godine.⁹

Američki višestruki ubojica *Eyler*, u čijem su slučaju iz 1983. godine izdvojeni dokazi jer je sud zaključio da je policija provela nezakonitu pretragu torbe u vozilu (pronađena užad i snimke, krvavi nož i čizme s tragovima žrtve), godinu dana nakon prekida postupka je sjekirom ubio 15-godišnjaka. Tijekom čekanja smrtne kazne za to djelo napravio je popis na kojem je bila ukupno 21 žrtva. Na temelju ovog slučaja javile su se kritike da je apsolutno pravilo o izdvajanju materijalnih dokaza apstraktno i da ne uzima u obzir specifičnosti slučaja (*Robinson, Cahill*, 2005:151).

⁹ National Institute of Justice, *The Effects of the Exclusionary Rule: A Study in California*, 2, 1982., (prema: *Perrin*, 1998:704).

Teorija zaštite prava temelji se na tezi da okrivljenik mora biti u položaju kao da se povreda nije ni dogodila, ali je pritom poteškoća što ne dovodi i do stanja kao da kaznenog djela nije ni bilo. Zanemarivanje dokaza je teško objasniti u odnosu na žrtvu jer se izdvajanjem ne može okrivljenikovu žrtvu vratiti u situaciju kao da ne postoji počinitelj koji ju je oštetio. *Amar* smatra da dokazi poput ukradene robe, ilegalnih droga ili oružja ne bi trebali predstavljati sredstvo preko kojeg se štite okrivljenikova prava (*Amar*, 1997:463).

1.3.6. Neuvažavanje obilježja postupovne povrede prava

Teorija zaštite prava je napadana i zbog neuvažavanja načina nastanka povrede. Ukoliko se ne radi o namjernom narušavanju prava građana nego o stručnom problemu zbog kojih istražitelji imaju poteškoća u tumačenju propisa, a smatraju da postupaju razborito, pitanje je moraju li se stručni problemi rješavati izdvajanjem dokaza. Teorija zaštite prava ima poteškoća pojasniti zašto zanemaruje činjenicu je li službenik postupao u dobroj vjeri nego samo promatra stanje počinitelja (*Choo*, 2012:185). Teorija zanemaruje i mogućnost korumpiranog postupanja istražitelja kojem je cilj da dokazi budu neuporabljivi. Ako dokazi potom budu izdvojeni s opravdanjem zaštite prava počinitelja, zanemaruje se da je počinitelj pristao na povredu. Zato se čini da bi trebalo razmatrati namjeru istražitelja u nastanku povrede kao i druge okolnosti slučaja.

O tumačenju sadržaja nekih radnji kojima se prikupljaju materijalni dokazi postoje raznovrsna mišljenja u hrvatskoj znanosti. *Krapac* primjerice piše da pregled u izvidima prema ZKP-u obuhvaća "otvaranje i pretraživanje unutarnjih dijelova vozila i prtljage" (*Krapac*, 2010:296). Ako se istražitelj pridržava takvog mišljenja, a stajalište sudske prakse bude drugačije, radi se o stručnom problemu, a ne o zlonamjernom kršenju tuđih prava. Nije potrebno za sve oblike povreda nametati jednaku posljedicu (*Rogall*, 1999:144). Primjer spornih tumačenja je i pravilo o dva svjedoka. Do 2002. godine su brojni dokazi izdvajani zbog razdvajanja svjedoka na pretrazi iako u stručnoj javnosti uopće nije bilo rašireno tumačenje da je svjedoke potrebno držati zajedno. Kasnije je Vrhovni sud naglasio da se tumačenje o nerazdvajanju svjedoka zapravo i nije trebalo primjenjivati sve do donošenja izričite zakonske odredbe o *istodobnoj nazočnosti svjedoka* 2002. godine (*Karas*, 2009:391).

Postoje i slučajevi u kojima su istražitelji postupali oslanjajući se na valjani sudbeni nalog za pretragu mobitela, a ipak je viši sud utvrdio da predmetni nalog nije bio zadovoljavajući jer se trebalo raditi o nalogu za posebne dokazne radnje. Viši sud pritom izdvaja dokaz bez sagledavanja je li ustvari mogao biti dobiven takav nalog da je ranije bilo poznato ovakvo tumačenje. Nekoliko godina kasnije je tumačenje promijenjeno bez ikakvog posebnog obrazloženja (*Karas*, 2006). Sličnih primjera ima i kod drugih radnji.

1.3.7. Drugi prigovori tezama teorije zaštite prava

Prigovori teoriji zaštite prava su usmjereni na njeno poistovjećivanje ranijih povreda u predistražnom postupku s postupanjem u kaznenom postupku. Kao osnova za prigovore koristi se teza o različitim tijelima vlasti i različitim dijelovima postupka, tzv. teza odvojenosti (*separation thesis*). Prema tezi separacije, ranije postupanje drugih tijela vlasti je različito od postupanja sudbenih tijela koje donose presudu. Presuda izražava odnos prema počinitelju i nije mjerodavna za ranija postupanja drugih tijela. *Ashworth* se

odavno dotaknuo problema kojeg ova teorija ima s tezom separacije prema kojoj povrede u predistražnom postupku ne dovode same po sebi do povrede kaznenog postupka, osobito ako postoje druga pravna sredstva prema povredi (Ashworth, 2003:120, 121). Nepravilno je generaliziranje jer se povreda jednog službenika shvaća kao da je to izraz cijelog sustava pravosuđa i svih građana.

Daljnji prigovor je u području uzročnosti jer teorija zaštite prava podrazumijeva da okrivljenik ne bi bio u nepovoljnijem položaju da su mu prava poštovana, odnosno smatra da u slučaju postupanja sukladnog sa zakonskim odredbama isti dokaz ne bi bio pronađen. Tome nasuprot, kritičari smatraju da je nemoguće raspravljati bi li neki dokaz bio pronađen osobito kod povreda koje nisu vezane uz ovlasti pronalaska dokaza nego se odnose na neke sporedne formalnosti tijekom zakonite radnje. Primjerice, kod nekih povreda je službenik temeljem postojećih činjenica mogao dobiti nalog za pretragu da ga je tražio, ali nije znao da će sud ocijeniti njegovu radnju kao pretragu. Teško je generalno zaključiti da dokazi ne bi bili otkriveni nekim drugim radnjama (Amar, 1997:426).

Teoriji zaštite prava je vrlo teško objasniti zašto se za konkretnu povredu ne koriste uobičajena pravna sredstva nego se prema očiglednim počiniteljima koristi izdvajanje dokaza, što bi možda značilo da postoji neko dodatno pravo različito od povrede konkretnog prava. Prema takvim gledištima teorija zaštite prava možda podrazumijeva da u kaznenom postupku postoji neko zasebno pravo i da je zbog njega potrebno nedopustiti dokaze. Neki su kritički nagađali da se ovdje eventualno može raditi o svojevrsnom pravu na prikrivanje dokaza (Posner, 1981:53), ili pravu na zakonite dokaze (Schrock, Welsh, 1974), ali takva gledišta nisu prihvaćena jer je nejasno zašto bi samo određenoj skupini, kao što su počinitelji, trebalo davati dodatna prava povrh onih koja može za istu povredu koristiti i ona osoba kod koje nisu pronađeni dokazi (Jackson, Summers, 2012:155). Niti jedno opravdanje koje koriste pobornici izdvajanja nezakonitih dokaza ne ukazuje na neko posebno pravo svojstveno okrivljeniku (Amar, 1994:796). Ormerod tvrdi da nije logično da povreda jednog prava kao što je privatnost dovodi do povrede nekog drugog prava u postupku. Njegova kritika je da se teorijom zaštite prava pokušava objedinjavati različita prava iako se primjerice prema povredi privatnosti može odgovarajuće reagirati (Ormerod, 2003).

Mogućnosti onemogućavanja kaznenog postupka zbog pojedinih povreda postupnog prava su inače rijetke jer za propuste postoje raznovrsni pravni lijekovi. Kada sud povrijedi neko zakonsko pravilo, to ne znači da će postupak biti nužno prekinut zato što se gubi moralno pravo prema počinitelju zbog njegove nezakonitosti, već postoje različite procesne mogućnosti ponavljanja ili ispravljanja pogrešaka. Nedopustivost prikupljenog dokaza bi u svakom smislu trebala biti krajnja mjera koju koristi sustav kaznenog procesnog prava a ne redovno sredstvo (Rogall, 1999:124).

1.3.8. Odnos teorije zaštite prava prema načinu i opsegu izdvajanja

Prigovori teoriji zaštite prava su i da neki oblici nepravilnosti radi kojih se izdvajaju dokazi ne predstavljaju kršenje temeljnih prava (Jackson, Summers, 2012:155). Kod pojedinih radnji prikupljanja dokaza u hrvatskom sustavu se nezakonitosti odnose na manje propuste kojima se ne narušavaju temeljna prava. Ako postoji valjani sudbeni nalog za pretragu, onda se ne narušava temeljno pravo privatnosti u domu zbog činjenice da su

dva svjedoka razdvojena jer je sud utvrdio da je zahvat u privatnost osnovan, a pravilo o dva svjedoka je formalne naravi. *Damaška* smatra da se zamisao automatskog odbacivanja dokaza ne slaže s uobičajenom percepcijom pravde, osobito kada se radi o teškim kaznenim djelima. Čak i ako neka pravila o izdvajanju privlače simpatije, njihovo širenje na brojne formalnosti može dovesti do shvaćanja da se radi o nevažnim suptilnostima bez utemeljenja, donesenim u jednosmjernom umu fokusiranom na izolirani aspekt kaznenog postupka.¹⁰

Teorija zaštite prava upravo ne prihvaća apsolutno izdvajanje kao zadovoljavajuće rješenje. Iako se većina stranih teoretičara ne opredjeljuje za ovu teoriju, čak se niti *Ashworth*, koji je zastupnik ove teorije, ne zalaže za apsolutno izdvajanje materijalnih dokaza već smatra da je potrebno razmatrati sve okolnosti događaja kroz diskrecijsku ovlast suda (Ashworth, 2003:112). Vaganje izbjegava predeterminirane pravne formule jer su nesposobne urediti odnos prema varijabilnostima, tako da apsolutna pravila nije moguće zadovoljavajuće postaviti *ex ante* (Giannouloupoulos, 2007:185). Kod vaganja okolnosti *post hoc* dolazi do racionalizacije događaja.

Ostvarivanje ciljeva se ne može postići nefleksibilnim jednostavnim svenamjenskim pravilom, već delikatnim vaganjem interesa (Ambos, 2009:367). *Dennis* ističe da automatsko izdvajanje dokaza ne može biti opravdano ovakvom teorijom (Dennis, 2002:87). Smatra da bi sudac u pojedinom slučaju trebao procjenjivati je li prema uključenim okolnostima počinitelj u nepovoljnijem položaju zbog povrede (Ashworth, 2003:120). Neki predlažu primjenu razmjernosti koja bi obuhvaćala propitivanje više uključenih okolnosti, poput jačine povrede, namjere istražitelja, dokaznog značaja, učinka na integritet i utvrđivanje istine, težine kaznenog djela, učinka na javnu sigurnost i jasnoću prava (Totten, Kossoris, Ebbesen, 1999:914).

1.4. Teorija prevencije nezakonitosti

1.4.1. *Općenito*

Teorija prevencije nezakonitosti se temelji na tezi da se izdvajanjem dokaza preveniraju nepravilnosti tijekom prikupljanja dokaza (Jackson, Summers, 2012:154). Preventivno djelovanje se temelji na očekivanju da će istražitelji kod postupanja prema osobama više uzimati u obzir zakonske odredbe jer bi u protivnom dokazi koje pronađu bili beskorisni za kazneni postupak. Osnovni prigovor teoriji prevencije nezakonitosti temelji se na nedostatku izravnog djelovanja. *Steiker* naglašava nevjerodostojnost preventivnog djelovanja na zlouporabe jer pravilo izdvajanja ne kažnjava povredu niti djeluje na čimbenike nastanka povrede, već uklanja dokaz kao posljedicu povrede (Steiker, 1994:852). *Duff* prigovara da se zasigurno na drugi način može jamčiti rigidna disciplina istražitelja (Duff, 2004:164).

Osim što poništava učinke istraživanja, puštanje počinitelja nema drugih izravnih posljedica radi kojih bi neka tijela vlasti trebala usmjeravati djelovanje. Osim toga, dio namjernih povreda temeljnih prava ne dovodi do pronalaska dokaza, službenici nastoje

¹⁰ "On the contrary, the results of such a logical expansion are likely to be dismissed as misbegotten subtleties, engendered by a single-minded focus of the legal mind on isolated aspects of criminal justice." (Damaška, 2011:386).

ne biti otkriveni, pritisak na otkrivanje dokaza u stadiju istraživanja je jači nego opasnost od kasnijeg izdvajanja, a sankciju uopće neće osjetiti konkretni službenik nego društvo. Teorija prevencije polazi od pretpostavke da su povrede namjerne, odnosno da službenik prije postupanja znade radi li se o nezakonitom postupanju, što je nemoguće očekivati kada se radi o složenim pravnim problemima i istražitelji smatraju da postupaju zakonito.

Amar nema dvojbe da vlasti trebaju suzbijati zlouporabe i prevenirati povređivanje prava, ali smatra da je izdvajanje nezakonitih dokaza loš način za ostvarenje tog cilja. Ako je zamisao nametnuti vlasti neka ispašta zbog pogrešaka, propituje zašto bi najveću korist od toga trebao imati počinitelj. Teorija prevencije nezakonitosti se prema počinitelju odnosi kao da je nadomjestak javnosti ili predstavnik građanskih prava (*Amar*, 1994:796). Kada bi se radilo o sredstvu koje je jednoliko namijenjeno prevenciji, onda bi prema hipotetičkim modelima nakon slučaja jedne povrede prema osobi kod koje nisu pronađeni dokazi, trebalo izdvojiti dokaze u nekoliko narednih zakonitih pretraga ili u nekoliko nasumično odabranih prethodnih pretraga (*Alschuler*, 2008:1752).

1.4.2. Utjecaj izdvajanja na društvo

U odnosu na teoriju prevencije nezakonitosti postavlja se i niz drugih prigovora (*Duff*, 2004:161). Prije svega, sporno je obrazloženje da se počinitelja pušta s opravdanjem da se time kroz prevenciju štiti građane od nezakonitosti istražitelja. Time se ustvari kažnjava društvo, a odgovorni subjekt ne snosi nikakve posljedice i javnost ne bi mogla biti zadovoljna s takvim opravdanjem (*Zuckerman*, 1989:349). Ovo je osobito teško objasniti ako se radi o teškom djelu i o minornom propustu istražitelja. Vlast je najprije nanijela društvu štetu povredom zakona kojih se obvezna pridržavati neovisno o tome postupa li prema nedužnoj osobi ili krivcu, a potom je zbog te povrede pušten počinitelj koji je također ostvario povredu zakona. Svaki subjekt koji je u ovom tijeku događaja ostvario povredu, mogao bi za to podnositi odgovarajuće posljedice koje su odnosnoj povredi namijenjene.

Damaška smatra da bi trebalo kazniti i počinitelja i službenika (*Damaška*, 1962:34). Građanima može nalikovati da je izdvajanje dokaza samo sebi svrha bez sagledavanja društvenih posljedica i da se korištenjem ispravnih razloga opravdava pogrešno sredstvo. Neki autori smatraju da je zanemarivanje dokaza kratkovidno jer oni ipak mijenjaju realnost, te da je potrebno atribuiranje krivnje odgovornima a ne koristiti svenamjensko isprazno izdvajanje dokaza (*Roberts*, *Zuckerman*, 2004:153). Tu se javljaju jaki razlozi da se službenika koji namjerno povrijedi pravila odgovarajuće kazni (*Ashworth*, 1977:731). *Rogall* smatra dvojbenim može li postupovna odredba izdvajanjem dokaza ostvarivati učinak materijalnog kaznenog prava prema odgovornim osobama (*Rogall*, 1999:132).

Kaznena djela su usmjerena na društvo, a ne na istražna tijela da bi nekažnjavanjem počinitelja oni imali nekih posebnih pobuda. Ovo područje neki autori upravo smatraju ključnim nedostatkom pravila o izdvajanju jer se na počinitelja neće primijeniti odgovarajuća kazna što u načelu dovodi do negiranja uloge kaznenog prava u društvu (*Pizzi*, 2011:679). Redarstvene vlasti imaju raznovrsnih službenika, te je nejasno zašto bi ih trebalo generalno kažnjavati. Ne sankcionira se nikog određenog, već izdvajanje nalikuje na strogog nastavnika koji ne kazni jednog krivca nego sve učenike. Nepovoljna je posljedica što se dio zlonamjernih službenika radi izbjegavanja nedopustivosti dokaza koristi lažima (*Perrin*, 1998:675). Američki redarstvenici ponekad lažno svjedoče da teški

počinitelji ne bi bili oslobođeni, pri čemu im neki suci pripomažu prihvaćajući njihova objašnjenja (Calabresi, 2003:111).

1.4.3. Odnos prema nastanku povrede

Donositelji apsolutnog izdvajanja su očekivali da će pravilo biti jasno i da će se vrlo jednostavno koristiti (Totten 1999:900). Tijekom razvoja se takvo mišljenje pokazalo pogrešno, tako da se savjesni i iskusni službenici susreću s opsežnim gradivom koje je teško pratiti. Nema smisla tražiti od istražitelja odgovornost kada je pravo nejasno i složeno, a uočljivo je da se pogreške u tumačenju događaju i sucima. Kazneni postupak koji bi u potpunosti bio bez manjih pogrešaka nije ostvariv (Schroeder, 2001:9). Zbog velike složenosti prava, američki komentatori smatraju da nije opravdano izdvajati dokaze kada je gradivo nekih radnji poput pretrage toliko složeno da je neke sudske odluke nemoguće predvidjeti te čak i službenici u dobroj vjeri mogu ostvariti nezakonitost (Steinberg, 2005:47-82). Preventivni učinak se eventualno može očekivati kod nekih jednostavnijih pravila poput jasnog postupka tijekom očekivane pretrage, ali neka područja poput trenutne odluke o osnovanosti su vrlo složena s pravne strane i pobude istražitelja nisu ključne koliko kratkoća odlučivanja (Alschuler, 2008:1756).

Nezakonitost može nastajati pod utjecajem brojnih okolnosti koje su doprinos raznih elemenata, a njih izdvajanje dokaza ne prevenira. Postoji potreba utvrđivanja odgovornosti za propuste, i zato razlozi nastanka nezakonitosti postaju bitni (Ashworth, 1977:731). Ako bi neki uvjet koji može dovesti do nezakonitosti bio nejasno zakonski određen, a sudska primjena koristi neujednačeno tumačenje, službenicima može biti nejasno što se smatra zakonitim postupanjem jer u slučajevima kada smatraju da se pridržavaju prava, dokaz može biti označen kao nezakonit. Ovo je osobito nezgodno za preventivni učinak jer su sudbena pravila vrlo složena i odluke ponekad nepredvidljive te je već kod prikupljanja dokaza teško znati hoće li uopće sud smatrati da je taj dokaz prikupljen zakonito (Duff, 2004:163; Dennis, 2002:86).

Nesukladno bi bilo postavljati idealne zahtjeve pred pridržavanje pravila, dok se za donošenje pravila ili sudske praksu ne traži ista razina već se nedostaci prihvaćaju kao prirodni. Discipliniranje policije se mora ostvarivati izravnim stegovnim sredstvima i nije potrebno izokretati dokazna pravila. Korištenje izdvajanja dokaza ponekad može izgledati kao uporaba na pogrešnom mjestu i svođenje svih poteškoća na jedno naizgled čvrsto pravilo. Rogall ističe nemogućnost korištenja dokaznih zabrana za rješavanje svih oblika nezakonitosti (Rogall, 1979:14).

1.4.4. Podaci o neučinkovitosti u prevenciji nezakonitosti

Teorija o prevenciji nezakonitosti u prikupljanju dokaza se može i empirijski provjeriti na američkom primjeru i o tome postoje razne analize (Karas, Jukić, 2009:610). Brojna empirijska istraživanja ne idu u korist teoriji jer su potvrdila da izdvajanje nezakonitih dokaza ne može suzbijati nezakonitosti u prikupljanju dokaza.¹¹ Brojni autori navode poznate podatke da pravilo izdvajanja dokaza nema takav učinak (Jackson, Summers,

¹¹ "Our study confirms what previous studies revealed: the exclusionary rule does not effectively deter police misconduct", (Perrin, Caldwell, Chase, 1999:800).

2012:154; Alschuler, 2008). Pod utjecajem brojnih empirijskih istraživanja od kojih su gotovo sva utvrdila da izdvajanje nema utjecaja na prevenciju, i američki Savezni vrhovni sud je naglasio da se kod oblikovanja ekskluzijskog pravila ustvari postupalo bez konkretnih pokazatelja o rezultatima.¹²

Temeljem empirijskih podataka *Roberts/Zuckerman* smatraju da je pravilo izdvajanja nezakonitih dokaza začuđujuće nesposobno sredstvo (*astonishingly inept tool*) za prevenciju policijskih nezakonitosti (Roberts, Zuckerman, 2010:188). Načelo discipliniranja je odbačeno u brojnim državama. *Keane* smatra da možda izdvajanje dokaza može ohrabriti policiju da postupi s većim uvažavanjem prava, ali izdvajanje ne treba provoditi u tom cilju (Keane, 2008:62-63).

Izdvajanje dokaza ne djeluje na sve službenike koji su počinili istu povredu. Prema američkim empirijskim istraživanjima je samo oko 5% službenika saznalo kakva je bila sudska odluka o njihovom postupanju (Perrin, 1998:735). Za specijalnu prevenciju službenici nisu upoznati kakav je bio sudski ishod slučaja na kojem su obavljali radnje, a za generalnu prevenciju nema dovoljno utjecaja na pojedinačne službenike (Perrin, Caldwell, Chase, 1999:797).

Izbor mjera s ciljem poboljšanja pridržavanja zakonitosti je širok i uglavnom se predlažu neki oblici osobne odgovornosti službenika ili plaćanja odštete. *Calabresi* kao rješenje predlaže izravno kažnjavanje istražitelja (Calabresi, 2003:111). *Markman* smatra potrebnim uvesti stegovnu odgovornost te drugačije mjere koje bi se primjerenije odnosile prema naravi povrede (Markman, 1997:433). *Stewart* smatra izdvajanje preteškom mjerom za neoprezne povrede prava, a kao zamjenu predlaže mogućnost traženja odštete (Stewart, 1983:1386). *Amar* smatra korisnijim od izdvajanja krvave košulje potraživati odgovarajuću nadoknadu (Amar, 1994:798). Predlagalo se i uvođenje posebnog tijela uprave koje bi samostalno provodilo istraživanje svih redarstvenih zlouporaba neovisno o tome jesu li povredom prava pronađeni dokazi (Perrin, 1999:801). *Ashworth* je tvrdio da se prava osim izdvajanjem dokaza mogu zaštititi i drugim sredstvima poput smanjivanja kazne (Ashworth, 1977).

1.4.5. Odnos teorije prevencije prema načinu i opsegu izdvajanja

Ova teorija ne preporučuje apsolutni oblik izdvajanja, a opseg bi trebao biti prilagođen povredama koje se nastoje prevenirati. Kod nastanka ove teorije u američkom pravu je preuzet apsolutni oblik izdvajanja koji je otprije postojao za povrede nekih temeljnih prava tijekom ispitivanja okrivljenika. Time je apsolutno izdvajanje kakvo se primjenjivalo kod nekih privilegija i personalnih dokaza prebačeno i na razne materijalne dokaze koji nisu dio osobnosti. Zato *Amar* smatra da je apsolutno izdvajanje nastalo slijedom pogrešnog shvaćanja naravi pojedinih odredbi, te ga naziva ponižavajućim sredstvom (Amar, 1994:785). Izvor zabune je američki slučaj *Boyd* koji je bez utemeljenja povezo izdvajanje dokaza kao zaštitu od samookrivljavanja u radnji ispitivanja sa zaštitom prava privatnosti kod oduzimanja (Stewart, 1983:1374).

¹² *United States v. Janis* 428 U.S. 433, 459 (1976).

Apsolutno pravilo izdvajanja nezakonitih dokaza autori najčešće osporavaju zbog slijepe mehaničke primjene kojom stvara nerazmjerne posljedice (Kamisar, 1987:7). Osnovni prigovori su da automatsko pravilo u okviru teorije prevencije ne uzima u obzir pitanje postoji li odgovornost istražitelja za povredu. Neki smatraju suštinski nepravilnim da se jednostavnim sredstvom pokušavaju obuhvatiti široke mogućnosti u povredama (Totten, Kossoris, Ebbesen, 1999:913). Složena pitanja se ne mogu rješavati strogim pravilom koje ne uvažava okolnosti slučaja. Kritičari navode da je riječ o pravilu koje ide na sve ili ništa i koje jedino omogućuje korist za očigledne počinitelje (Glasser, 2003:160).

1.5. Teorija legitimnosti ili integriteta

1.5.1. *Općenito*

Jedna od teorija se temelji na tezi da kazneni postupak ima posebnu moralnu dimenziju i da se prihvaćenost odluke u javnosti odnosi na autoritet suda. Ova teorija se naziva teorijom legitimnosti ili integriteta, a neki kao istoznačnicu koriste i teoriju pravičnosti. *Dennis* smatra da bi i očigledno vjerodostojni dokazi ponekad trebali biti izdvojeni ako nose značajan rizik da će narušavati moralnost i autoritet presude (Duff, 2004:24). Moralni autoritet i ekspresivna vrijednost presude nije nužno povezana s činjeničnom točnošću (Dennis, 2002:44). Dužnost suda je primjenjivati pravo i stoga se treba odvojiti od nezakonitosti, a dio ovog načela je i da javnost vidi da sud podržava pravne vrijednosti (Choo, 2012:171).

Zuckerman prihvaća legitimnost iako prigovara kako nedostaje jasnoće takvim pojmovima (Zuckerman, 1989:350), a *Dennis* prihvaća integritet postupka koji omogućava raznim osnovama da se koherentno izraze (Dennis, 2002:45). *Duff* zaključuje da je jedina opravdana teorija ova o moralnoj legitimnosti presude, te da je to teorija koja daje najbolje objašnjenje izdvajanja materijalnih dokaza (Duff, 2004).

Od kritika na ovu teoriju, neki autori koriste već prikazane kritike na druge teorije, poput pitanja razdvajanja predistražnog postupka i tijela vlasti, ili nejasnog određivanja u kojoj mjeri povreda utječe na legitimitet postupka (Duff, Farmer, Marshall, 2007:226). *Rogall* osporava ovakve teorije navodeći da kazneni postupak nije moralni postupak nego socijalno-etički, te da nije mjerilo čudorednosti već se na protupravnosti moraju primijeniti pravne posljedice (Rogall, 1979:13).

Dok neki autori svrstavaju teoriju pravičnosti među teorije o legitimnosti ili integritetu, neki autori smatraju teoriju pravičnosti zasebnom teorijom ili pak dijelom teorije o zaštiti prava. Pojam pravičnost se može raznovrsno shvaćati, primjerice razlike u shvaćanju kod engleskih sudova ili u kontekstu ESLJP-a (Choo, Nash, 2007). *Trechsel* ističe da ESLJP odbija davati egzaktno značenje pravima pravičnosti, već ostavlja u oblaku neodređenosti (Trechsel, 2005:88). Pravičnost se ponekad shvaća kao svojstvo kojem se traži odgovarajuća ravnoteža jer se moraju uvažavati i javni interesi ili interesi žrtve, a potraga za ravnotežom ne može biti konačno definirana. Pravičnost se ne odnosi samo na okrivljenikovu stranu, već je potrebno razmotriti trokut koji uključuje okrivljenog, žrtvu i

društvo.¹³ *Archbold* naglašava potrebu podržavanja ravnoteže između pravičnosti prema tužiteljstvu i pravičnosti prema obrani.¹⁴

Stewart u odnosu na integritet pravosuđa zamjećuje da nisu jasna pravna izvorišta za takve postavke (*Stewart*, 1983:1384), a *Amar* smatra da slogani poput sudskog integriteta ili pravičnosti ne mogu objasniti nastanak izdvajanja dokaza, njegovo izvorište niti razlog primjene samo u kaznenim, a ne i građanskim postupcima (*Amar*, 1994:791). Osim toga, narušavanje integriteta pravosuđa je i u zanemarivanju očigledne istine te izbjegavanju primjene kaznenog zakona prema počinitelju (*Amar*, 1997:466). Integritet i pravičnost mogu biti povrijeđeni uklanjanjem dokaza koji će pomoći pri utemeljenju istinitog pravorijeka, jer se ta svojstva najviše potvrđuju ako sudovi ne zatvaraju oči pred istinitim dokazima.¹⁵ *Ormerod* tvrdi da se automatskim izdvajanjem dokaza upravo narušava pravičnost (*Ormerod*, 2003). Integritet pravosuđa mora uvažavati težnje za kaznenim progonom. Ako se izdvajanjem ne može ukloniti povreda iz prošlosti, pozornost se usmjerava na pitanja što se izdvajanjem ostvaruje. Ako bi prevelik značaj bio dan manjoj postupovnoj nezakonitosti, mogla bi biti ugrožena ravnoteža sustava.

1.5.2. Poimanje legitimnosti ili integriteta u društvu

Građani često ne podržavaju izdvajanje nezakonitih dokaza jer sagledavaju slučaj kao oslobađanje počinitelja. *Amar* navodi da je u očima građana izdvajanje dokaza izgubilo opravdanja jer ga se povezuje s očiglednim počiniteljima koji se izvlače na nevažne formalnosti zbog čega građani gube poštovanje prema ustavnim odredbama¹⁶, a i *Stuntz* prihvaća prigovor da kod javnosti nezakoniti dokazi mogu stvoriti pomanjkanje povjerenja u pravosuđe (*Stuntz*, 1997:447). *Markman* zaključuje da pravilo o izdvajanju ima poguban učinak zbog sitnih formalnosti i time utječe na smanjenje povjerenja u pravosuđe.¹⁷ Običnim građanima ništa ne znače viša opravdanja koja postoje u pravnoj teoriji kada čuju da je počinitelj izbjegao kažnjavanje i pitaju se da li sud koji izdvaja dokaze ujedno potvrđuje kazneno djelo počinitelja (*Kamisar*, 2002:1850).

Bradley navodi da izdvajanje dokaza javnosti nije razumljivo jer je u neskladu s utvrđivanjem istine (*Bradley*, *Hoffmann*, 1996:1287). U slučajevima kada je pravilo koje nije poštovano bilo nejasno, građani opravdano iskazuju negodovanje. *Perrin* smatra da izdvajanje dokaza pojačava neprijateljstvo i nepovjerenje prema sustavu pravosuđa koji otpušta krivca zbog formalnosti (*Perrin*, 1998:677). *Steiker* primjećuje da su prosječni građani češće žrtve kaznenih djela, a ne žrtve redarstvenih zlouporaba zbog čega izbjegavaju podržavati izdvajanje (*Steiker*, 1994:851).

¹³ "And it is in the interests of everyone that serious crime should be effectively investigated and prosecuted. There must be fairness to all sides."; Attorney General's Reference No. 3 of 1999 [2000] UKHL 63.

¹⁴ "In considering fairness, a balance has to be struck between that which is fair to the prosecution and that which is fair to the defence." (*Archbold*, 1997:1468).

¹⁵ "Thus, the courts best affirm their integrity and fairness not by closing their eyes to truthful evidence." (*Amar*, 1994:793).

¹⁶ "... grinning criminals getting off on crummy technicalities", (*Amar*, 1994:799).

¹⁷ "... devastating impact of crummy technicalities", (*Markman*, 1997:433).

Nesklonost prema izdvajanju dokaza nije primijećena samo kod građana nego i kod sudbenih vlasti koje odlučuju o dopustivosti dokaza. *Amar* tvrdi da niti američki suci ne vole izdvajanje dokaza uslijed čega nastoje drugačije tumačiti određenu radnju nastojeći utvrditi da se povreda niti nije dogodila kako bi dokazi bili dopustivi (*Amar*, 1994:799). *Kamisar* navodi da suci oklijevaju izdvojiti dokaze u značajnim slučajevima jer i na njih djeluje javni pritisak te će često na prikriveni način dopustiti dokaz (*Kamisar*, 2003:132). Neki slučajevi teških kaznenih djela kod kojih bi moglo doći do izdvajanja se daju u odlučivanje sucima koji imaju visoku stopu osuđivanja i manju vjerojatnost izdvajanja dokaza (*Perrin*, 1998:690). Zbog jednostavnosti postupka za provjeru dopustivosti dokaza, naglasak u obrani okrivljenika može biti stavljen na uporabu tog sredstva zbog čega se zanemaruju ostale značajke kaznenog postupka. Zahtjevi za izdvajanjem dokaza nisu skupi i za njihovu pripremu nije potrebno provoditi posebno istraživanje, a učinak može biti povoljan za okrivljenog (*Stuntz*, 1997:454).

1.5.3. Odnos teorije prema načinu i obliku izdvajanja

Ove teorije ne upućuju na to kakav bi trebao biti model izdvajanja nezakonitih dokaza jer se radi o nekonkretiziranim obilježjima. Nejasno je bi li značilo da sustav koji ima veće mogućnosti izdvajanja materijalnih dokaza ima nužno i veći integritet ili pravičnost postupka. Međutim i u ovoj teoriji se drži da sud mora voditi brigu o svim relevantnim čimbenicima odnosa poput vrste povrede i težine kaznenog djela, i da je upravo smisao legitimnosti postupka da omogući uvažavanje raznovrsnih okolnosti. *Mirfield* prigovara da se može raditi o pretjeranom uvažavanju interesa javnosti nasuprot vlastitim moralnim istančanostima suda (*Mirfield*, 1997:369). Čini se da je u tom smislu srednji put predlagao *Zuckerman* s tvrdnjom da ne treba koristiti niti apsolutni sustav prihvatanja niti izdvajanja, već treba promatrati pojedinačne okolnosti slučaja (*Zuckermann*, 1989:357). Brojni autori ga smatraju optimalnim rješenjem jer omogućava prihvatanje svih okolnosti (*Choo*, 2012:185).

2. OSVRT NA STANJE U HRVATSKOJ

2.1. Teorije koje opravdavaju izdvajanje

Za hrvatski sustav je otežano odrediti opravdanja za izdvajanje nezakonitih dokaza kao i razloge zbog kojih je propisano automatsko izdvajanje jer propisi ne sadrže odredbe o tome, a u znanosti su prihvaćeni mješoviti pogledi iz raznovrsnih teorija. Učestala su mišljenja da je primarna svrha izdvajanja nezakonitih dokaza "u sprječavanju postupaka tijela državne vlasti kojima se krše temeljna prava" (*Pavišić*, 2005:35), odnosno da se izdvajanjem "želi zajamčiti pridržavanje zakonskih propisa" (*Krapac*, 2003:348). To ukazuje na prihvatanje teorije prevencije nezakonitosti, ali ona je nastala zbog specifičnog decentraliziranog ustroja lokalne policije u američkom sustavu i odbijena je u drugim državama.

Osim teorije prevencije nezakonitosti, u hrvatskoj teoriji su zastupana i mišljenja da zabrana uporabe nezakonitih dokaza proizlazi iz činjenice da se na povredi ne može temeljiti pravda, odnosno da bi korištenje nezakonitih dokaza predstavljalo neetičku legitimaciju od strane pravosudnih tijela (*Krapac*, 2010b:1209, bilj. 22). To su sadržaji koji spadaju u teoriju zaštite prava. *Krapac* ističe da si država ne smije dozvoliti primjenu sile

u pribavljanju dokaza jer bi inače kazneni postupak postao farsa kroz primjenu gole moći države (Krapac, 2010a:425). Osim ovih teorija, Krapac opisuje izdvajanje dokaza i kao dio pravičnosti postupka, što ukazuje i na korištenje teorije pravičnosti (Krapac, 2010a:155).

2.2. Odnos prema načinu izdvajanja

U našoj teoriji nisu bili opisivani razlozi opredjeljivanja isključivo za apsolutno izdvajanje nezakonitih dokaza. Novi ZKP/08. je uz postojeće apsolutno izdvajanje u odnosu na zakonski izričito propisane povrede (*ex lege*) normirao i relativno izdvajanje nezakonitih dokaza ali samo za povrede koje može odrediti sud iako nisu zakonom izričito propisane da dovode do nezakonitosti (*ex iudicio*). Takvo normiranje je naišlo na kritike dijela stručne javnosti iako je i prije njega sud trebao procjenjivati razne okolnosti da bi odlučio je li potrebno izdvojiti dokaze. Osnovne primjedbe na kojima su se temeljile ustavne tužbe su bile da se radi o nesuglasnosti s pravnim poretkom i vladavinom prava, da se radi o legaliziranju nezakonitih prislušivanja i videosnimki, ili da će se dopuštati dokazi prikupljeni mučenjem.¹⁸ Takve primjedbe su neutemeljene jer se uopće ne može raditi o takvim povredama s obzirom na to da su one zakonski propisane kao nezakonite, a sudovi svoju ovlast *ex iudicio* ionako koriste zanemarivo rijetko.

Značajno je što je Ustavni sud odlučio da je relativni oblik izdvajanja u skladu s hrvatskim ustavnim poretkom. Iako se u obrazloženju koristi pristupom sličnim njemačkoj teoriji vaganja,¹⁹ to još ne znači da se dominantni utjecaj američke teorije umanjuje nakon prvog desetljeća primjene. Ali s obzirom na to da je Ustavni sud prihvatio mogućnost korištenja relativnog oblika izdvajanja za derogabilna prava, nema poteškoća za zakonsko proširenje takvog načina izdvajanja umjesto dosadašnjeg apsolutnog izdvajanja kod nekih *ex lege* povreda pribavljanja materijalnih dokaza. Naš Ustav u članku 29. stavku 4. ne određuje ni opseg povreda ni način izdvajanja već samo određuje načelan odnos prema nezakonitim dokazima. Nakon donošenja te ustavne odredbe na zakonskoj se razini nekoliko puta mijenjao opseg povreda. Od ZKP/93. do ZKP/97. nije postojalo apsolutno izdvajanje materijalnih dokaza zbog povreda u načinu njihova prikupljanja, a potom su raznim zakonskim izvorima mijenjane brojne odredbe o opsegu povreda radi kojih će dokazi biti nezakoniti, što ukazuje da promjene u ovom području nisu nesukladne s ustavnim poretkom. U nacrtu ZKP-a iz 1994. godine je već i osnovna odredba o nezakonitim dokazima bila bitno drugačija od ZKP/97. i sličnija je odredbi članka 10. stavka 3. ZKP/08.: "sud će posebno ocijeniti razmjer između javnog probitka i zaštite pojedinčevih prava, težinu kaznenog djela, težinu povrede temeljnog ljudskog prava i mogućnost njezinog otklanjanja, prirodu mjere kojom je to pravo povrijeđeno, privolu osobe čije je pravo povrijeđeno kao i druge okolnosti koje mogu utjecati na ugled kaznenog pravosuđa" (Krapac, 1994:112). Da je takav nacrt prihvaćen, hrvatski sustav uopće ne bi koristio apsolutno izdvajanje za povrede u načinu prikupljanja dokaza. Takav nacrt je bio u skladu s ranijim mišljenjima

¹⁸ USRH, U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012. godine, str. 31., § 42.

¹⁹ "S obzirom na pravnu narav tih prava zakonodavac je mogao propisati ovlast suca da u svjetlu osobitih okolnosti konkretnog slučaja 'stavi na vagu' jakost i narav njihove povrede, s jedne strane, i težinu kaznenog djela, s druge strane."; U-I-448/2009 i dr. od 19. srpnja 2012. godine, str. 34., § 44.3.

da "ne bi bilo začuđujuće kad bi i naša sudska praksa [...] našla inspiraciju za jednu teoriju razmjernosti, sličnu zapadnonjemačkoj *Abwägungslehre*" (Krapac, 1983:236).

Proširivanje relativnog izdvajanja dokaza na neke oblike povreda pri prikupljanju materijalnih dokaza moglo bi doprinosti prikladnijim učincima od dosadašnjeg pravila jer bi omogućilo uvažavanje raznih okolnosti. S aspekta težine povrede mogu se javiti različite vrste – od namjernog kršenja ili korumpiranog postupanja do postupanja na osnovi sudskog naloga koji je pred višim sudom ocijenjen kao nepravilan. S aspekta težine povrede može se raditi o manjim procesnim formalnostima koje ne predstavljaju temeljna prava niti narušavaju značajne vrijednosti. S aspekta težine kaznenog djela i interesa za progonom kao legitimnog cilja kaznenog postupka, može se raditi o najtežem kaznenom djelu. Te i brojne druge okolnosti mogu se optimalno uvažavati relativnim određivanjem potrebe izdvajanja.

2.3. Odnos prema opsegu izdvajanja

Hrvatski sustav kod propisivanje povreda *ex lege* ponekad ne radi bitnu razliku između povreda različite težine, tako da jednak status imaju i povrede temeljnih ustavnih prava i povrede manjih formalnosti. Po nekim povredama koje dovode do nezakonitosti materijalnih dokaza hrvatski je sustav jedinstven i na svjetskoj razini (Thaman, 2012). Primjerice, brojne osnove za nezakonitost pretrage poput povrede određenih rokova, neunošenja određenih okolnosti u zapisnik ili manjih propusta kod nazočnosti osoba (čl. 250. st. 1. t. 3., 5. i 7. ZKP/08.) ne odnose se na temeljna prava građana nego na formalnosti od kojih se neke mogu ispraviti ili naknadno objasniti.

Ako istražitelji zlonamjerno naprave pretragu stana bez ikakve zakonske osnove, tada su suštinski povrijedili ustavna i zakonska temeljna prava. Ali ako je sud donio nalog i utvrdio da su ispunjene pretpostavke za pretraživanje stana, tada manji propusti poput odlaska jednog svjedoka ne predstavljaju suštinsko narušavanje temeljnih prava. Nije ista težina povrede ako je cijela pretraga poduzeta neovlašteno ili se samo radi o povredi jer je jedan svjedok morao izaći iz podruma zbog reakcije dišnih putova na prašinu, pri čemu preostali svjedok koji je pratio pretragu jamči da je u postupanju sve bilo pravilno, a i materijalni dokaz je takvih fizičkih obilježja prema kojima je pouzdanost nedvojben. U definiranju zakonskog opsega povreda radi kojih se mogu izdvojiti dokazi su brojni sustavi vrlo uski i prepoznaju različite težine povreda od nepravilnog, protupropisnog, neovlaštenog, nezakonitog ili neustavnog postupanja (npr. *irregular, unlawful, illegal, unauthorised*).

3. ZAKLJUČAK

Protivnici izdvajanja dokaza se u poredbenom pravu ne svrstavaju u protuliberalna gledišta, već štoviše preporučuju izravna sredstva koja će jednoliko štititi prava građana a ne samo kroz pronađene dokaze. Preponenti teze da izdvajanje materijalnih dokaza ima ozbiljne poteškoće zbog selektivnog djelovanja smatraju da bi trebalo ostvarivati kvalitetniju zaštitu prava i prevenirati nezakonitosti u prikupljanju dokaza. Kroz kritike nastoje preporučiti drugačija rješenja u odnosu na dvije razine: čimbenike koji doprinose nastanku nezakonitosti i postupanje prema nezakonitostima koje se dogode. Ukoliko postoje poteškoće u tumačenju pojedinih zakonskih odredaba, u obrazovanju službenika koji će ih primjenjivati, u ujednačenosti sudske prakse, u prikladnosti normi za brzo tumačenje u

praksi ili u drugim čimbenicima koji dovode do pojave nenamjerne nezakonitosti, izravno djelovanje bi trebalo biti usmjereno na ta područja. S druge strane, ako se nezakonitost već dogodila i ne radi se o nederogabilnom pravu, na nju bi bilo prihvatljivije reagirati uobičajenim pravnim sredstvima koja jednoliko djeluju neovisno o tome je li kod osobe dokaz pronađen ili nije.

Izdvajanje dokaza se može osloboditi sporednih ciljeva i može biti korišteno za ciljeve kaznenog postupka kao krajnja mjera. U odnosu na druga obilježja izdvajanja dokaza poput načina izdvajanja ili dosega pravila, pokazuje se da je riječ o vrlo složenom području na kojem nije moguće jednostavno postaviti rješenja. Različite teorije bi mogle dovoditi do raznovrsnih ishoda ovisno o potrebama pojedinog sustava. Uvjerljiviji su razlozi koji ukazuju da se prikladniji učinci mogu ostvariti relativnim izdvajanjem koje bi uzimalo u obzir razne okolnosti povrede. U idealnom sustavu u kojem bi bili stvoreni odgovarajući preduvjeti mogao bi se koristiti vrlo opsežan sustav izdvajanja koji ne bi dovodio do negativnih posljedica, ali takvo stanje se mora postići nastojanjima prema problematičnim područjima. Pravilo o izdvajanju ima suprotan smjer jer najprije izdvaja dokaz i time nastoji potaknuti direktna sredstva na drugim područjima. Podaci o neučinkovitosti pravila i teorijske primjedbe svakako doprinose tome da većina europskih pravnih sustava ne koristi izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza, što nije pokušao nametnuti niti ESLJP.²⁰ Naredni dio istraživanja će zato biti usmjeren na povezanost teorija o izdvajanju s kretanjima u poredbenom pravu.

LITERATURA

1. Alschuler, A. (2008). *Studying the Exclusionary Rule – An Empirical Classic*. The University of Chicago Law Review, 75, 1365.-1383.
2. Alschuler, A. (2008b). *The Exclusionary Rule and Causation*. Iowa Law Review, 93, 1741.-1871.
3. Amar, A. (1994). *Fourth Amendment First Principles*. Harvard Law Review, 107(4), 757.-819.
4. Amar, A. (1996). *Sixth Amendment First Principles*. Georgetown Law Journal, 84, 641.-685.
5. Amar, A. (1997). *Against Exclusion (Except to Protect Truth or Prevent Privacy Violations)*. Harvard Journal of Law and Public Policy, 20(2), 457.-466.
6. Ambos, K. (2009). *The Transnational Use Of Torture Evidence*. Israel Law Review, 42, 362.-397.
7. Archbold, J. (1997). *Criminal Pleading, Evidence and Practice*. London: Sweet and Maxwell.
8. Ashworth, A. (1977). *Excluding evidence as protecting rights*. Criminal Law Review, 3, 723.-735.
9. Ashworth, A. (2003). *Exploring the integrity principle in evidence and procedure*. U: Mirfield, P., Smith, R. (urednici). *Essays for Colin Tapper*. London: Lexis Nexis, 107.-125.

²⁰ "... nije mogao ići dalje te nametati prava ekskluzijska pravila o nezakonitim dokazima državama koje takva pravila uopće ne poznaju", (Krapac, 2010b:1226).

10. Bradley, C., Hoffmann, J. (1996). *Public Perception, Justice, And The Search For Truth In Criminal Cases*. Southern California Law Review, 69, 1267.-1302.
11. Calabresi, G. (2003). *The Exclusionary Rule*. Harvard Journal of Law and Public Policy, 26, 111.-118.
12. Choo, A. (2012). *Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
13. Choo, A., Nash, S. (2007). *Improperly obtained evidence in the Commonwealth: lessons for England and Wales*. The International Journal Of Evidence and Proof, 11, 75.-105.
14. Colb, S. (1996). *Innocence, Privacy, And Targeting In Fourth Amendment Jurisprudence*. Columbia Law Review, 96, 1456.-1477.
15. Damaška, M. (1962). *Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu*. Zagreb: Narodne novine.
16. Damaška, M. (1972). *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*. University of Pennsylvania Law Review, 121, 506.-589.
17. Damaška, M. (2011). *The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals*. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 36, 365.-387.
18. Dennis, I. (2002). *The Law of Evidence*. London: Sweet and Maxwell.
19. Duff, A. i dr. (2007). *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*. Oxford: Hart Publishing.
20. Duff, A., Green, S. (urednici). (2011). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
21. Duff, P. (2004). *Admissibility of Improperly Obtained Physical Evidence in the Scottish Criminal Trial: The Search for Principle*. Edinburgh Law Review, 8, 152.-176.
22. Dworkin, R. (2003). *Terror and the Attack on Civil Liberties*. The New York Review of Books, 50(17), 1.
23. Giannouloupoulos, D. (2007). *The exclusion of improperly obtained evidence in Greece: putting constitutional rights first*. The International Journal Of Evidence and Proof, 11, 181.-212.
24. Glasser, L. (2003). *The American Exclusionary Rule Debate: Looking To England And Canada For Guidance*. George Washington International Law Review, 35, 159.
25. Jackson, J., Summers, S. (2012). *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press.
26. Jäger, C. (2003). *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*. München: Beck.
27. Kamisar, Y. (1983). *Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a Principled Basis Rather than an Empirical Proposition*. Creighton Law Review, 16, 565.-667.
28. Kamisar, Y. (1987). *Comparative Reprehensibility And The Fourth Amendment Exclusionary Rule*. Michigan Law Review, 86, 1.-50.
29. Kamisar, Y. (2002). *The Writings Of John Barker Waite And Thomas Davies On The Search And Seizure Exclusionary Rule*. Michigan Law Review, 100, 1821.
30. Kamisar, Y. (2003). *In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule*. Harvard Journal of Law and Public Policy, 26(1), 119.-143.
31. Karas, Ž. (2006). *Nezakoniti dokazi*. Zagreb: Laserplus.

32. Karas, Ž. (2009). *Sudska praksa o policijskom postupanju*. Policija i sigurnost, 18(3), 387.-392.
33. Karas, Ž., Jukić, M. (2009). *Promjene u sustavu nezakonitih dokaza s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu*. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 16(1), 605.-627.
34. Keane, A. (2008). *The Modern Law of Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
35. Keane, A., Griffiths, J., McKeown, P. (2010). *The Modern Law of Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
36. Krapac, D. (1983). *Opći prikaz primjene nekih propisa ZKP o pravnom režimu nevaljanosti dokaza i neformalnih izvora saznanja koje su prikupili OUP te nekih propisa o utvrđivanju činjeničnog stanja*. Naša zakonitost, 37(7), 229.-243.
37. Krapac, D. (1994). *Reforma kaznenog postupka i zaštita ljudskih prava*. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1(1), 81.-121.
38. Krapac, D. (2003). *Kazneno procesno pravo: Institucije*. Zagreb: Narodne novine.
39. Krapac, D. (2008). *Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskog kaznenog postupovnog prava*. Zagreb: Narodne novine.
40. Krapac, D. (2010a). *Kazneno procesno pravo: Institucije*. Zagreb: Narodne novine.
41. Krapac, D. (2010b). *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60(3), 1207.-1240.
42. Loewy, A. H. (1983). *The Fourth Amendment As A Device For Protecting The Innocent*. Michigan Law Review, 81, 1229.-1272.
43. Markman, S. (1997). *The Role Of Exclusionary Rules: Six Observations On The Exclusionary Rule*. Harvard Journal of Law and Public Policy, 20, 425.-433.
44. Ormerod, D. (2003). *ECHR and the exclusion of evidence: trial remedies for Article 8 breaches*. Criminal Law Review, 61.-81.
45. Pavišić, B. (2005). *Komentar Zakona o kaznenom postupku*. Rijeka: Žagar.
46. Pavišić, B. (2007). *Komentar Zakona o kaznenom postupku*. Rijeka: Edicija erudita.
47. Pavišić, B. (2008). *Kazneno postupovno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet.
48. Perrin, T. (1998). *If It's Broken, Fix It: Moving Beyond The Exclusionary Rule*. Iowa Law Review, 83, 971.-1061.
49. Perrin, T., Caldwell, M., Chase, C. (1999). *An Invitation to Dialogue: Exploring the Pepperdine Proposal to Move Beyond the Exclusionary Rule*. Pepperdine Law Review, 26, 789.-804.
50. Pizzi, W. (2011). *The Need To Overrule Mapp v. Ohio*. University of Colorado Law Review, 82, 679.-737.
51. Posner, R. (1981). *Rethinking the Fourth Amendment*. Supreme Court Review, 49.-80.
52. Roberts, P., Zuckerman, A. (2004). *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
53. Roberts, P., Zuckerman, A. (2010). *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
54. Robinson, P., Cahill, M. (2005). *Law without Justice*. Oxford: Oxford University Press.
55. Rogall, K. (1979). *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften. 91(1), 30.

56. Rogall, K. (1999). *Grundsatzfragen der Beweisverbote, u: Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*. Freiburg: Max-Planck-Institut.
57. Schrock, T., Welsh, R. (1974). *The Exclusionary Rule as a Constitutional Requirement*. *Minnesota Law Review*, 59, 251.-366.
58. Schroeder, F. (2001). *Strafprozeßrecht*. München: Beck.
59. Spencer, J. (2004). *Evidence*. U: Delmas-Marty, M., Spencer, J. R. (urednici). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press.
60. Spencer, M., Spencer, J. (2007). *Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
61. Steiker, C. (1994). *Second Thoughts About First Principles*. *Harvard Law Review*, 107, 820.-857.
62. Steinberg, D. (2005). *Restoring The Fourth Amendment*. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 33, 47.-82.
63. Stewart, P. (1983). *The Road To Mapp v. Ohio And Beyond: The Origins, Development And Future Of The Exclusionary Rule In Search-And-Seizure Cases*. *Columbia Law Review*, 83, 1365.-1404.
64. Stuntz, W. (1997). *The Virtues And Vices Of The Exclusionary Rule*. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 20, 443.-455.
65. Tapper, C. (1999). *Cross and Tapper on Evidence*. London: Butterworths.
66. Thaman, S. (2012). *The Exclusionary Rule*. U: Brown, K., Snyder, D. (urednici). *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Springer, 657.-704.
67. Tomašević, G. i dr. (2005). *Kazneno procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
68. Totten, G., Kossoris, P., Ebbesen, E. (1999). *The Exclusionary Rule: Fix It, But Fix It Right*. *Pepperdine Law Review*, 26, 887.-922.
69. Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press.
70. Zuckerman, A. (1989). *Principles of Criminal Evidence*. Oxford.

Summary

Željko Karas

Some Objections on the Theories on Exclusion of Unlawfully Obtained Real Evidence

The author explores criticism of theories that justify exclusion of illegally obtained real evidence. Theory of rights is often criticised because the exclusion of illegal evidence does not provide uniform protection and it can not be used by persons whose rights were violated but no evidence was found. Critics have focused on the fact that the illegality of one can not be reversed and that exclusionary rule doesn't sanction either perpetrator nor officer. Deterrence theory is most sensitive to the empirical researches that pointed on inefficiencies, and also remarks prevention is putting offenders back in society.

Theories do not recommended wide scope of procedural norms to be involved in exclusion. Automatic exclusion of illegal evidence is not more appropriate than discretionary exclusion. Recent changes in Croatian regulation have adequate support, regardless of some superficial criticism.

Key words: illegal evidence, physical evidence, protection of rights, the prevention of illegal.