

IZDVAJANJE NEZAKONITIH MATERIJALNIH DOKAZA U POREDBENOM KAZNENOM POSTUPOVNOM PRAVU

Pregledni znanstveni rad

*UDK 343.14:343.98
340.5:343.14*

Primljeno: 27. veljače 2013.

Dr. sc. Željko Karas *

Mr. sc. Davor Štrk **

Autori u radu analiziraju stajališta poredbenog prava o izdvajanju nezakonitih dokaza prikupljenih radnjama koje se odnose na predmete koji mogu služiti za dokazivanje (pretraga, oduzimanje i dr.). Istraživanje potvrđuje da većina europskih kaznenih postupaka ne primjenjuje apsolutni način izdvajanja, a rijetke države koje se njime koriste ne uključuju širok opseg povreda, imaju brojne iznimke i ne izdvajaju zakonite dokaze otkrivene iz nezakonitih. Većina država koristi se modelom relativnog izdvajanja, a takav pristup zastupaju i Europski sud za ljudska prava te međunarodni kazneni sudovi.

Američki pristup nije prihvaćen u anglosaskim državama pa se engleski, kanadski ni australski model ne koriste apsolutnim izdvajanjem nezakonitih materijalnih dokaza. Američki je model nakon uvođenja odbačen u novozelandskom i belgijskom sustavu. U tranzicijskim državama nisu uočljivi jedinstveni trendovi. Prihvaćanje američkih utjecaja vidljivo je u nekim odredbama hrvatskog sustava i u nekim susjednim državama, iako se u samome američkom sustavu u novije vrijeme izdvajanje bitno sužava.

Ključne riječi: nezakoniti dokazi, materijalni dokazi, poredbeno pravo

1. UVOD

Uspoređivanje s pravnim sustavima drugih država prirodno je okružje za promatranje hrvatskog uređenja s obzirom na to da izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza nije poteklo iz domaće teorije niti prakse, nego je izrađeno po uzoru na pojedina rješenja iz poredbenog prava. Dok je odnos prema nezakonitostima u radnjama kojima se prikupljaju personalni dokazi uglavnom ujednačen zbog posebnosti temeljenih prava i normiranja zabrana u međunarodnim konvencijama, drugačiji je odnos prema povredama prava poput privatnosti u radnjama kojima se prikupljaju predmeti koji mogu služiti za dokazivanje (u širem smislu tzv. materijalni, stvarni ili realni dokazi).

* dr. sc. Željko Karas, profesor na Visokoj policijskoj školi u Zagrebu

** mr. sc. Davor Štrk, pomoćnik načelnika na Visokoj policijskoj školi u Zagrebu

Prema nekim starijim analizama poredbenog prava, većina država ne koristi se apsolutnim (automatskim, mandatornim, mehaničkim) načinom izdvajanja, nego relativnim (razmjernim, diskrecijskim) pristupom, a opsegom izdvajanja ne obuhvaćaju materijalne dokaze.¹

Hrvatsko je zakonodavstvo u razdoblju neznatno dužem od jednog desetljeća bilo predmetom velikih promjena u ovom području. Najprije je ZKP/97² kao potpunu novost u dotadašnjem razvoju uveo model apsolutnog izdvajanja koji široko obuhvaća radnje kojima se prikupljaju materijalni dokazi, što je dovelo do dvojbe u praktičnom postupanju. Zatim je novi ZKP/08 na takvo uređenje dodao mogućnost relativnog izdvajanja za pojedine povrede, što je dio stručne javnosti smatrao protuustavnim. Kao što promjene hrvatskog uređenja pokazuju različita gledišta na normiranje ovog područja, jednako tako pitanje izdvajanja nezakonitih dokaza privlači znatnu pozornost i u stranim sustavima. S obzirom na to da su već prikazani neki aspekti poredbenog prava,³ ovaj je rad usmjeren samo na nezakonite materijalne dokaze i obuhvaća države koje inače nisu predmet poredbenih istraživanja.

U takvu kontekstu poredbenog prava moguće je jednostavnije utvrditi razloge za nastanak pojedinih modela te okolnosti koje su usmjeravale širenje pojedinih rješenja iz poredbenog prava među manjim pravnim sustavima, što u konačnici može pridonijeti sagledavanju razvoja hrvatskog uređenja. Za sagledavanje utjecaja poredbenog prava osobito je korisno promatrati kretanja u manjim pravnim sustavima koji na međunarodnoj razini imaju sličan status kao i hrvatsko pravo. Nastanak ili preuzimanje pojedinog modela nije posljedica teorijskih opravdanja, nego ovisi o teškoćama koje se predmetnim modelom mogu rješavati.⁴ *Damaška* govori o intrinzičnim i ekstrinzičnim ekskluzijskim pravilima, od kojih su posljednja pod utjecajem vrijednosti izvan kaznenog postupka,⁵ a slično i *Dennis* opisuje neepistemične razloge za izdvajanje dokaza.⁶

¹ "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, M.*, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, 1972, str. 522.

² Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine br. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 115/06.

³ *Karas, Ž., Jukić, M.*, Promjene u sustavu nezakonitih dokaza s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 16, br. 2. 2009, str. 613.

⁴ *Duff, P.*, Admissibility of Improperly Obtained Physical Evidence in the Scottish Criminal Trial: The Search for Principle, *Edinburgh Law Review*, vol. 8, 2004. str. 156.

⁵ *Damaška, M.*, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, 1997, str. 12 i dalje.

⁶ *Dennis, I.*, The Human Rights Act and the Law of Criminal Evidence: Ten Years On, *Sydney Law Review*, vol. 33, 2011. str. 350.

2. ODNOS PREMA IZDVAJANJU NA MEĐUNARODNOJ RAZINI

2.1. STANDARDI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Konvencijsko pravo ne uređuje područje dopustivosti dokaza, nego se odnos prema nezakonitim materijalnim dokazima promatra u okviru procjene pravičnosti suđenja.⁷ Ako se u kaznenom postupku koriste materijalni dokazi prikupljeni povredom domaćih pravnih pravila ili povredom konvencijskih odredaba koje uređuju temeljna prava u okviru radnja prikupljanja materijalnih dokaza,⁸ prema načelnom stajalištu Europskog suda za ljudska prava (ESLJP), samim time ne narušava se pravičnost postupka niti je dokaze potrebno obvezno izdvajati.⁹ ESLJP uvažava sve okolnosti slučaja i promatra je li vjerodostojnost dokaza narušena načinom prikupljanja i je li vjerodostojnost bila provjerena u kaznenom postupku.¹⁰ Ako je okrivljenik imao prikladne mogućnosti propitivanja pouzdanosti materijalnog dokaza korištenjem prava obrane, povreda neće ostvariti nepravdičnost postupka.¹¹ U tom se smislu ESLJP u procjeni utjecaja pojedinih dokaza na pravičnost postupka ne koristi apsolutnim pristupom, nego promatra sve okolnosti slučaja kao dio relativnog pristupa. Države također nemaju obvezu korištenja apsolutnim izdvajanjem nezakonitih materijalnih dokaza da bi se ostvarila pravičnost postupka niti je potrebno široko odrediti opseg povreda na koje bi se izdvajanje dokaza trebalo primjenjivati.

Prva odluka koja se bavila pitanjem utjecaja nezakonito prikupljenih dokaza na suđenje jest *Schenk pr. Švicarske* o slučaju nezakonite snimke razgovora o naručivanju ubojstva.¹² U toj je odluci ESLJP istaknuo da na načelnoj i općenitoj razini ne zabranjuje mogućnost sudske uporabljivosti dokaza prikupljenih nezakonitim postupanjem. ESLJP je istovjetno stajalište dosljedno imao u svim slučajevima u kojima su zahtjevi podnošeni zbog korištenja nezakonitim dokazima, primjerice u slučaju *Khan* o nezakonitom prisluškivanju razgovora.¹³ Drugačije je stanje s povredama nederogabilnih prava, poput zabrane mučenja,¹⁴ za što je ESLJP utvrdio da narušava pravičnost (a isto je i sa slučajevima poticanja od strane agenta provokatora).¹⁵ Razlika proizlazi iz drugačijeg statusa, odnosno iz mogućnosti konvencijskog ograničavanja prava privatnosti zbog

⁷ *Clements, L. i dr.*, European Human Rights: Taking a Case Under the Convention, Sweet and Maxwell, London, 1999, str. 166; *Karas, Ž.*, Odnos Europskog suda za ljudska prava prema nezakonitim policijskim dokazima, Pravni vjesnik, br. 3-4/2006, str. 113-125.

⁸ *Stone, R.*, Civil Liberties and Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 175.

⁹ "The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible", *Schenk pr. Švicarske*, br. 10862/84, 12. srpnja 1988.

¹⁰ *Jackson, J. D., Summers, S. J.*, The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, str. 149, 181 i dalje.

¹¹ *Keane, A., McKeown, P.*, The Modern Law of Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 75.

¹² *Schenk pr. Švicarske*, br. 10862/84, 12. srpnja 1988.

¹³ *Khan pr. Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 35394/97, 12. svibnja 2000.

¹⁴ *Göçmen pr. Turske*, br. 72000/01, 17. listopada 2006.

¹⁵ *Teixeira De Castro pr. Portugala*, br. 25829/94, 9. lipnja 1998.

opravdanih razloga, dok sličnog ograničavanja zabrane mučenja nema. Povreda zabrane mučenja, neljudskog i ponižavajućeg postupanja iz čl. 3. EKLJP-a povlači ozbiljna pitanja o pravičnosti postupka, neovisno o tom je li riječ o personalnim ili materijalnim dokazima.¹⁶

Neovisno o tome što su ovdje predmet promatranja radnje kojima se prikupljaju materijalni dokazi, povreda nederogabilnog prava kao što je zabrana mučenja tijekom ispitivanja također može utjecati na pravičnost prikupljenih materijalnih dokaza. Iako se većina takvih slučajeva pred ESLJP-om odnosi na pribavljanje iskaza, primjerice *Harutyunyan*¹⁷ ili *Levința*,¹⁸ postoje i slučajevi u kojima je bila riječ o pribavljanju materijalnih dokaza. U predmetu *Jalloh pr. Njemačke* istražitelji su nasilno dali osumnjičeniku sredstvo za povraćanje da bi došli do progutanog paketića droge.¹⁹ Prema odluci ESLJP-a, koji je promatrao sve okolnosti postupanja, u ovom slučaju javni interes za kaznenim progonom nije bio prevladavajući jer je osumnjičenik bio ulični preprodavač s malim količinama droge, iako načelno nije zabranjeno nasilno izuzimanje pojedinih uzoraka od osumnjičenika.²⁰ U slučaju *Gäfgen pr. Njemačke* ESLJP je utvrdio da materijalni dokazi prikupljeni zlostavljanjem i povredom čl. 3. EKLJP-a o zaštiti od mučenja, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ne bi trebali biti osnova za presudu.²¹ U tom je predmetu dio sudaca u izdvojenom mišljenju smatrao da ESLJP pravi nepotrebnu razliku između iskaza i materijalnih dokaza prikupljenih povredom čl. 3. jer je riječ o apsolutnom pravu.²² Primjena neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ne znači izravno narušavanje pravičnosti, nego se razmatraju sve okolnosti slučaja.

U praksi ESLJP-a znatan utjecaj ima vjerodostojnost nezakonitih dokaza. U predmetu *Lisica pr. Hrvatske*²³ podnesen je zahtjev s tvrdnjom da su policijski službenici u razdoblju između dviju pretraga ušli u sporno vozilo i time narušili vjerodostojnost poslije pronađenog dokaza. Sporni ulazak u vozilo bio je proveden kao izvidna radnja kriminalističko-tehničkog pregleda s ciljem izuzimanja vlakana sa sjedala. ESLJP je zaključio da su službenici bili u vozilu bez znanja okrivljenika ili njegova branitelja, iako nije bilo posebnog razloga da ne budu obaviješteni o provođenju te radnje, i zato je dokaz pronađen kasnijom pretragom smatrao upitno vjerodostojnim. ESLJP je poglavito

¹⁶ U Konvenciji Ujedinjenih naroda protiv mučenja i drugih oblika neljudskog i ponižavajućeg postupanja u čl. 15. propisana je zabrana korištenja iskazima pribavljenima iznuđivanjem.

¹⁷ *Harutyunyan pr. Armenije*, 36549/03, 28. lipnja 2007., § 63.; *Ambos, K.*, *The Transnational Use of Torture Evidence*, *Israel Law Review*, vol. 42, 2009, str. 362-397.

¹⁸ *Levința pr. Moldavije*, br. 17332/03, 16. prosinca 2008., § 100.

¹⁹ *Jalloh pr. Njemačke*, br. 54810/00, 11. srpnja 2006., § 107.

²⁰ *White, R. i dr.*, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 287.

²¹ *Gäfgen pr. Njemačke*, br. 22978/05, 1. lipnja 2010., § 99.; *Dennis, I.* (2011), str. 350.

²² *Mowbray, A.*, *Cases Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 423.

²³ „circumstances in which it was obtained cannot eliminate all doubt as to its reliability and affected the quality of the evidence“, *Lisica pr. Hrvatske*, br. 20100/06, 25. veljače 2010., § 60.

promatrao utjecaj prava obrane na vjerodostojnost dokaza, a ne pitanje je li ulazak u vozilo bio zakonit niti je li u konačnici obavještanje osumnjičenika uvjet zakonitosti takvih radnja prema hrvatskom pravu.

Odnos ESLJP-a prema materijalnim dokazima blizak je najvažnijim europskim pravnim sustavima. Praksa ESLJP-a, prema kojoj se ne traži izdvajanje vjerodostojnih nezakonitih dokaza, poslužila je kao uzor kritičarima američkog pravila, a ujedno i kao opravdanje Belgiji i Novom Zelandu za odbacivanje apsolutnog izdvajanja dokaza, odnosno Španjolskoj za ograničavanje teorije o plodovima otrovne voćke. *Trechsel* smatra da ESLJP najčešće dolazi do zaključka da nema povrede pravičnosti pri nezakonitom prikupljanju materijalnih dokaza zbog svoje ograničene nadležnosti i holističkog pristupa.²⁴

2.2. NEKI DRUGI MEĐUNARODNI IZVORI

Rimski statut Međunarodnog kaznenog suda (MKS) u čl. 69. st. 7. propisuje mogućnost izdvajanja dokaza u slučaju povrede odredaba Statuta ili međunarodno prepoznatih temeljnih prava. Tijekom izrade nacrt Statuta neke su države tražile široko izdvajanje dokaza, ali su pisci nastojali suziti pravilo, a kao način izdvajanja preporučili su diskrecijski pristup, koji omogućuje prikladnu ravnotežu prema okolnostima pojedinog slučaja.²⁵ *Damaška* ističe da se zamisao automatskog odbacivanja dokaza ne slaže s uobičajenom percepcijom pravde, osobito kada je riječ o teškim kaznenim djelima. Čak ako pojedina pravila o izdvajanju privlače simpatije, njihovo širenje na sitne povrede može dovesti do primjedaba da je riječ o nepromišljenim sitnicama koje proizlaze iz usmjerenosti na izolirani aspekt kaznenog postupka.²⁶ *Bassiouni* smatra da dokazi prikupljeni mučenjem ne bi trebali biti dopustivi jer je to proceduralni korelat konvencijske zabrane,²⁷ dok ocjena o dopustivosti drugih dokaza treba predstavljati vaganje, a ne apsolutni pristup.²⁸

Pitanje nezakonitih dokaza pojavilo se već u prvom predmetu *Lubanga*, u kojem je optuženi tražio izdvajanje materijalnih dokaza s tvrdnjom da je pretraga stana u njegovoj državi bila protuustavna. MKS je utvrdio da su bila povrijeđena temeljna prava privatnosti, ali se za konačnu odluku mora tražiti odgovarajuća ravnoteža jer se dokazi

²⁴ *Trechsel, S.*, Human Rights in Criminal Procedure, Oxford University Press, Oxford, 2005, str. 88.

²⁵ The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Kluwer Law international, Hague, 1999, str. 246.

²⁶ "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, M.*, The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, vol. 36, 2011, str. 386.

²⁷ *Bassiouni, C.*, A Draft International Criminal Code and Draft Statute for An International Criminal Tribunal, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, str. 153, 255.

²⁸ *Bassiouni, C. (ur.)*, International Criminal Law: International Enforcement, Koninklijke Brill, Leiden, 2008, str. 597.

ne izdvajaju automatski.²⁹ Sud je utvrdio da je riječ o materijalnim dokazima, a ne iskazima koji mogu biti pod utjecajem nezakonitosti, te je u konačnici zauzeo gledište da povreda nije narušila integritet postupka. U ovoj se odluci MKS pozvao na praksu i tumačenja ESLJP-a, a u području različitog utjecaja nezakonitosti na vjerodostojnost materijalnih i personalnih dokaza prihvatio je mišljenje koje zastupa *Spencer*,³⁰ odnosno *Triffterer*.³¹ Stanje je bitno drugačije u radnjama kojima se prikupljaju personalni dokazi.³² Razlikovanje nezakonitih materijalnih i personalnih dokaza isticano je još u vezi sa slučajevima iznuđivanja iskaza nacističkim okrivljenicima u postupcima u Nürnbergu.³³ MKS nije izdvojio dokaze ni u slučaju *Katanga*, za što je opravdanje također pronađeno u praksi ESLJP-a.³⁴ Dokazi nisu izdvojeni ni u slučaju *Mbarushimana* o nezakonitoj pretrazi i oduzimanju, odnosno tajnom snimanju telefonskih razgovora od strane njemačkih i francuskih služba.³⁵

Rimski je statut u području nezakonitih dokaza preuzeo teoriju integriteta, jednako kao i Međunarodni kazneni sud za zločine počinjene na području bivše Jugoslavije (MKSJ),³⁶ koji je u slučaju *Delalić* smatrao da bi predstavljalo preveliku prepreku provedbi pravosuđa ako bi zbog proceduralnih povreda bili izdvojeni vjerodostojni dokazi.³⁷ MKSJ prihvaćao je u skladu s takvim gledištima nezakonite dokaze, poput tajnih snimaka u predmetu *Brđanin*,³⁸ za što je kao potporu također navodio presude ESLJP-a, prema kojima povreda prava privatnosti ne traži automatsko izdvajanje dokaza.³⁹ Slična pitanja o povredama privatnosti nezakonitim tajnim snimanjem pojavila su se i u predmetima *Karadžić*,⁴⁰ *Milošević*,⁴¹ *Krajišnik*⁴² i drugima.

²⁹ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-1981, Decision on the admission of material from the bar table, 24. lipnja 2009., § 21. i dalje; Decision on the Confirmation of the Charges, bilj. 94 i 95.

³⁰ *Delmas-Marty, M., Spencer, J. R. (ur.)*, European Criminal Procedures, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

³¹ *Triffterer, O.*, Commentary on the Rome Statute, Nomos, Baden, 1999, str. 914, 1334.

³² *Ambos, K.* (2009), str. 367.

³³ United States of America v. Ulrich Greifelt and Others, 10. ožujka 1948.

³⁴ *Schabas, W.*, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 849 i dalje

³⁵ The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-465, 16. prosinca 2011., § 61., § 71. i dalje.

³⁶ *Choo, A.*, Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2012, v. opsežnu literaturu na str. 186 i dalje.

³⁷ The Prosecutor v. Delalić et al., IT-96-21, Decision on the Motion of the Prosecution for the Admissibility of Evidence, 19. siječnja 1998.

³⁸ „admitting illegally obtained intercepts into evidence does not, in and of itself, necessarily amount to seriously damaging the integrity of the proceedings“, The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-T, Decision on the Defence Objection to Intercept Evidence, 3. listopada 2003., § 61.

³⁹ „Jurisprudence regarding Article 8 of the ECHR does not support the contention that illegally intercepted evidence must be excluded“; isto, § 25. Isto je ICTY zaključio u: The Prosecutor v. Kordić and Čerkez, IT-95-14/2-T, str. 13694.

⁴⁰ The Prosecutor v. Radovan Karadžić, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's Motion to Exclude Intercepted Conversations, 30. rujna 2010., § 8.

⁴¹ The Prosecutor v. Slobodan Milošević, IT-02-54-T, Preliminary decision on the admissibility of intercepted communications, 16. prosinca 2003., str. 3.

⁴² The Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-PT, Decision on Defence motion to exclude certain intercepted communications, 29. siječnja 2004., § 9.

Relativno je izdvajanje prihvaćeno u nekim aktima Europske unije. U načelima za zaštitu financijskih interesa Europske unije (*Corpus juris*) u čl. 33. propisano je da se dokazi mogu izdvojiti ako bi njihova uporaba podrivala pravičnost postupka. Pritom se mora provjeriti mogu li nepravilnosti naškoditi pravno zaštićenim interesima, što upućuje na relativno procjenjivanje, a ne na automatski način izdvajanja.⁴³ Međunarodno udruženje za kazneno pravo (AIDP) razmatralo je 1979. godine na XII. kongresu u Hamburgu ljudska prava u kaznenom postupku te je u čl. 4. rezolucije preporučeno da dopustivost dokaza mora uvažavati cjelinu pravosudnog sustava, interese žrtve i društva, što upućuje na relativni način izdvajanja. Preporučeno je da se ne koriste dokazi prikupljeni mučenjem, dok se ne spominju radnje prikupljanja materijalnih dokaza.⁴⁴

3. SUSTAVI RELATIVNOG IZDVAJANJA MATERIJALNIH DOKAZA

3.1. ANGLOSASKI SUSTAVI

Najvažnija razlika u načinu i opsegu izdvajanja uočava se u usporedbi anglosaskih sustava (*common law*) s američkim modelom, jer se ni jedan drugi važniji pravni sustav ne koristi apsolutnim izdvajanjem, a izdvajanje je materijalnih dokaza neuobičajeno.⁴⁵ Damaška ističe da i u kontinentalnim državama postoji izdvajanje dokaza, ali da je zabluda smatrati kako je riječ o istim povredama. Nije dovoljno samo promatrati koristi li se neka država izdvajanjem nego i koje povrede obuhvaća. Američko izdvajanje nezakonitih dokaza po vrlo širokom opsegu materijalnih dokaza nema sličnosti ni s jednom drugom državom.⁴⁶ Kritičarima američkog pravila o izdvajanju nezakonitih dokaza ide u prilog što se jedino Sjedinjene Države od svih anglosaskih država koriste apsolutnim izdvajanjem, dok se Engleska, Kanada, Australija i Novi Zeland koriste relativnim izdvajanjem, a uz to nemaju ni širok opseg povreda na koje se izdvajanje primjenjuje.⁴⁷ Američkom se sustavu preporučuje diskrecijski model, poput kanadskoga,⁴⁸ ili neki od europskih sustava koji se koriste proporcionalnošću, kao što je njemački model.⁴⁹ Engleska i Kanada prepoznale su korisniji pristup izdvajanja

⁴³ *Corpus juris* (preveli Krapac, D., Novoselec, P.), Hrvatska udruga za europsko pravo, Zagreb, 2003, str. 84, 85.

⁴⁴ XII. međunarodni kongres za krivično pravo, JRKK, br. 3/4, god. 1980, str. 561.

⁴⁵ "Probably a more accurate description is that no other country utilizes a mandatory rule of evidentiary suppression"..."and the suppression of real (as compared to testimonial) evidence is relatively uncommon." Luna, E., A Place For Comparative Criminal Procedure, Brandeis Law Journal, vol. 42, 2004, str. 320.

⁴⁶ Damaška, M., Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, University of Pennsylvania Law Review, vol. 121, 1973, str. 507 i dalje

⁴⁷ "Finally, a comparative legal analysis demonstrates that the United States stands alone among common law countries in mandating the exclusion of relevant evidence seized in violation of individual rights." Perrin T., An Invitation to Dialogue, Pepperdine Law Review, vol. 26, 1999, str. 792 i dalje.

⁴⁸ Alschuler, A., The Exclusionary Rule and Causation: Hudson v. Michigan and Its Ancestors, Iowa Law Review, vol. 93, 2008, str. 1777; Bradley, C., Reconceiving the Fourth Amendment and the Exclusionary Rule, Law And Contemporary Problems, vol. 73, 2010, str. 218 i dalje

⁴⁹ Pizzi, W., The Need to Overrule Mapp v. Ohio, University of Colorado Law Review, vol. 82, 2011, str. 679.

temeljem slobodne ocjene prema okolnostima slučaja, što je povoljnije nego automatsko pravilo.⁵⁰

U engleskom se pravu za nezakonitosti počinjene tijekom prikupljanja stvarnih dokaza koristi načelo pouzdanosti i sudovi ih u načelu ne izdvajaju.⁵¹ Primjerice, engleski autori ističu da su dokazi koji su prikupljeni nezakonitom pretragom načelno dopustivi.⁵² Prema sudskoj praksi, dokazi se ne trebaju izdvajati samo stoga što je nepravilan način na koji su pribavljeni.⁵³ Neslaganje s načinom prikupljanja dokaza ne može se koristiti kao opravdanje za izdvajanje.⁵⁴ Pri izradi zakonskog uređenja (*Police and Criminal Evidence Act 1984 - PACE*) Kraljevsko je povjerenstvo zaključilo da nije uvjereno u potrebu uvođenja američkog pravila jer ne pokazuje povoljne rezultate.⁵⁵

U engleskom se pravu uvažava činjenica da nepravilnosti u prikupljanju najčešće ne utječu na vjerodostojnost materijalnih dokaza. Na primjer, za nezakonito uzimanje uzoraka za DNK analizu u slučaju istraživanja silovanja engleski je Prizivni sud zaključio da način prikupljanja nije utjecao na točnost dokaza. Usmjerenost prema provjeri vjerodostojnosti izričito je naglašena u poznatoj odluci *Chalkley*, u kojoj je Prizivni sud utvrdio da se izdvajanje nezakonitih dokaza treba primjenjivati ako im je zbog nepravilnog načina prikupljanja promijenjena kakvoća.⁵⁶ U tom je slučaju bila riječ o nezakonitim snimkama, za koje je utvrđeno da su nedvojbeno autentične i da imaju relevantan sadržaj te ih sud nije izdvojio. To se pravilo poštuje u engleskoj sudskoj praksi (a složio se i ESLJP odbivši zahtjev za provjerom pravičnosti suđenja u istom predmetu).⁵⁷ U Engleskoj se na materijalne dokaze može primjenjivati diskrecijsko izdvajanje, ali se sudovi njime nisu koristili ni u slučajevima gušenja osumnjičenika dok nije ispljunuo predmet koji je sakrio istražiteljima,⁵⁸ nego se u slučaju nezakonitosti provode stegovni ili kazneni postupci prema istražiteljima. Slično tomu, u kanadskom ni u australskom sustavu provedba neosnovane pretrage ne dovodi do apsolutnog izdvajanja dokaza.⁵⁹

⁵⁰ *Glasser, L.*, The American Exclusionary Rule Debate: Looking To England And Canada For Guidance, *George Washington International Law Review*, vol. 35, 2003, str. 195.

⁵¹ "English courts are reluctant to reject a piece of solid evidence", *Delmas-Marty, M., Spencer, J. R. (ur.)* *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, str. 605.

⁵² "As a matter of law, then, evidence obtained by an unlawful search is admissible, but the judge may decide not to admit it in certain circumstances", *Stone, R.*, *Entry, Search and Seizure*, Sweet and Maxwell, London, 1997, str. 29.

⁵³ *Keane, A.*, *The Modern Law of Evidence*, Oxford University Press, Oxford, 2008, str. 62, 63.

⁵⁴ *Harfield, C.*, *Covert Investigation*, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 28.

⁵⁵ V. primjere u *Zander, M.*, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Taylor and Francis, London, 1990, str. 199-202.

⁵⁶ *R v. Chalkley* [1998] 2 All ER 155.

⁵⁷ *Choo, A.* (2012) str. 174 i dalje.

⁵⁸ *Tapper, C.*, *Cross and Tapper on Evidence*, Oxford University Press, Oxford, 2007, str. 309.

⁵⁹ *Karas, Ž., Jukić, M.* (2009), str. 615; *Roach, K., Friedland, L.*, *Borderline Justice: Policing in the Two Niagaras*, *American Journal of Criminal Law*, vol. 23, 1996, str. 341.

3.2. KONTINENTALNI SUSTAVI

Apsolutno izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza nije u važnijim europskim državama zastupljeno kao sredstvo koje bi bilo namijenjeno povredama u prikupljanju dokaza. Mreža stručnjaka koja je u okviru Direktorata za pravosuđe i unutarnje poslove Europske komisije istraživala ovo područje zaključila je da se u sedam europskih država nezakoniti dokazi načelno ne izdvajaju (Engleska, Francuska, Njemačka, Austrija, Švedska, Danska, Finska), dok u drugu skupinu spadaju države u kojima se dokazi u načelu izdvajaju (Španjolska, Grčka, Italija, Cipar, Malta i dr.), ali se ni u toj skupini nezakoniti dokazi ne izdvajaju na apsolutan način, nego se kombinirano koristi neki oblik razmjernosti ili uvažavanja okolnosti pojedinačnog slučaja (tzv. *vaganje – balancing*).⁶⁰ Velika razlika postoji u odnosu prema nezakonitim personalnim i materijalnim dokazima.⁶¹

Iako u povijesti europskog kontinentalnog prava odavno postoje različiti oblici izdvajanja dokaza, oni nisu bili usmjereni na način prikupljanja dokaza i nisu se opširno bavili materijalnim dokazima.⁶² U akuzatornom (*adversarial*) postupku sud nije uključen u traženje dokaza, nego samo donosi odluku na temelju materijala koji predstavljaju stranke. Izdvajanje dokaza tada ima drugačiji smisao jer neće biti predstavljen poroti, ali u inkvizitornom je sud upoznat s dokazom, a ipak ga mora zanemariti, što *Damaška* smatra izletom u nerealno.⁶³ Povijesno gledano, zato je europsko kontinentalno pravo, za razliku od anglosaskog prava, imalo manje dokaznih pravila.⁶⁴ Pravila o izdvajanju dokaza nastala su kao posljedica razvoja stranačnosti i uloge odvjetnika u akuzatornim postupcima, odnosno nastojalo se ograničiti moć države kako se spriječilo da dospije u superiorni položaj iz kojega bi mogla utjecati na ishod postupka.⁶⁵

U njemačkom su sustavu dokazne zabrane pri pretragama i sličnim radnjama prikupljanja materijalnih dokaza vrlo uske, mogu se koristiti samo kada je riječ o težim propustima ili narušavanju najosjetljivijih prava, a ne i za obične formalnosti u radnjama.⁶⁶ Njemački se sustav kao osnovom koristi teorijom pravnih krugova (*Rechtskreistheorie*), nastalom 1964. godine odlukom Saveznog vrhovnog suda *BGHSt 19, 325*, kojom se prava raspoređuju u tri područja (kruga). Najveća je zaštita omogućena u

⁶⁰ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union, CFR-CDF, 2003, str. 7.

⁶¹ *Bradley, C.*, Reconceiving the Fourth Amendment and the Exclusionary Rule, Law and Contemporary Problems., vol. 73, 2010, str. 211-238.

⁶² Npr. *Beling, Ernst*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1903.

⁶³ *Damaška, M.* (1997), str. 48.

⁶⁴ *Duff, A. i dr.*, The Trial on Trial: Truth and due process, Hart Publishing, Oxford, 2004, str. 138.

⁶⁵ *Vogler, R. i dr.*, A World View of Criminal Justice - International And Comparative Criminal Justice, Ashgate Publishing, Surrey, 2005, str. 130; *Langbein, J.*, The Origins of Adversary Criminal Trial, Oxford University Press, Oxford, 2003, str. 119, 332.

⁶⁶ "bei Durchsuchungen führen in den seltensten Fällen zu einem Beweisverwertungsverbot", *Cramer, S., Bürgle, M.*, Die Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote, Boorberg, Stuttgart, 2004, str. 118; "nur bei schwerwiegenden Verstößen", *Roxin, C.*, Strafverfahrensrecht, Beck, München, 1998, str. 299.

području osobnog života i dostojanstva, odnosno intimnom području (*Intimsphäre*),⁶⁷ koje se ne može izlagati zahvatima tijela vlasti.⁶⁸ Kao primjer te skupine navodi se intimni bračni život⁶⁹ ili razgovor supružnika u njihovoj sobi.⁷⁰ Druga skupina obuhvaća prava privatnosti (*Privatsphäre*) i u slučaju nezakonitih dokaza koji se odnose na njih potrebno je utvrditi razmjernost koristeći se teorijom uspoređivanja ili vaganja (*Abwägungslehre*). Vaganje se provodi usporedbom okolnosti koje podupiru sučeljene ciljeve kaznenog progona ili zaštite prava građana.⁷¹ Primjerice, nezakonita snimka razgovora bila je dopuštena za kazneno djelo podmetanja požara, dok je drugačije bilo odlučeno kada je istovrsni dokaz bio usmjeren na lakše kazneno djelo.⁷² Čak ni pri primjeni dokazne zabrane njemački se sustav ne koristi izdvajanjem, nego dokazi ostaju u spisu, ali se ne smiju koristiti u obrazloženju presude. Osim teorije pravnih krugova, mogu se koristiti i druge osnove, poput načela pravne države ili načela pravičnosti, ali se one najčešće koriste u slučaju personalnih dokaza.

U austrijskom je sustavu prema zakonskom uređenju i sudskim tumačenjima načelno dopušteno korištenje materijalnim dokazima koji su prikupljeni nezakonitim postupanjem.⁷³ Za prihvaćanje nezakonitih dokaza kao opravdanje se navodi slučaj *Schenk* pred ESLJP-om, u kojem protuzakonito pribavljena snimka nije izdvojena.⁷⁴ Za ocjenu dokazne zabrane primjenjuje se teorija uspoređivanja, kojom se razmatraju okolnosti pojedinačnih slučajeva i utjecaj koji imaju na ravnotežu društvenih težnja. Primjena razmjernog pristupa potaknuta je raznolikošću povreda jer je drugačija važnost ako redarstvo nekomu svjesno iznuđuje iskaz ili je riječ o povredi za koju službenik opravdano nije mogao znati. U teoriji su prihvaćeni i drugi dosezi njemačke dogmatike tako da se primjenjuje i raspodjela prava kao u njemačkoj teoriji o pravnim krugovima.⁷⁵

Slično je stanje i u Švicarskoj, gdje se primjenjuje staro *Walderovo* mišljenje da nije potrebno izdvojiti svaki dokaz koji je nezakonito prikupljen, koji potječe od nepoštivanja zakona ili kaznenog djela, nego je potrebno razmotriti pojedinosti svakog slučaja i utvrditi je li nezakonitost takva da je potrebno nametnuti zabranu. Sudovi u skladu s

⁶⁷ Roxin, C. (1998), str. 193.

⁶⁸ "unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung", Köhler, M., Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften, vol. 101, br. 1, 1995, str. 31.

⁶⁹ "Intimleben im häuslichen Schlafzimmer", Beulke, W., Strafprozeßrecht, Müller, Heidelberg, 2000, str. 230.

⁷⁰ Schroeder, F.-C., Strafprozeßrecht, Beck, München, 2001, str. 74.

⁷¹ Rogall, K., Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften, vol. 91, br. 1, 1979, str. 11.

⁷² Roxin, C. (1998), str. 192.

⁷³ "Die Rechtsprechung geht sogar soweit, daß illegal erlangte Beweismittel im Verfahren zugelassen werden", Seiler, S., Strafprozeßrecht, Universitätsverlag, Wien, 2000, str. 115.

⁷⁴ OGH 150s3/92-8 od 2. srpnja 1992. godine

⁷⁵ Pilnacek, K., Überblick über die Grundsätze der Beweisermittlung und der Beweisverbote im österreichischen Strafverfahren, u: Höpfel, F., Huber, B., Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Max-Planck Institut, Freiburg, 1999, str. 114.

time primjenjuju uspoređivanje uključenih težnji.⁷⁶ Sudska praksa ne prihvaća zabranu izvođenja nezakonitih dokaza kao obvezu koja bi se trebala primjenjivati pri formalnim propustima.⁷⁷ Potporu nalaze u judikaturi ESLJP-a, pozivajući se na odluku *Khan*, u kojoj je utvrđeno da nije nužna apsolutna dokazna zabrana u kaznenom postupku.⁷⁸

U francuskom se pravu za propuste pridržavanja zakonitosti u provedbi radnje ne primjenjuje izdvajanje dokaza, nego takve povrede potpadaju pod primjenu ništetnosti. Za izričito određene ništetnosti (*nullités textuelles*) zakonski je određeno pri kojim će povredama radnja biti ništetna. Primjena nije apsolutna, nego se poništavanje može primijeniti ako je riječ o suštinskim povredama, osobito pravima obrane, za što se mora dokazati šteta za interese okrivljenika, odnosno da je uzrokovala povredu interesa stranke.⁷⁹ Potrebno je postići najbolju moguću ravnotežu između ciljeva društva i pojedinaca.⁸⁰ Zbog rijetkosti primjene, ustanova ništetnosti nije teorijski razrađena i prigovara joj se da ima nesigurne osnove koje ne omogućuju određenije razmatranje.⁸¹ Niži sudovi imaju ograničene mogućnosti izdvajanja nezakonitih dokaza. Slično francuskom sustavu, i Nizozemska se koristi diskrecijskim izdvajanjem, u kojem promatra svrhu koju je imala povrijeđena odredba.⁸²

4. ODBACIVANJE APSOLUTNOG IZDVAJANJA

4.1. NOVI ZELAND

Novozelandski je sustav važan jer je nakon približavanja američkom apsolutnom modelu 1992. godine pravilom koje prednost daje izdvajanju (*prima facie rule of exclusion*) u roku kraćem od desetljeća to pravilo odbacio i vratio se na klasično anglosasko diskrecijsko izdvajanje. Sustav koji je korišten nije bio čisti apsolutni model, jer su materijalni dokazi prikupljeni povredom prava ipak bili dopustivi ako su opravdani razlozi upućivali na potrebu korištenja. Promjena je ostvarena 2002. godine u slučaju *Shaheed*, u kojem je policija privela muškarca jer je prijetio djevojčici na putu u školu te su mu nezakonito uzeli uzorak za analizu DNK.⁸³ U bazi je otkriveno da je to počinitelj otmice i silovanja djeteta koje se dogodilo godinu dana prije na putu za istu školu. Tom je odlukom desetak godina nakon uvođenja strogog pravila o izdvajanju

⁷⁶ Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, god. 1966, str. 36.

⁷⁷ "Das sogenannte 'Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel' bedeutet nicht, dass Formfehler, welche im Zusammenhang mit der Beschaffung eines Beweismittels begangen werden, den Richter in jedem Fall daran hindern, auf den betreffenden Beweis abzustellen", BGE 96 I 437 od 4. studenoga 1970.

⁷⁸ "Ein absolutes Verwertungsverbot besteht nicht", 8G.55/2000 od 14. ožujka 2001.

⁷⁹ Renucci, J.-F., Code de Procédure Pénale, Dalloz, Paris, 2005, str. 1256.

⁸⁰ Guinchard, S., Buisson, J., Procédure Pénale, Litec, Paris, 2002, str. 992.

⁸¹ Stefani, G., Levasseur, G., Procédure Pénale, Dalloz, Paris, 2004, str. 720.

⁸² Thaman, S., The Exclusionary Rule, u: Brown, B.; Snyder, V. i dr., General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Springer, 2012, str. 670 i dalje

⁸³ R v Shaheed [2002] 2 NZLR 377.

materijalnih dokaza ono zamijenjeno ranijom diskrecijskom ocjenom dopustivosti.⁸⁴ U odluci su opširno prikazani sustavi izdvajanja nezakonitih dokaza u Sjedinjenim Državama, Engleskoj, Kanadi i Australiji, nakon čega je sud zaključno naglasio da se pozornim razmatranjem proteklog iskustva te uvidom u druge države pruža uvjerljiv razlog za odbacivanje automatskog izdvajanja. Sud je naglasio da automatsko izdvajanje ne podupire težnje društva koje su usmjerene na kažnjavanje počinitelja te se može činiti da je zaštita prava nerazmjerna okolnostima povrede. *Mount* ocjenjuje tu promjenu kao iznimno povoljan razvoj prava, koji pridonosi jasnoći i određenosti te da je postignuta bolja ravnoteža između zaštite temeljenih prava i zaštite težnja društva.⁸⁵

Nepovoljne su posljedice bile već prije primijećene u novozelandskom pravu, tako da su u praksi i prije 2002. godine suci pokušavali izbjegavati izdvajanje dokaza pri težim kaznenim djelima. Potporu za odbijanje američkog sustava novozelandski su teoretičari pronašli i u odlukama ESLJP-a naglašavajući pravorijek iz slučaja *Khan*, gdje je ostvarena povreda, ali nije bilo potrebno izdvajati materijalne dokaze, u skladu s odlukom *Schenk*. Tamošnji pravници ističu da je izdvajanje stvarnih dokaza rijetko u Francuskoj, Njemačkoj i Italiji te da ni jedna država – osim, možda, Španjolske – nije prihvatila ništa slično apsolutnom pravilu izdvajanja pri pretrazi i oduzimanju.⁸⁶

4.2. BELGIJA

Belgija također spada među rijetke razvijene države koje su uvele apsolutno izdvajanje nezakonitih materijalnih dokaza. Ustavni je sud 2003. godine ukinuo takav model smatrajući da apsolutno izdvajanje koje je uvedeno 1990. godine daje disproporcionalne rezultate, a naznake odustajanja od apsolutnog izdvajanja u sudskoj su se praksi pokazivale i prije. Odluka koja je pridonijela promjeni stajališta belgijskog sustava jest slučaj *Antigoon*.⁸⁷ Sud je u tom predmetu utvrdio da je izdvajanje nezakonitih dokaza potrebno samo u iznimnim okolnostima, ako je riječ o izostavljanju nekog važnog dijela postupka koji dovodi do ništetnosti, odnosno ako je narušena pouzdanost dokaza ili ako je riječ o narušavanju pravičnosti cijelog suđenja. Slučaj se odnosi na nezakonitu policijsku akciju u kojoj je pretražen osumnjičenik. U džepu jakne tom mu je prigodom pronađen ključ, kojim su službenici otvorili vozilo i ondje pronašli sporno vatreno oružje. Kasacijski je sud utvrdio da nepravilnosti u pretrazi ne utječu na vjerodostojnost

⁸⁴ *Mahoney, R.*, Evidence, New Zealand Law Review, 2004, str. 170; "Shaheed substitutes for the prima facie rule of exclusion a purely discretionary rule of exclusion." *Optican, S., Sankoff, P.*, The New Exclusionary Rule: A Preliminary Assessment of R v Shaheed, New Zealand Law Review, 2003, str. 5.

⁸⁵ "undoubtedly provided the basis for striking a better balance between the protection of fundamental rights and the pursuit of the community's interest", *Mount, S.*, R v Shaheed: The Prima Facie Exclusion Rule Re-examined, New Zealand Law Review, 2003, str. 70.

⁸⁶ "No country in Europe, with the possible exception of Spain, has ever adopted anything approaching a prima facie rule requiring the exclusion of evidence discovered in violation of search and seizure rules", *Mount, S.* (2003), str. 49.

⁸⁷ Cour de cassation de Belgique, br. P.03.0762.N/1 od 14. listopada 2003.

pronađenog oružja te da posrijedi nije namjerno i ozbiljno narušavanje interesa okrivljenika. Ta je odluka donesena pod utjecajem konvencijske judikature te se kao opravdanje navode odluke ESLJP-a u predmetima *Schenk* i *Khan*, a uz to se spominje francuska te nizozemska sudska praksa i Rimski statut MKS.⁸⁸

Slično je u slučaju *Davies* policija nezakonito ušla na privatni posjed i pronašla veliku količinu droge. Sud je utvrdio da, iako je dio pretrage bio nezakonit, time nije narušena vjerodostojnost pronađenih dokaza niti postoje ikakve sumnje u njihovu pouzdanost ili točnost. U istom je slučaju ESLJP⁸⁹ potvrdio da je okrivljenik imao mogućnost provjeriti točnost prikupljenih dokaza i to postaviti kao pitanje u kaznenom postupku te da nije povrijeđena pravičnost postupka.⁹⁰ Iako neki autori navode da se Nizozemska možda također koristila apsolutnim pravilom o izdvajanju pa je zatim odustala,⁹¹ tamošnji autori tvrde da se nizozemski sustav nikada nije koristio automatskim pravilom sličnim američkomu jer se za propuste u provođenju radnja mogu koristiti stegovne ili kaznene sankcije prema odgovornim službenicima.⁹²

5. SUSTAVI USKOG APSOLUTNOG IZDVAJANJA

U poredbenom je pravu katkad teško raspravljati o sustavima koji se koriste apsolutnim izdvajanjem jer se bez dubljeg promatranja opsega pravila ne može odrediti na koje se povrede odnosi i koje su mogućnosti korištenja. Neki grčki znanstvenici smatraju da se, nakon što je Novi Zeland napustio apsolutno izdvajanje i nakon što je SAD unio brojne iznimke, još jedino grčki sustav dosljedno koristi automatskim izdvajanjem.⁹³ *Damaška* ipak izražava sumnju u to primjenjuje li se grčko apsolutno pravilo dosljedno i u sudskoj praksi.⁹⁴ Grčko je pravilo posebno po vlastitom povijesnom razvoju, koji proizlazi iz pojedinih privilegiranih odnosa. S druge strane, iako Grčka načelno automatski izdvaja dokaze i ima propisane povrede pri pravu privatnosti, koje je uređeno u čl. 19. st. 3. Ustava, u sudskoj je praksi uvedena iznimka teškog kaznenog djela. Osim toga, neki navode da se, iako je ustavna odredba apsolutna, ipak koristi diskrecija pri procjeni je li riječ o povredi, tako da dolazi do restriktivnog tumačenja pojedinih područja poput privatnosti.

⁸⁸ Conclusions de Monsieur l'avocat général De Swaef (prilog uz odluku), § 8.1. i bilj. 11.

⁸⁹ Lee Davies pr. Belgije, br. 18704/05, 28. srpnja 2009.

⁹⁰ Rosier, K., La Cour européenne des droits de l'homme confrontée à la jurisprudence Antigone, Bulletin social et juridique, br. 423, 2010, str. 6.

⁹¹ Šugman, K., Dokazne prepovedi v kazenskem postopku, Bonex, Ljubljana, 2000, str. 248, bilj. 690.

⁹² Jeroen, M. J. i dr., Introduction to Dutch Law, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, str. 441; Embregts, M., Similarities and Differences: the Operation of the Exclusionary Rule in the US, Germany and the Netherlands, u: Breur, C. i dr., New Trends in Criminal Investigation and Evidence, Intersentia, Antwerpen, 2000.

⁹³ Giannouloupolos, D., The exclusion of improperly obtained evidence in Greece: putting constitutional rights first, The International Journal of Evidence and Proof, vol. 11, 2007, str. 191.

⁹⁴ Damaška, M. (2011), bilj. 36.

Grčki ZKP traži izdvajanje samo onih dokaza koji su prikupljeni počinjenjem kaznenog djela od strane službenika tijela vlasti (a ne samo povredom procesnih formalnosti), ali se dokazi ni tada ne moraju izdvajati ako je riječ o najtežim kaznenim djelima počinitelja ili ako sud korištenje dokazima ocijeni opravdanim. Izdvajanje više obuhvaća procesne privilegije nego povrede u načinu prikupljanja.⁹⁵

Talijanski autori ističu da je njihov sustav uvezo dio američkih pravila o izdvajanju te da nemaju vlastiti povijesni razvoj kao grčki model izdvajanja. Pritom su ipak načinili odmak jer su preuzeli samo dijelove koji se odnose na neke posebne dokazne radnje, a ne i procesne formalnosti pri klasičnim radnjama kojima se prikupljaju materijalni dokazi poput pretrage ili oduzimanja.⁹⁶ Uz to, izdvajanje se ne koristi pri postupanju koje se sastoji od više radnji, jer se one u sudskoj praksi tumače odvojeno, iako se poduzimaju zajednički.⁹⁷ Tako se, na primjer, u okviru nezakonite pretrage stana može zakonito poduzeti radnja oduzimanja predmeta i prikupljeni će dokazi biti dopušteni jer su izuzeti zakonitom radnjom.⁹⁸ U Italiji se oduzimanje koje je poduzeto u okviru nezakonite pretrage ne promatra kao dio te radnje, nego kao samosvojna radnja kojoj se zasebno procjenjuje pravilnost te nije uopće bitno čak ni da je pretraga protuustavna. Talijanski sustav dopušta i započinjanje neke zakonite radnje na temelju podataka iz prethodne nezakonite radnje.⁹⁹

Španjolsko uređenje propisuje izdvajanje nezakonitih dokaza, ali se to u praksi primjenjuje samo u odnosu na povrede temeljnih ustavnih prava, a ne i na zakonske formalnosti koje dokaz čine nepravilnim (ne i nezakonitim).¹⁰⁰ Međutim, mogućnosti povrede ustavnih pravila ograničene su jer odredbe daju široke ovlasti redarstvenim vlastima, poput pretraživanja vozila i osoba bez postojanja ikakve konkretizirane sumnje. Ako nisu bila povrijeđena temeljna ustavna prava, onda prevladava načelo materijalne istine i dokaz se dopušta neovisno o načinu prikupljanja.¹⁰¹

Španjolsko zakonsko uređenje doneseno je nakon odluke Ustavnog suda iz 1984. godine, koji je opravdao potrebu izdvajanja dokaza radi zaštite pravičnosti, narušavanja jednakosti oružja i narušavanja nedužnosti okrivljenika.¹⁰² Nije jasno koliko se takav sustav dosljedno provodi jer tamošnji pisci opisuju tumačenja koja se baziraju na dopustivosti drugih dokaza koji obuhvaćaju nezakoniti dokaz, a također se ne izdvajaju

⁹⁵ *Giannouloupoulos, D.* (2007), str. 191.

⁹⁶ *Grande, E.*, Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, str. 248.

⁹⁷ *Thaman, S.* (2012), str. 685.

⁹⁸ *Grande, E.* (2000), str. 256.

⁹⁹ *Thaman, S.*, Fruits of The Poisonous Tree in Comparative Law, *Southwestern Journal of International Law*, vol. 16, 2010, str. 375.

¹⁰⁰ *Bradley, C.*, Mapp Goes Abroad, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 52, 2001, str. 397.

¹⁰¹ "The Spanish Supreme Court has ruled that when a violation does not affect fundamental rights, then the principle of material truth prevails and the evidence will be admitted", *Thaman, S.*, Miranda In Comparative Law, *Saint Louis University Law Journal*, vol. 45, 2001, str. 606.

¹⁰² STC 114/1984, RTC 1984. SP

pronađeni dokazi, nego samo akt o provedenoj nezakonitoj radnji.¹⁰³ Na primjer, u slučaju u kojem su istražitelji povrijedili pravila o pretrazi izdvojen je zapisnik kao rezultat pretrage, ali nisu izdvojeni predmeti pronađeni pretragom, kao što nije zabranjeno ni dokazivanje provedbe iste pretrage iz drugih izvora, poput iskaza službenika.¹⁰⁴

Irska je, osim Sjedinjenih Država, jedina anglosaska država koja se djelomice koristi apsolutnim izdvajanjem, ali samo za ustavne povrede i ako je riječ o namjernom i svjesnom postupanju.¹⁰⁵ Izdvajanje se ne primjenjuje ako službenik nije bio svjestan povrede, ako je pogriješio ili je općenito bila riječ o postupanju u dobroj vjeri.¹⁰⁶ Čak i takvo usko pravilo izvrgnuto je primjedbama teoretičara.¹⁰⁷ *Thaman* zbog takva stanja smatra da je sudska praksa preokrenula apsolutno izdvajanje u relativno u talijanskom, španjolskom ili grčkom sudstvu, a ujedno i u irskom u odnosu na neke dokaze.¹⁰⁸ U nekim poredbenim analizama ističe se da se turski sustav koristi apsolutnim izdvajanjem. Međutim, turska je sudska praksa za potrebe izdvajanja uvela razliku između nezakonitog i ilegalnog postupanja u prikupljanju dokaza te izdvaja samo posljednje. Pri radnjama pretrage i sličnima nisu propisane *ex lege* osnove za izdvajanje dokaza.¹⁰⁹

6. SUŽAVANJE APSOLUTNOG IZDVAJANJA U SJEDINJENIM DRŽAVAMA

6.1. PROMJENA DRUŠTVENIH OKOLNOSTI

Prema osnovnim obilježjima hrvatskog modela nezakonitih dokaza vidljivo da je najvažniji utjecaj na njega ostvarilo američko ekskluzijsko pravilo (*exclusionary rule*). U hrvatskoj teoriji i praksi koriste se pojmovi i teorije iz američkog prava (npr. teorija o plodovima otrovne voćke),¹¹⁰ a u našoj se teoriji kao opravdanje pojedinih pravila navode odluke američkih sudova i njihov povijesni razvoj.¹¹¹ Opseg izdvajanja ipak se razlikuje jer američki sustav predviđa neke osnove za izdvajanje koje ne postoje u hrvatskom pravu (npr. u slučaju nezakonitog uhićenja), ali, s druge strane, hrvatsko

¹⁰³ *Bradley, C.* (2001), str. 399.

¹⁰⁴ *Thaman, S.* (2012), str. 681.

¹⁰⁵ *People v. O'Brien* [1965] I.R. 142 (Ir. 1964).

¹⁰⁶ *People (DPP) v Kenny* [1990].

¹⁰⁷ *Daly, M.*, Unconstitutionally Obtained Evidence in Ireland: Protectionism, Deterrence and The Winds of Change, *Irish Criminal Law Journal*, vol. 19, 2009; *Heffernan, L.*, Police Accountability And The Irish Law Of Evidence, Crime, Law and Social Change, vol. 55, br. 2-3, 2011.

¹⁰⁸ *Thaman, S.* (2012), str. 688.

¹⁰⁹ *Jelani, J.*, *Turkish Criminal Procedure Code*, Beta, İstanbul, 2009, str. 119 i dalje

¹¹⁰ Npr. fruit of poisonous tree doctrine, independent source doctrine, inevitable discovery doctrine, purged taint doctrine, u: *Pavišić, B.*, Kazнено postupovno pravo, Pravni fakultet, Rijeka, 2008, str. 62; *Pavišić, B.*, Komentar Zakona o kaznenom postupku, Edicija erudita, Rijeka, 2007, str. 31 i dalje.

¹¹¹ *Krapac, D.*, Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskog kaznenog postupovnog prava, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 81.

pravo sadržava mnogo više povreda koje ne mogu dovesti do izdvajanja dokaza u američkom sustavu (npr. pretraga, posebne dokazne radnje).

U američkom kaznenom postupku brojna su pravila nastala pod utjecajem nastojanja za zaštitom manjina u drugačijim društvenim okolnostima, odnosno radi sudskog discipliniranja policije.¹¹² Ključnu ulogu u nastanku pravila imao je Savezni vrhovni sud, koji je tijekom 1960-ih godina donio niz revolucionarnih pravila u brojnim pravnim pitanjima. Pravila su bila odgovor na bojazan od totalitarističkih sustava, institucionaliziranog rasizma, ekonomske nejednakosti i posebnog javnog konteksta mirovnih pokreta. Američko pravilo o izdvajanju nezakonitih dokaza tada se smatralo dijelom modernizma kaznenog postupka,¹¹³ ali su poslije liberalna nastojanja zaustavljena.¹¹⁴ Pravila izdvajanja u kasnijim razdobljima nisu proširivana, nego su, štoviše, sužavana brojnim iznimkama, uz daljnje proširivanje ovlasti redarstva.¹¹⁵ Takva su kretanja opravdana tezama da ekskluzijskom pravilu u suvremenom kaznenom postupku nedostaje koherentno utemeljenje jer su uvjeti za liberalne reforme bili specifični, a u suvremeno doba postoje drugačije potrebe.¹¹⁶

Prema gledištu profesora *Kahana* i *Meares* s *Yalea*, takve su doktrine nastale kao tadašnji napredni odgovor na političko i policijsko potlačivanje manjina, ali neke doktrine imaju svoje životne cikluse te, kada nestanu praktične potrebe i društvene nužnosti, postaju beskorisne. Potrebni su novi oblici djelovanja koji će biti prilagođeni suvremenim problemima. Dio kritika tvrdi da suvremeni kazneni postupak ne uvažava nove političke mehanizme, kakvih sredinom 20. stoljeća nije bilo.¹¹⁷ Afričkoamerički profesor *Kennedy* s *Harvarda* smatra da su manjine sada previše izložene kriminalu od strane drugih pripadnika iste manjine i više ne postoji opasnost od bjelačkog policijskog nasilja kakvo je bilo povod uvođenju ekskluzijskog pravila.¹¹⁸ Zato smatra da bi izdvajanje nezakonitih dokaza trebalo prilagoditi drugim ciljevima.¹¹⁹

¹¹² *Taslitz, A.*, *Reconstructing the Fourth Amendment: A History of Search and Seizure*, NYU Press, New York, 2006, str. 65 i dalje.

¹¹³ *Kahan, D., Meares, T.*, Foreword: The Coming Crisis of Criminal Procedure, *Georgetown Law Journal*, vol. 86, br. 5, 1998, str. 1153.

¹¹⁴ *Klarman, M. i dr.*, *The Political Heart of Criminal Procedure: Essays on Themes of William J. Stuntz*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, str. 4.

¹¹⁵ *Arenella, P.*, Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies, *Georgetown Law Journal*, vol. 72, 1983, str. 221 i dalje; *Israel, J.*, Criminal Procedure, The Burger Court and the Legacy of the Warren Court, *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977, str. 1319; *Seidman, L.*, Factual Guilt and the Burger Court: An Examination of Continuity and Change in Criminal Procedure, *Columbia Law Review*, vol. 80, 1980, str. 436, 442.

¹¹⁶ *Bracey, C.*, Truth and Legitimacy in the American Criminal Process, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 90, br. 2, 2000, str. 691.

¹¹⁷ *Meares, T.*, The Distribution of Dignity and the Fourth Amendment, u: *Klarman, M.* (2012), str. 124.

¹¹⁸ *Kennedy, R.*, The State, Criminal Law, and Racial Discrimination, *Harvard Law Review*, vol. 107, br. 6, 1994, str. 1255-1278.

¹¹⁹ *Kennedy, R.*, *Race, crime, and the law*, Vintage, New York, 1998, str. 187.

6.2. UVOĐENJE IZNIMAKA

Iako američki sustav naizgled pruža velike mogućnosti izdvajanja materijalnih dokaza, opseg je ipak bitno sužen tijekom više desetljeća nastajanja brojnih iznimaka i proširivanja policijskih ovlasti.¹²⁰ S obzirom na to da veći dio tih iznimaka nije prihvaćen u hrvatskom uređenju, a američke redarstvene vlasti imaju šire ovlasti u prikupljanju dokaza, moglo bi se zaključiti da je hrvatsko uređenje strože od uzora. Primjerice, jedna je od iznimaka da se nezakoniti dokazi mogu koristiti za pobijanje okrivljenikove obrane jer počinitelj ne može imati zaštitu od neistina.¹²¹ Prema takvu pravilu iz odluke *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971) važnija je vrijednost zaštita istine u kaznenom postupku, odnosno vlast ne može upotrijebiti nezakonito prikupljene dokaze za utemeljenje činjenice (pozitivna uporaba), što ne znači pružanje okrivljenom mogućnost zaštite od neistina u njegovu iskazu, tako da se nezakoniti dokazi mogu koristiti za opovrgavanje (negativna uporaba).

Pravilo o izdvajanju ne primjenjuje se u postupku koji se vodi pred istražnom porotom (*grand jury*),¹²² koja može biti mjerodavna za teža kaznena djela, poput organiziranog kriminala ili korupcije. Pred istražnom porotom okrivljenik nema pravo na nazočnost branitelja, nema pravo na šutnju i ne primjenjuje se pravilo o izdvajanju nezakonitih dokaza. Tako, primjerice, pri istraživanju kaznenog djela korupcije nije uopće bitno je li pretraga bila nezakonita, nego jesu li pronađeni pouzdani dokazi.

U američkom se pravu dokazi izdvajaju samo u odnosu na osobu kojoj su povrijeđena prava (npr. stanar pri pretrazi), dok se isti dokaz može koristiti u odnosu na druge osobe čija prava nisu izravno zahvaćena, prema pravilu iz *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969). Ako je nezakonitom pretragom osumnjičeničnikova stana pronađen sporni predmet, to ne može biti izdvojeno u odnosu na druge supočinitelje. Kao osnova za takvo stajalište navodi se nepostojanje uporišta ili legitimiteta za traženje izdvajanja dokaza. U hrvatskom se sustavu dokazi izdvajaju neovisno o tom čija su prava povrijeđena, tako da, primjerice, ako je nezakonitom pretragom vozila pronađena droga, dokazi neće biti izdvojeni samo u odnosu na korisnika vozila nego i u odnosu na primatelja ili pošiljatelja, iako njima spornom pretragom nisu povrijeđena prava.

Američko je pravilo nastalo radi preveniranja nezakonitosti postupanja i zato se ne primjenjuje u slučajevima u kojima ne bi moglo ostvariti preventivno djelovanje.¹²³ U tom području postoji iznimka dobre vjere (*good faith exception*), utemeljena odlukom *United States v. Leon* 468 U.S. 897 (1984).¹²⁴ Pavišić smatra da ta iznimka nije sasvim nesporna.¹²⁵ Teorija o plodovima otrovne voćke također ima brojne iznimke. Ako je veza

¹²⁰ Karas, Ž., Jukić, M. (2009), str. 613.

¹²¹ Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971),

¹²² Miles, C., The Exclusionary Rule, Georgetown Law Journal, vol. 90, 2002, str. 1276.

¹²³ Choo, A. (2012), str. 185.

¹²⁴ Kamisar, Y., Comparative Reprehensibility And The Fourth Amendment Exclusionary Rule, Michigan Law Review, vol. 86, god. 1987, str. 6.

¹²⁵ Pavišić, B. (2003), str. 28.

novih dokaza udaljena od prvotne povrede, koristi se teorija o uklonjenoj mrlji (*purged taint doctrine*). Iznimka je i neizbježno otkriće (*inevitable discovery*) ako bi podatak bio zasigurno otkriven drugim zakonitim načinima.¹²⁶

6.3. NOVIJE OGRANIČAVANJE IZDVAJANJA NEZAKONITIH DOKAZA

Iako su nakon donošenja američkog pravila o izdvajanju nezakonitih dokaza nastajale brojne iznimke, sužavanje je intenzivirano nakon što je predsjednik Saveznog vrhovnog suda postao *Roberts*.¹²⁷ Već početkom njegova mandata donesena je odluka *Hudson v. Michigan* 547 U.S. 586 (2006) kao jedna od najvažnijih odluka za daljnji pravac američkog razvoja. U tom je predmetu bila riječ o školskom slučaju nezakonite pretrage stana, kakvi su prema prijašnjoj sudskoj praksi bez dvojbe smatrani nezakonitima. Nezakonitom pretragom pronađeno je napunjeno oružje i veća količina droge. Sud je donio pravilo prema kojem se promatra bi li dokazi ionako bili pronađeni, neovisno o tome je li ulazak bio zakonit ili nije, te je, suprotno prijašnjim gledištima, naglasio da nepravilnosti pri traženju materijalnih dokaza nemaju poseban utjecaj na vjerodostojnost dokaza. U odluci *Hudson* ističe se poboljšanje policijskog profesionalizma u odnosu na nekadašnje doba, a kao zamjensko sredstvo umjesto izdvajanja postoji mogućnost korištenja pojedinačnim tužbama za konkretne povrede prava. Kao opravdanje za odmak od izdvajanja navode se i brojni prigovori ekskluzijskom pravilu.¹²⁸

Brojni su autori zaključili da je *Roberts* time započeo ukidati pravilo o izdvajanju nezakonitih dokaza¹²⁹ jer prijašnja pravila ne mogu opstati u smislenoj formi u duhu nove odluke.¹³⁰ I prethodni predsjednik američkog Saveznog vrhovnog suda *Rehnquist* primijetio je da je potrebna kontinuirana reevaluacija te je predlagao sucima da razmotre što je od ekskluzijskog pravila uopće potrebno zadržati. *Bradley* smatra da to nije nepovoljan razvoj jer je već predlagao da američki sustav odbaci apsolutno izdvajanje, koje je univerzalno odbačeno, i da prihvati rješenje kakvo imaju civilizirane države.¹³¹ Prema pravilu iz odluke *Hudson*, izdvajanje ne bi bilo potrebno ako je zahvat bio suštinski (materijalno) opravdan, neovisno o tome jesu li poštivane formalnosti

¹²⁶ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

¹²⁷ *Karas, Ž., Jukić, M.* (2009), str. 614.

¹²⁸ *Yackley, J.*, *Hudson v. Michigan: Has The Court Turned The Exclusionary Rule Into The Exclusionary Exception?*, *Hamline Law Review*, vol. 30, 2007, str. 409-447.

¹²⁹ *Maclin, T.; Rader, J.*, *The Roberts Court Uses an Axe to Take Out the Fourth Amendment Exclusionary Rule*, *Mississippi Law Journal*, vol. 81, 2012, str. 1183-1227.; *Blair, C.*, *Supreme Court Review Hudson v. Michigan: The Supreme Court Knocks and Announces the Demise of the Exclusionary Rule*, *Tulsa Law Review*, vol. 42, 2007, str. 751-760.; *Dripps, D.*, *The Fourth Amendment, the Exclusionary Rule, and the Roberts Court*, *Chicago Kent Law Review*, vol. 85, 2010, str. 209-239.

¹³⁰ *LaFave, W.*, *A Critique of the Supreme Court's Latest Assault on the Exclusionary Rule*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 99, 2009, str. 757.

¹³¹ *Bradley, C.*, *Is the Exclusionary Rule Dead?*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102, 2012, str. 22.

poput sudbenog naloga. Pokazala su se točnima predviđanja da bi ta odluka mogla biti početak daljnjeg dopuštanja materijalnih dokaza prikupljenih povredama privatnosti¹³² te za usmjeravanje na alternativna sredstva, kakvima se inače mogu koristiti nedužne osobe kojima su povrijeđena ista prava.¹³³

Prema novijoj sudskoj praksi, proširena je iznimka postupanja u dobroj vjeri. Najnoviji je slučaj na tom pravcu *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011), u kojem su policijski službenici za pretraživanje suputnika u vozilu primijenili pravilo koje je bilo ukinuto, a sud je ipak utvrdio da su postupali u dobroj vjeri i nije izdvojio pronađeno oružje. U usporedbi s revolucijom pri donošenju pravila o izdvajanju nezakonitih dokaza, neki takav pristup nazivaju revolucionarnim sužavanjem.¹³⁴ Daljnji bi razvoj mogao dovesti do izdvajanja samo neosnovanih pretraga.¹³⁵ Takve je promjene naznačio slučaj *Herring v. United States*, 129 S. Ct. 695 (2009), u kojem je policijski službenik pretražio vozilo te pronašao drogu i oružje, pogrešno smatrajući da postoji nalog za uhićenje osobe. Sud je u tom predmetu utvrdio da pravilo o izdvajanju dokaza nije namijenjeno za pogreške.

7. NEKI DRUGI PRAVNI SUSTAVI

Velik interes znanstvene javnosti privuklo je uvođenje izdvajanja nezakonitih dokaza u kineskom sustavu, ali pritom uglavnom nije riječ o povredama pri prikupljanju materijalnih dokaza, nego pri ispitivanju okrivljenika.¹³⁶ Ako je riječ o jasnoj povredi prava i ako je narušena pravičnost pri prikupljanju materijalnih dokaza, sud mora narediti tužiteljstvu ispravljanje pogreške ili njezino obrazloženje. Tek ako tužiteljstvo ne postupi po nalogu sud se može koristiti diskrecijskom procjenom je li potrebno izdvajanje dokaza.¹³⁷

U Južnoj je Koreji nakon političkih i društvenih promjena 1987. godine pod američkim utjecajem u čl. 12. st. 7. Ustava uneseno pravilo o izdvajanju nezakonitih dokaza.¹³⁸ Međutim, u praksi nije potrebno izdvajati materijalne dokaze prikupljane nezakonitim pretragama ili oduzimanjima jer nezakonitost u tim radnjama ne utječe na kakvoću i oblik takva dokaza, čime u praksi ipak nije prihvaćen američki uzor, nego se promatra pouzdanost dokaza.

¹³² "they still would have found the cocaine", *Amar, A.*, The Battle of Hudson Heights: A small case may portend big changes to the exclusionary rule, *Slate Magazine*, 20. srpnja 2006.

¹³³ *Amar, A.*, The Rookie Year of the Roberts Court and a Look Ahead, *Pepperdine Law Review*, vol. 34, 2007.

¹³⁴ *Tomkovicz, J.*, *Davis v. United States: The Exclusion Revolution Continues*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 9, 2011, str. 381.

¹³⁵ *Bradley, C.*, Reconceiving the Fourth Amendment and the Exclusionary Rule, *Law and Contemporary Problems*, vol. 73, 2010, str. 211.

¹³⁶ *Lewis, M.*, Controlling Abuse to Maintain Control: The Exclusionary Rule in China, *International Law and Politics*, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 43, 2011, str. 639.

¹³⁷ *Chen, R.*, China's New Exclusionary Rule: An Introduction, *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 24, 2011, str. 233.

¹³⁸ *Cho, K.*, The Unfinished Criminal Procedure Revolution Of Post-Democratization South Korea, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30, 2002, str. 380.

Američki je model imao velik utjecaj na Izrael, ali se ondje izdvajanje nezakonitih dokaza drugačije koristi, odnosno samo za najteže povrede, poput mučenja, prema odluci *Vaa'kneen*,¹³⁹ a odbačena je i američka teorija o plodovima otrovne vočke.¹⁴⁰ Diskrecijsko odlučivanje pokazuje slučaj *Issacharov*,¹⁴¹ koji tamošnji autori objašnjavaju *Damaškinim* teorijama o većoj brizi za ishod kaznenog postupka.¹⁴²

U islamskim pravnim sustavima nije uređeno pravilo o izdvajanju dokaza.¹⁴³ Godine 1979. pod *Bassiounijevim* predsjedanjem održana je konferencija o zaštiti ljudskih prava u islamskom kaznenopravnom sustavu te je u toč. 9. preporučeno "pravo na meritornu presudu zasnovanu na zakonski dopuštenim dokazima", a bilo je predviđeno da će odstupanje od tih načela predstavljati povredu šerijatskog prava.¹⁴⁴

8. IZDVAJANJE DOKAZA PROIZAŠLIH IZ NEZAKONITIH DOKAZA

Neki važniji poredbeni sustavi ne koriste se američkom teorijom o plodovima otrovne vočke, prema kojoj je automatski potrebno izdvojiti druge zakonite dokaze (tzv. derivirani ili proizašli dokazi) za koje se doznalo iz nezakonitog dokaza. Iako se i prema proizašlim dokazima u većini država može koristiti relativni pristup, neke države ne predviđaju ni takvu mogućnost. Prema engleskom pravu, dokazi za koje se doznalo iz nezakonitog dokaza dopustivi su u kaznenom postupku.¹⁴⁵ U kanadskom sustavu nije prihvaćeno izdvajanje dokaza proizašlih iz nezakonitog dokaza.¹⁴⁶ U njemačkom pravnom krugu dokazi za koje se doznalo iz nezakonitog dokaza načelno se mogu koristiti.¹⁴⁷ Ti su dokazi obuhvaćeni učenjem o proširenom djelovanju dokazne zabrane (*Fernwirkung*).¹⁴⁸ Na primjer, u predmetima *BGHSt 32, 68* i u *BGHSt 35, 32* materijalni dokazi koji su pronađeni temeljem nezakonitih posebnih dokaznih radnja bili su dopustivi na suđenju.¹⁴⁹

¹³⁹ *The Military Court of Appeal v Vaa'kneen*, 42(3) P.D. 837 (Supreme Court of Israel).

¹⁴⁰ *Saif, M., Wattad, A.*, Rethinking the Fruits of the Poisonous Tree in Israeli Constitutional Law, Oxford University Comparative Law Forum, vol. 5, 2005.

¹⁴¹ Crim 5121/98 *Issacharov* [2006].

¹⁴² *Blum, B.*, Exclude Evidence, You Exclude Justice - A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rule after *Issacharov*, Southwestern Journal of International Law, vol. 16, 2010, str. 390.

¹⁴³ *Esmaili, H., Gans, J.*, Islamic Law Across Cultural Borders: The Involvement Of Western Nationals In Saudi Murder Trials, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 28, 2000, str. 155.

¹⁴⁴ *Mahmood, T.*, Reforma krivičnog prava u muslimanskim zemljama, u: *Karčić, F. i dr.*, Šerijatsko pravo u savremenim društvima, Sarajevo, 1998, str. 139.

¹⁴⁵ *Zander, M.* (1990).

¹⁴⁶ *Parfett, J.*, A Triumph of Liberalism: The Supreme Court of Canada and the Exclusion of Evidence, Alberta Law Review, vol. 40, 2002, str. 331.

¹⁴⁷ *Jäger, C.*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, Beck, München, 2003, str. 112.

¹⁴⁸ *Beulke, W.* (2000), str. 68.

¹⁴⁹ *Roxin, C.* (1998), str. 193.

Izdvajanje proizašlih dokaza nije rašireno među državama koje se koriste apsolutnim izdvajanjem. Španjolska ustavnosudska praksa radikalno se odmaknula od zabrane proizašlih dokaza te je 1998. godine pod utjecajem ESLJP-a (španjolski sud citira odluku *Schenk*¹⁵⁰) utvrdila da se za proizašle dokaze koristi vaganje i pritom je promatrala intenzitet povrede i povezanost s učincima narušavanja pravde (*conexión de antijuridicidad*) te učinak na pravičnost postupka (*proceso justo*).¹⁵¹ Primjerice, kada je Ustavni sud utvrdio da povreda nije bila namjerna i nije bila teška, a posrijedi je bio nedostatak sumnje za poduzimanje posebnih mjera, droga koja je pronađena temeljem nezakonitog snimanja mogla je biti korištena u postupku, iako su takvi dokazi bili uobičajeno izdvajani do 1998. godine.¹⁵² Nadalje, španjolski je sustav prema ustavnosudskoj praksi od 2004. godine uveo brojne okolnosti koje se promatraju pri procjeni potrebe izdvajanja dokaza proizašlih iz nezakonitoga. Iako se za španjolski sustav često navodi da se koristi apsolutnim izdvajanjem proizašlih dokaza, *Thaman* ističe da se pod utjecajem ESLJP-a zapravo koristi diskrecijom.¹⁵³

Talijanski sustav, koji je rađen po uzoru na američko pravilo o izdvajanju dokaza, odbio je preuzeti teoriju o plodovima otrovne vočke te, primjerice, predmet koji je otkriven temeljem nezakonitog tajnog nadzora komunikacija može biti korišten za dokazivanje.¹⁵⁴ U sustavima poput talijanskoga ili španjolskoga načelno je prihvaćena teorija o plodovima otrovne vočke, ali se zaobilazi u sudskoj praksi ili se postupno sužava.¹⁵⁵

Znanstvenici iz nekih susjednih država smatraju teoriju o plodovima otrovne vočke pretjeranim čistunstvom i neprihvatljivim za ovdašnje pravo,¹⁵⁶ a pritom se pozivaju i na neke poznate hrvatske autore, poput *Damaške*, koji nije smatrao da je izdvajanje dokaza općenito opravdano sredstvo za povrede prava, nego se zauzimao za izravna sredstva.

Iako su ovdje predmet promatranja nezakoniti materijalni dokazi otkriveni temeljem neke ranije nezakonite radnje, kojom se također prikupljaju materijalni dokazi, ovo se područje može promatrati i ovisno o tome proizlazi li neki materijalni dokaz iz prijašnjeg personalnog dokaza, primjerice prikupljenog nezakonitim ispitivanjem. Neke države imaju zakonski propisan odnos u takvim situacijama, primjerice englesko uređenje u čl. 76. st. 4. PACE izričito propisuje da nezakonitost priznanja ne dovodi do

¹⁵⁰ „Solamente a partir de esa doble consideración podrá llegar a determinarse si el proceso penal en el que se haya valorado una prueba obtenida a partir de una intervención telefónica acordada contraviniendo las exigencias del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. ha sido o no desde la perspectiva constitucional, un «proceso justo» (T.E.D. H., caso Schenk, Sentencia de 12 de julio de 1988).

¹⁵¹ *Thaman, S.* (2012), str. 689.

¹⁵² STC 81/Feb. 4, 1998.

¹⁵³ *Thaman, S.* (2012), str. 379, 383.

¹⁵⁴ *Grande, E.* (2000), str. 249.

¹⁵⁵ *Thaman, S.* (2010), str. 379, 383.

¹⁵⁶ *Grubač*, Krivično procesno pravo, Beograd, 2006, str. 251; *Vasiljević/Grubač*, Komentar Zakona o krivičnom postupku, Beograd, 2003, str. 334, prema *Brkić, S.*, Upotreba nezakonitih dokaza u krivičnom postupku Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 45, br. 1, 2011, str. 189.

izdvajanja materijalnih dokaza otkrivenih temeljem priznanja.¹⁵⁷ Ni američki sustav ne izdvaja materijalne dokaze otkrivene u nezakonitom priznanju, prema odluci *United States v. Patane* 542 U.S. 630 (2004), u kojoj je utvrđeno da zbog propusta u radnji ispitivanja nije potrebno izdvojiti materijalne dokaze koji su otkriveni temeljem iskaza.¹⁵⁸

9. KRETANJA U TRANZICIJSKIM SUSTAVIMA

9.1. OPĆENITO

U državama koje su se potkraj 20. stoljeća osamostalile ili su promijenile političko uređenje ne postoji jedinstveni obrazac u propisivanju ovog područja. Armenija, Azarbajdžan, Moldavija i Turkmenistan nisu uveli apsolutno izdvajanje, nego dokaze izdvajaju prema načelu pouzdanosti.¹⁵⁹ U tranzicijskim sustavima kaznenog postupka Estonije, Litve ili Rumunjske nije posvećena posebna pozornost izdvajanju nezakonitih dokaza.¹⁶⁰ Letonija u čl. 130. st. 2. ZKP-a ima pravilo prema kojem dokazi prikupljeni povredom prava mogu biti korišteni ako povreda nije suštinska ili se može ispraviti.¹⁶¹ U ruskom sustavu ekskluzijsko se pravilo primjenjuje samo za neke ustavne povrede pri radnji ispitivanja okrivljenika, a ne i pri drugim radnjama, odnosno u vezi s materijalnim dokazima.¹⁶² Odbijanje konvalidacije istražiteljeve odluke o pretrazi jedina je izričito spomenuta zakonska osnova za nedopustivost (čl. 165. st. 5. ZKP) i u tekstu ruskog ZKP-a nema drugih izričitih *ex lege* nezakonitosti u odnosu na način pribavljanja materijalnih dokaza.

Neki autori navode da je Mađarska jedna od država koja je prihvatila ekskluzijsko pravilo 1989. godine s ciljem približavanja demokratskim državama, ali je tu ipak općenito riječ o mješovitom modelu, koji se za materijalne dokaze koristi relativnim načinom procjene.¹⁶³ Činjenice koje proizlaze iz dokaza pribavljenih od strane tijela vlasti počinjenjem kaznenog djela ili drugim nezakonitim načinima ili suštinskim ograničavanjem postupovnih prava ne mogu biti korištene za dokazivanje (čl. 78. § 4. ZKP-a). Dokaz se obvezno izdvaja ako je riječ o iznuđivanju iskaza ili sličnim postupcima, ali je potrebno čekati pravomoćno okončanje kaznenog postupka za takvo kazneno djelo. Relativno izdvajanje odnosi se na proceduralna prava okrivljenika, ali samo ako je

¹⁵⁷ Hutton, G., Johnston, D., Evidence and Procedure, Oxford University Press, Oxford, 2004, str. 189.

¹⁵⁸ Amar, A., What Belongs In A Criminal Trial: The Role Of Exclusionary Rules, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol. 20, 1997, str. 466.

¹⁵⁹ Thaman, S. (2010), bilj. 43.

¹⁶⁰ Pavišić, B. i dr., Transition of Criminal Procedure Systems, Pravni fakultet, Rijeka, 2004.

¹⁶¹ Thaman, S. (2010), str. 342.

¹⁶² Lewis, M. (2011), str. 638, 647.

¹⁶³ Frankowski, S., Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Within, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, str. 244.

riječ o važnom pravu, što ovisi o procjeni suda. U okviru relativnog izdvajanja provodi se provjera pouzdanosti dokaza, zatim kakve su bile mogućnosti njegova pribavljanja, odnosno je li se mogao zakonito prikupiti.¹⁶⁴ Kritičari tvrde da je riječ o nejasnom opsegu, bez pokušaja uviđanja što se očekuje u primjeni.¹⁶⁵

Češko zakonodavstvo propisuje da se u slučaju povrede prikupljeni dokazi ne mogu koristiti, a kao primjer se navodi iznuđivanje iskaza. Odredba čl. 89. st. 4. češkog ZKP-a propisuje zabranu korištenja dokaza prikupljenih uporabom sile ili prijetnjom, osim ako se koristi protiv počinitelja, i pritom ne spominje radnje pribavljanja materijalnih dokaza. Slične odredbe o zabrani pojedinih dokaza nema u slučaju posebnih dokaznih mjera ili pretrage.

Poljsko uređenje nije usmjereno na izdvajanje materijalnih dokaza, nego na stegovno sankcioniranje propusta službenika. Tamošnje pravilo u čl. 171. st. 6. ZKP-a odnosi se samo na ograničavanje korištenja izjava prikupljenih zlouporabama u ispitivanju.¹⁶⁶ Poljski ZKP nije prihvatio ni teoriju o plodovima otrovne voćke, nego je u skladu s njemačkim sustavom, s kojim dijeli mnogo povijesnih utjecaja u pravnom sustavu.¹⁶⁷

9.2. HRVATSKA I SUSJEDNE DRŽAVE

Tijekom razvoja hrvatskog zakonodavstva vidljivo je da se odustalo od prvotnog nacрта odredbe ZKP-a o izdvajanju nezakonitih dokaza iz 1994. godine, koja je bila slična njemačkim teorijama.¹⁶⁸ Tadašnji nacrt ZKP-a bio je blizak europskoj tradiciji relativnog izdvajanja i također je bio u skladu s ranijom preporukom da bi trebalo koristiti "jednu teoriju razmjernosti, sličnu zapadnonjemačkoj *Abwägungslehre*".¹⁶⁹ Ustavni sud u nedavnoj odluci o ustavnosti uvođenja relativnog izdvajanja spominje neka obilježja teorije vaganja koja je nastala u njemačkoj sudskoj praksi.¹⁷⁰ Za razliku od takva stanja, u vrijeme izrade zakonodavstva nakon osamostaljivanja države, utjecajni slovenski teoretičari prihvaćali su američko ekskluzijsko pravo kao univerzalno, navodeći američki povijesni razvoj u nedostatku vlastitoga.¹⁷¹ Slovenko je uređenje tako 1994.

¹⁶⁴ *Karsai, K. i dr.*, Criminal Law in Hungary, Kluwer Law International, Hague, 2010, str. 172 i dalje.

¹⁶⁵ *Erdei, A.*, Lessons for Legislator, u: *Wise, E. i dr.*, Criminal Science in a Global Society, Hein Publishing, 1994, str. 104.

¹⁶⁶ *Weigend, E.*, Die polnische Strafprozessordnung, Max-Planck-Institut, Freiburg, 2004.

¹⁶⁷ *Weigend, T. i dr.*, Festschrift Fur Hans Joachim Hirsch: Zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin, 1999, str. 1006.

¹⁶⁸ "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"

¹⁶⁹ *Krapac, D.*, Opći prikaz primjene nekih propisa ZKP o pravnom režimu nevaljanih dokaza i neformalnih izvora saznanja koje su prikupili OUP te nekih propisa o utvrđivanju činjeničnog stanja, Naša zakonitost, vol. 37, br. 7-10, 1983, str. 236.

¹⁷⁰ „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., 19. srpnja 2012., str. 34, § 44.3.

¹⁷¹ *Zupančič, B. i dr.*, Ustavno kazensko procesno pravo, Ljubljana, 1996.

godine u čl. 18. ZKP-a normiralo apsolutno izdvajanje nezakonitih dokaza kao tzv. striktno ekskluzijsko pravilo,¹⁷² a hrvatski je nacrt do konačnog donošenja u ZKP/97 prihvatio slična gledišta te se odustalo od europeizirane odredbe o relativnom izdvajanju, koja čak nije više predstavljala ni sekundarnu mogućnost. Takvim se pristupom od nacрта relativnog sustava došlo do prihvaćanja čistog apsolutnog pravila.

ZKP Bosne i Hercegovine iz 1998. godine u čl. 8. st. 2. sadržava odredbu o izdvajanju, ali zakonski nije detaljnije propisan opseg povreda.¹⁷³ Slično uređenje sadržava i makedonsko zakonodavstvo. U izradi propisa za Okrug Brčko velik su utjecaj imali strani savjetnici, koji su preporučivali taj model za sve države ovog područja.¹⁷⁴ Kosovo izdvaja nezakonite dokaze u slučaju nekih obveza nazočnosti okrivljenika.¹⁷⁵

U srbijanskom sustavu opseg je izdvajanja dvojbena jer tamošnji ZKP ne propisuje izričite osnove nezakonitosti dokaza u slučaju radnja poput pretrage, nego se većinom odnosi na iskaze osoba. U sudskoj se praksi katkad koristi odvojeno poimanje radnja, slično kao u talijanskoj ili grčkoj praksi, tako da se prema nekim sudskim odlukama u okviru nezakonite pretrage može zakonito poduzeti oduzimanje predmeta i dokazi su dopustivi. Slično nekim primjerima iz poredbenog prava, *Brkić* ističe spremnost tamošnje sudske prakse na korištenje nekim personalnim izvorima koji će iskazivati o sadržaju izdvojenog nezakonitog dokaza, čime se izdvaja sporan dokaz, ali dopušta uporaba drugih načina njegova dokazivanja.¹⁷⁶

Neovisno o tome što neke susjedne države imaju slične osnovne odredbe o nezakonitim dokazima, različit je opseg primjene, što je, primjerice, vidljivo u slučaju odredbe o nazočnosti dva svjedoka pri pretrazi stana. Iako se već iz *Thamanova* prikaza pokazuje rijetkost takve odredbe na svjetskoj razini,¹⁷⁷ tumačenje je različito u Hrvatskoj i u susjednim državama. U Bosni i Hercegovini zbog povrede pravila o dva svjedoka materijalni se dokazi ne moraju smatrati nezakonitima jer bi ionako bili pronađeni neovisno o tom koje su osobe nazočne.¹⁷⁸ U nekim slučajevima u Srbiji u kojima je provedena pretraga stana bez svjedoka sud je tražio razloge za takvo postupanje, a nije izdvojio dokaze, dok je, primjerice, tamošnji Vrhovni sud u slučaju iz 2005. godine provjeravao ima li povreda utjecaja na presudu te nije automatski izdvojio dokaze.¹⁷⁹ Posljedice do kojih mogu dovesti različita tumačenja u državama s ovog područja

¹⁷² *Šugman, K. i dr.*, Slovenia, The European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, Finland, 2004, str. 38.

¹⁷³ Slična je odredba unesena u ZKP Okruga Brčko iz 2000. godine (čl. 12. st. 2.), koji propisuje zabranu uporabe dokaza pribavljenih povredom ustavnih ili konvencijskih pravila, odnosno zakonskih odredaba.

¹⁷⁴ *Karnavas, M.*, Creating the Legal Framework of the Brcko District of Bosnia and Herzegovina: A Model for the Region and Other Postconflict Countries, American Journal of International Law, American Journal of International Law, vol. 97, 2003, str. 123 i dalje.

¹⁷⁵ *Pavišić, B.* (2004), str. 42, 60, 148, 170, bilj. 723.

¹⁷⁶ *Brkić, S.* (2011), str. 190, odluke u bilj. 19 i 20, str. 187.

¹⁷⁷ *Thaman, S.* (2012), str. 684.

¹⁷⁸ Sud Bosne i Hercegovine, S1 2 K 002598 11 K (X-KRN-10/894). U odluci se prihvaća noviji razvoj američkog pravila prikazan u *Karas, Ž., Jukić, M.* (2009).

¹⁷⁹ VSS, Kž. I 57/2005 od 21. veljače 2005.

pokazuje i nedavno suđenje povodom pronađene 2,5 tona kokaina (akcija Balkanski ratnik). Isti dokazi u Srbiji su bili zakoniti za osuđivanje tamošnjeg dijela skupine, dok je slovenski sud u postupku protiv slovenskog kraka kriminalne skupine utvrdio da za dio dokaza prikupljenih u stranim državama nisu postojale dovoljne osnove za korištenje prikrivenih mjera i dokaze je smatrao nezakonitima te ih je izdvojio.¹⁸⁰

Veliku teškoću u poredbenom pravu predstavlja nedostatak dubljih analiza ne samo zakonodavstva i teorije nego i prakse. Primjerice, neki slovenski komentatori neobično smatraju da je hrvatski sustav suprotan ekstrem slovenskom uređenju jer se koristi vaganjem, a ne apsolutnim izdvajanjem.¹⁸¹

9.3. NEKI RAZLOZI ZA PREUZIMANJA U TRANZICIJSKIMA SUSTAVIMA

Tranzicijske države koje prije nisu imale zakonskih odredaba o ovom pitanju tražile su uzore u poredbenom pravu, iako pritom postoje različita objašnjenja o razlozima prihvaćanja, poput zaštite vjerodostojnosti dokaza, prevencije nezakonitosti, isticanja novih vrijednosti u kaznenom postupku i sl. Neke su tranzicijske države uvele izdvajanje dokaza radi naglašavanja odustajanja od socijalističkog zakonodavstva i potvrde vrijednosti zapadnih demokracija. Pritom je nepovoljno što nije riječ o istim polaznim vrijednostima, jer zapadni koncepti predstavljaju već razvijeni oblik koji nije namijenjen prijelaznom razdoblju.¹⁸² Zato tranzicijski sustavi nisu stabilni kao razvijene pravne tradicije, nego su promjene ili odbacivanja učestale pojave. Tranzicijske države nazivaju i laboratorijem za pravna rješenja jer imaju najviše promjena procesnog zakonodavstva. Neke se države nisu mogle odlučiti koja rješenja iz poredbenog prava preuzeti tako da je kao uzor katkad korišten germanski pravni krug, a katkad anglosasko pravo.¹⁸³

Teške policijske zloporabe u nekim tranzicijskim državama bile su opravdanje za uvođenje pravila o izdvajanju nezakonitih dokaza, primjerice u ruskom sustavu u slučaju radnje ispitivanja okrivljenika.¹⁸⁴ Uvođenje ekskluzijskog pravila u kineskom sustavu ostvareno je nakon otkrića da je u brojnim slučajevima nad nedužnim osobama izvršena smrtna kazna pod utjecajem netočnih priznanja dobivenih višednevnim mučenjima.¹⁸⁵ Međutim, te države nisu opsežno proširile ekskluzijsko pravilo na radnje kojima se prikupljaju materijalni dokazi. U bivšim sovjetskim republikama postoji veliko nepovjerenje u redarstvene vlasti jer se policija koristi arbitrarnim izvanzakonskim mjerama i nije se promijenila od sovjetskih vremena zbog nedostatka profesionalizma,

¹⁸⁰ Okrožno sodišče v Ljubljani, III K 44415/10 (III K 200/10), 6. studenog 2012.

¹⁸¹ *Erbežnik, A.*, The Exclusionary Rule. Comparison between the ECtHR and the Slovenian and Croat Systems, *Revus - European Constitutionality Review*, vol. 11, 2009, str. 183.

¹⁸² *Gray, J.*, From Post-Communism to Civil Society: The Reemergence of History and the Decline of the Western Model, *Social Philosophy and Policy*, vol. 10, br. 2, 1993, str. 26.

¹⁸³ *Vogler, R.* (2005), str. 187.

¹⁸⁴ *Jackson, J. i dr.*, Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context - Essays in honour of Professor Mirjan Damaška, Hart, Oxford, 2008, str. 116 i dalje.

¹⁸⁵ *Lewis, M.* (2011), str. 668.

umanjene legitimnosti i korištenja policije kao stranačke agencije.¹⁸⁶ Prijašnje stanje u komunizmu predstavljalo je kulturu nekažnjivosti jer su tijela vlasti mogla postupati bez posljedica.¹⁸⁷ Policija je bila usmjerena na stjecanje privatnih imovinskih interesa službenika.¹⁸⁸ Ankete su pokazale da se policiji najmanje vjeruje i da je se smatra najkorumpiranijim dijelom ruskog društva.¹⁸⁹ Slično je stanje s povjerenjem u policiju i u drugim državama bivšeg Sovjetskog Saveza, što se nije mijenjalo od ranijih istraživanja,¹⁹⁰ ali ipak većina tih država nije uvela izdvajanje nezakonitih dokaza u opsežnom obliku.

Neka se objašnjenja temelje na privlačnosti američkog modela kao najutjecajnijeg svjetskog pravnog sustava. Američke se odluke katkad nazivaju transnacionalnim odlukama jer u drugim državama predstavljaju pravila na koja se tamošnja tijela vlasti i sudska praksa pozivaju.¹⁹¹ Slično se može uočiti u hrvatskoj teoriji, gdje se, kao i u nekim susjednim državama, navodi praksa američkih sudova kao okvir domaćeg modela, iako brojni razvijeni europski sustavi imaju potpuno drugačije teorije. Neki autori preuzimanje američkih pravila promatraju u okviru utjecaja na tzv. slabe države, primjerice kao „nevjerojatno snažnu pozadinsku ulogu“ američkih vlasti u donošenju propisa iz kaznenog postupka u nekim državama bivše Jugoslavije.¹⁹²

10. ZAKLJUČAK

Kad se promatra stanje u poredbenom pravu, vidljivo je da se većina pravnih sustava ne koristi apsolutnim izdvajanjem, koje bi bilo široko usmjereno na povrede u radnjama prikupljanja materijalnih dokaza. Upravo suprotno, takav je model predmet kritika zbog brojnih nedostataka i negativnih posljedica. Rijetki sustavi koji se koriste apsolutnim načinom izdvajanja pritom nemaju širok opseg pravila, primjenjuju razne iznimke te ne obuhvaćaju brojne povrede koje u hrvatskom uređenju mogu dovoditi do nezakonitosti dokaza. Apsolutno izdvajanje dokaza proizašlih iz nezakonitog dokaza rijetkost je i u takvim sustavima, a oni koji se njime koriste prihvaćaju relativno izdvajanje za proizašle (derivirane) dokaze. Analiza potvrđuje da je pri promatranju poredbenog prava pozornost potrebno usmjeriti ne samo na postojanje pravila nego i na opseg izdvajanja te na međuodnos sa širinom ovlasti redarstvenih vlasti.

¹⁸⁶ Favarel-Garrigues, G., Huérou, A., State and the multilateralization of policing in post-Soviet Russia, *Policing and Society*, vol. 14, br. 1, 2004, str. 13.

¹⁸⁷ Chistyakova, Y., Reforming the Ukrainian police, u: Goodall, K. i dr., *Building Justice in Post-Transition Europe*, Routledge, Abingdon, 2012, str. 151 i dr., 146.

¹⁸⁸ Gerber, T., Mendelson, S., Public Experiences of Police Violence and Corruption in Contemporary Russia: A Case of Predatory Policing, *Law and Society Review*, vol. 42, br. 1, 2008.

¹⁸⁹ Goodall, K. (2012), str. 161, 181.

¹⁹⁰ Beck, A., Chistyakova, Y., Crime and Policing in Post-Soviet Societies: Bridging the Police/Public Divide, *Policing and Society*, vol. 12, br. 2, 2002, str. 123.

¹⁹¹ Langer, M., From Legal Transplants to Legal Translations, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, br. 1, 2004, bilj. 263.

¹⁹² Meritus, J., From Legal Transplants to Transformative Justice: Human Rights and the Promise of Transnational Civil Society, *American University International Law Review*, vol. 14, br. 5, 1999, str. 1363 i dalje.

Kad se promatraju kretanja u poredbenom pravu, važniji pravni sustavi koji se primarno koriste relativnim izdvajanjem i užim opsegom ne pokazuju težnje preuzimanja apsolutnog izdvajanja. S druge strane, sustavi koji su preuzeli apsolutno izdvajanje kao primarno pravilo potpuno su odustali od njega, npr. novozelandski ili belgijski sustav, ili se pak koriste širokim iznimkama. Čak i američki model, koji je bio uzor brojnim državama, u novije vrijeme snažno ograničava izdvajanje nezakonitih dokaza. Najčešće su primjedbe u apsolutnom modelu da empirijska istraživanja ne pokazuju da izdvajanje ima preventivni učinak; velik dio povreda ne nastaje namjerno, a pri namjernim povredama izdvajanje dokaza ne sankcionira službenike nego društvo; izdvajanje dokaza ne ide u korist osobama kojima je povrijeđeno isto pravo, ali nisu pronađeni dokazi, a počinitelj ima nezaslužene koristi jer je kazneno djelo ostavilo posljedice koje ne može poništiti naknadna procesna povreda. Relativni model izdvajanja ima veće mogućnosti prilagođavanja pojedinačnim okolnostima i može ostvarivati prikladnije učinke na kazneni postupak. Kao suprotnost izvornom američkom modelu, u brojnim se državama prepoznaje pristup judikature ESLJP-a s velikim utjecajem na anglosaske sustave, međunarodne sudove te države koje su odbacile apsolutno izdvajanje ili teoriju o plodovima otrovne voćke.

U kontekstu hrvatskog razvoja čini se da su na prihvaćenje apsolutnog modela u ZKP/97 utjecali razni čimbenici, poput potrebe napuštanja prijašnjeg sustava te isticanja novih vrijednosti kaznenog postupka. Tranzicijske države s drugih područja nisu uvele ovakvo ekskluzijsko pravilo, neovisno o tome što su imale veće teškoće u pravilnosti prikupljanja dokaza i vjerodostojnosti vlasti. Iako su posljednja usmjeravanja prema mješovitom modelu u ZKP/08 bliskija kretanjima poredbenog prava i pokazuju sklonosti europskim sustavima s kojima je hrvatsko pravo tradicionalno bilo vezano, ipak je teško predvidjeti daljnji razvoj i opseg koji će preuzeti. Budući da su dosad u hrvatskom sustavu korištene osnovne američke teorije, a bile su zanemarene brojne iznimke, pitanje je hoće li američko pravo biti praćeno u znatnom sužavanju koje se pojavljuje u toj državi posljednjih godina ili će hrvatsko pravo i dalje biti zahtjevnije od svojeg uzora.

Summary

EXCLUSION OF ILLEGALLY OBTAINED REAL EVIDENCE IN COMPARATIVE LAW

The paper discusses the standpoint of comparative law on the exclusionary rule in search and seizure. Research confirms that most European criminal procedures do not apply an automatic exclusionary rule on real evidence. The few countries that use automatic exclusion do not include a wide range of injuries and have many exceptions. Most states use a discretionary model and this approach is also used by the European Court of Human Rights and the international criminal courts. The American approach is not accepted in common-law countries, so neither the English, Canadian nor Australian criminal procedure uses the mandatory exclusion of illegal evidence. The American model was rejected after being introduced in criminal procedure in New Zealand and Belgium. In post-communist countries, there are no unique trends in this field. The acceptance of the American influence is evident in some provisions of the Croatian system which uses automatic exclusion with a wider scope of exclusion than the original American exclusionary rule.

Keywords: illegal evidence, material evidence, comparative law

Authors:

Željko Karas, DSc

Lecturer, Police College, Zagreb

Davor Štrk, DSc

Deputy Head, Police College, Zagreb