

O NEDOPUŠTENIM DOKAZIMA U PARNIČNOM POSTUPKU¹

Dr. sc. Mihajlo Dika, professor emeritus
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.94
Ur.:15. ožujka 2016.
Pr.: 30. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Istražuju se dokazne zabrane koje se tiču pojedinih dokaznih sredstava kao instrumenata za utvrđivanje određenih predmeta dokazivanja te načina izvođenja dokazivanja u hrvatskom parničnom procesnom pravu. Uvodno se postavljaju osnove za klasifikaciju i kvalifikaciju pojedinih takvih zabrana (opće, posebne; apsolutne, relativne; otklonjive, neotklonjive; izravne, posredne). Nastavno se posebno razmatraju tzv. apsolutne i relativne zabrane, a u okviru izravnih relativnih zabrana one koje se odnose na korištenje određenih dokaznih sredstava radi utvrđivanja izvjesnih činjenica, one koje se izvode iz pravila po kojima se stanovite činjenice mogu dokazivati samo nekim dokaznim sredstvima i tzv. dokazne uskrate, dok se kao posredne relativne zabrane izlažu one koje se izvode iz zabrana koje se tiču predmeta dokazivanja. Osobita pažnja poklanja se dokazima pribavljenim na nedopušteni način, pri čemu se najprije nastoje odrediti ustavne, zakonske, judikaturne i doktrinarne premise za određenje toga pojma, da bi se nakon toga obradila problematika dokaza pribavljenih povredom ustavnog jamstva o štovanju i pravnoj zaštiti osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, dokaza pribavljenih povredom ustavnog jamstva slobode i tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja te dokaza pribavljenih povredom prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka. Navedena pitanja upotpunjuju se analizom instituta dokaznih prekluzija i tzv. informativnih dokaza. Zaključno se konstatira da u hrvatskom parničnom postupkovnom pravu institut nedopuštenih dokaza nije na odgovarajući način uređen, zbog čega se naglašava potreba da se de lege ferenda utvrde zakonske pretpostavke za odgovarajuću operacionalizaciju instituta u hrvatskom parničnom postupkovnom pravu i naznačuje kako bi se to moglo postići.

Ključne riječi: *parnični postupak, nedopuštena dokazna sredstva, dokazne zabrane*

¹ U pribavljanju relevantne judikature za ovaj rad značajno mi je pomogao mag. iur. Marko Bratković, asistent – novak na Katedri iz građanskog procesnog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Koristim ovu prigodu da mu na tome još jednom zahvalim.

1. UVOD²

Sastavni dio dokaznog prava čine odredbe kojima se propisuju odgovarajuće zabrane odnosno ograničenja u primjeni dokazivanja kao metode utvrđivanja činjenica i drugih predmeta utvrđivanja.

U doktrini se dokazne zabrane dijele na one koje se tiču predmeta (teme) dokazivanja (njem. *Beweisthemaverbot*), na one koje se odnose na pojedina dokazna sredstva kao instrumente utvrđivanja određenih predmeta dokazivanja (njem. *Bewismittelverbot*), na one koje za svoj objekt imaju načine izvođenja dokazivanja (njem. *Beweismethodenverbot*) te na one koje su propisane u pogledu uzimanja u obzir rezultata određenih izvedenih dokaza (njem. *Beweisverwertungsverbot*).³ Trebalo bi, međutim, pored navedenih zabrana voditi računa i o zabranama korištenja određenih metoda vrednovanja dokazne snage izvedenih dokaza.

Od navedenih zabrana u ovom će se radu nastojati posebno izložiti i kritički razmotriti zakonsko uređenje onih koje se tiču pojedinih dokaznih sredstava kao instrumenata utvrđivanja određenih predmeta utvrđivanja te onih koje se odnose na način izvođenja dokazivanja uključujući i načine pribavljanja pojedinih dokaznih sredstava. Zabrane koje su propisane u pogledu predmeta utvrđivanja i uzimanja u obzir rezultata određenih izvedenih dokaza, kao i one koje se odnose na korištenje određenih metoda vrednovanja dokazne snage izvedenih dokaza nisu obuhvaćene temom ovoga rada.

Pojam dokaza u ovom radu koristit će se u jednom od više njegovih mogućih značenja – u smislu dokaznih sredstava kao stvari i osoba koje kao nositelji, izvora informacija o činjenicama i drugim predmetima dokazivanja koji omogućavaju sudu da njihovim ispitivanjem pribavi te informacije (lat. *instrumentum, medium probandi*; njem. *Beweismittel*).

2 U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke ili rečenice u istom stavku, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje pojedinih propisa rabit će se njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu. Jedino će se odredbe ZPP-a navoditi bez naznake kratice toga zakona.

3 Usp.: FASCHING, *Zivilprozeßrecht, Lehrbuch de österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2. izd., 1990. (cit. FASCHING, ZPR), 437.-439.; RECHBERGER-SIMOTTA, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, 7. izd., 2009., (cit. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR), 401.-403., RECHBERGER u FASCHING, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, 2. izd., 3. vol., 2004. (cit. RECHBERGER, *Fasching.Komm.*), 576., ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. izd., 2010. (cit. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR), 617., 618.

2. OPĆENITO O NEDOPUŠTENIM DOKAZNIM SREDSTVIMA

Dokazna sredstva su nedopuštena ako je njihovo korištenje zabranjeno, a ako je njihovo korištenje ograničeno, u mjeri u kojoj je ograničeno.

Zabrane koje se tiču dokaznih sredstva mogu biti **opće** kad se odnose na mogućnost njihova korištenja radi utvrđivanja svih predmeta utvrđivanja u svim parničnim postupcima; one mogu biti **posebne** kad je mogućnost upotrebe tih sredstava ograničena s obzirom na njihovu vrstu, vrstu postupka u kojemu se mogu koristiti ili vrstu predmeta utvrđivanja. Te su zabrane **apsolutne** kad se njima isključuje mogućnost upotrebe određenih sredstava saznavanja o činjenicama kao takvih, neovisno o njihovu odnosu prema predmetu utvrđivanja, metodi ispitivanja, mogućnosti korištenja dokaznog materijala pribavljenog njihovim ispitivanjem, itd.; one su **relativne** kad njima ta sredstva nisu isključena kao takva, već tek u relaciji s određenim predmetima utvrđivanja, itd. Pritom su neke od relativnih zabrana, koje bi zapravo imale značenje svojevrstnih ograničenja u korištenju dokaznih sredstava, **neotklonjive**, a neke **otklonjive**, već prema tome ovisi li njihova relevantnost o pribavljanju nekog odobrenja, suglasnosti, itd. Pojedine od takvih zabrana mogu biti određene **izravno** izričitim zabranjivanjem korištenja određenih dokaznih sredstava ili isključivanjem njihova korištenja određivanjem dokaznih sredstava koja se smiju koristiti; o nekim drugim zaključak bi se o zabrani njihova korištenja mogao izvesti tek **posredno** iz nekih drugih zabrana, npr. iz zabrana koje se izravno tiču predmeta utvrđivanja,⁴ načina pribavljanja dokaznih sredstava⁵ određenog načina izvođenja dokazivanja.⁶

U slučajevima u kojima bi zabrane korištenja izvjesnih dokaznih sredstava bile propisane s obzirom na određene predmete utvrđivanja bila bi zapravo riječ o koincidenciji (apsolutnih ili relativnih) zabrana koje bi se ticale sredstava i predmeta dokazivanja.

Dokaze pribavljene na nezakonit način trebalo bi također smatrati nedopuštenim dokazima (v. *infra ad 5.*).

Protupravno pribavljanje inače dopuštenih dokaznih sredstava imalo bi značenje povrede zabrana koje bi se ticale načina pribavljanja određenih dokaznih sredstava i načina pribavljanja potrebnih informacija o predmetu utvrđivanja njihovim ispitivanjem (zabrane dokaznih metoda).

4 Npr., kad bi sud, unatoč zabrani dokazivanja domaćeprava, od stranaka zatražio da ga dokažu.

5 Npr., kad bi sud po službenoj dužnosti odredio i proveo pribavljanje određenih dokaza iako za to ne bi bilo opravdanja – 7/3.

6 Npr., kad bi sud, unatoč načelnoj zabrani posrednog izvođenja dokazivanja saslušanjem stranaka ili primjeni raznih oblika prisile prema njima, odredio njihovo takvo saslušanje, prisilno privođenje, zatvorio ih, novčano kaznio; kad bi svjedoku koji odbija svjedočiti odredio zatvor duži od trideset dana, izrekao mu novčanu kaznu preko dopuštenog maksimuma; kad bi odredio prisilno privođenje vještaka ili zatvor, izrekao mu novčanu kaznu preko dopuštenog maksimuma, itd.

O prekluzijama koje se tiču korištenja dokaznih sredstava v. *infra ad* 6.

O zabranama korištenja dokaznih sredstava koje bi se temeljile na stranačkim dispozicijama, osobito na tzv. dokaznim ugovorima v. *infra ad* 7.

O tome je li i u kom smislu zabranjeno predlaganje, tzv. informativnih dokaznih sredstava v. *infra ad* 8.

Dokazni rezultati do kojih bi sud došao povredom zabrana koje se tiču korištenja dokaznih sredstava ne smiju se uzeti u obzir pri donošenju odluke – zabrana korištenja dokaznih sredstava prerastala bi u zabranu korištenja dokaznih rezultata pribavljenih ispitivanjem tih sredstava.

3. APSOLUTNE ZABRANE

Iako to nije izrijekom propisano, treba uzeti da prema važećem uređenju parničnog postupka nisu dopuštena dokazna sredstva koja nisu na listi izrijekom propisanih ili koja se ne bi mogla svesti na neka od njih, a ne bi im prema (ustaljenoj sudskoj praksi) bilo priznato značenje dopuštenog «drugog» (“novog”) dokaznog sredstva. U tom bi smislu u važećem hrvatskom parničnom pravu bila apsolutno zabranjena sva “metaracionalna”, “ordalistička” dokazna sredstva, tortura.⁷

U kontinentalnoeuropskom pravnom krugu je u srednjovjekovnom i općepравnom procesnom pravu dokaz saslušanja stranaka u svrhu dokazivanja bio isključen.⁸ Unatoč tome što je saslušanje stranaka u svrhu dokazivanja bilo (pod utjecajem anglosaksonskog prava u kojemu se stranke tretiraju kao specifični svjedoci) uvedeno u austrijsko pravo ZPO-om iz 1895.,⁹ određene su rezerve prema tom dokaznom sredstvu u pravima koja su se formirala pod utjecajem toga prava, uključujući i hrvatsko, ostale i nakon toga. Tako prema ZPP 56 saslušanje stranaka nije bilo dopušteno u postupku zbog smetanja posjeda (421/4. ZPP 56), ali ni u postupku za osiguranje dokaza (261/2. ZPP 56), što znači da je prema tom zakonu postojala apsolutna zabrana korištenja tog dokaznog sredstva u tim postupcima. Prema ZPP 76, koji je odustao od zabrane saslušanja stranaka u parnicama zbog smetanja posjeda, osiguranje tog dokaza nije se moglo izvesti sve do Novele 2013. (prij. 272/2.).

7 Prema njemačkoj judikaturi, detektor laži nije dopušteno dokazno sredstvo u parničnom postupku, čak ni uz pristanak ispitanika. Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 617. Čini se da s aspekta hrvatskoga prava ne bi bilo zapreke da se u postupku upotrijebi i taj «dokaz», rezultate čijeg bi izvođenja sud prosuđivao po slobodnoj ocjeni (8.).

8 Razne tada dopuštene prisege stranaka koje su imale važnu ulogu u procesu nisu imale značenje dokaznih sredstava. Usp. FASCHING, ZPR, 528.

9 Ta je austrijska “inovacija”, koja se pripisuje tvorcu öZPO-a Franzu Kleinu, poslužila u tom pogledu kao uzor nizu drugih kontinentalnoeuropskih država - usp. FASCHING, ZPR, 528.

4. RELATIVNE ZABRANE

4.1. Izravne zabrane

4.1.1. Zabrane korištenja određenih dokaznih sredstava radi utvrđivanja izvjesnih činjenica

U zabrane ove kategorije pripadale bi, npr. zabrana (“nije dopušteno”) da se «u sudskom (...) postupku daju izjave, predlažu dokazi ili podnese drugi dokaz u bilo kojem obliku ako se takav dokaz odnosi na”: činjenicu da je jedna stranka predlagala ili prihvatila mirenje; izjave o činjenicama ili prijedlozima koje su stranke u postupku mirenja iznosile; priznanja zahtjeva ili činjenica izvršenih tijekom postupka mirenja, ako takva očitovanja nisu sastavni dio nagodbe; isprave pripremljene isključivo za potrebe postupka mirenja, osim ako je zakonom utvrđeno da je njihovo iznošenje nužno radi provedbe ili ovrhe sklopljene nagodbe; spremnost stranaka da tijekom postupka mirenja prihvate iznesene prijedloge; druge u postupku mirenja iznesene prijedloge (*arg. ex* 15/1. ZMI)¹⁰ (slučaj izravne općenite zabrane korištenja dokaza radi utvrđivanja određenih činjenica).¹¹ Bila bi, ipak, riječ o relativnoj zabrani jer se navedeni «podaci i informacije» u postupku pred sudom mogu otkriti ili upotrijebiti u dokazne svrhe samo ako je to nužno zbog zaštite javnog poretka i samo pod uvjetima i u opsegu koji zahtijeva zakon, ili ako je to potrebno za provedbu ili ovrhu nagodbe (15/3. ZMI).

O dokaznim uskratama koje su uvjetovane postupkom mirenja v. *infra ad* 4.3.

4.1.2. Zabrane koje se izvode iz pravila po kojima se izvjesne činjenice mogu dokazivati samo određenim dokaznim sredstvima

Zabrane ove kategorije temelje se na pravilima koja propisuju da se izvjesne činjenice mogu dokazivati samo određenim dokaznim sredstvima. Iz takvih bi pravila, naime, *a contrario*, proizlazilo da bi njihovo dokazivanje drugim dokaznim sredstvima bilo zabranjeno.¹² Bila bi zapravo riječ o zabranama koje bi koincidirale sa zabranama koje se tiču predmeta dokazivanja.

¹⁰ ZMI: Zakon o mirenju, NN 18/11.

¹¹ U sudskom, arbitražnom ili drugom postupku takvi se dokazi trebaju «odbaciti» kao nedopušteni. Odredbe o navedenim zabranama i njihovim pravnim posljedicama (15/1.-3. ZMI) primjenjuju se bez obzira na to je li arbitražni, sudski ili drugi slični postupak povezan sa sporom glede kojeg se vodio ili se vodi postupak mirenja (15/5. ZMI).

¹² Tako se prema prijašnjoj odredbi članka 470. stavka 4. ZPP-a ugovor o izbranom sudu mogao dokazivati samo ispravama, što znači da je pismena forma, koja je za taj ugovor bila propisana *ad solemnitatem* (*arg. ex* prij. 470/1.-3.), bila propisana i *ad probationem* (*arg. ex* prij. 470.), pri čemu, isprava kojom bi se dokazivalo postojanje tog ugovora nije morala biti isprava o tom ugovoru. Prema važećem uređenju arbitražnog ugovora više nema takvog ograničenja (*arg. ex* 6. ZA).

Među neotklonjive relativne zabrane ove kategorije bilo bi moguće svrstati, npr.:

(1) zabranu da se u parničnom postupku za poništaj braka sklopljenog dok traje prijašnji brak jednog od bračnih drugova postojanje ili nepostojanja toga braka dokazuje drugim dokazima osim izvatkom iz matice vjenčanih ili drugom odgovarajućom javnom ispravom (378/1. ObZ), odnosno pravomoćnom presudom o postojanju ili nepostojanju toga braka (*arg. ex* 378/2. ObZ), itd.

(2) zabranu dokazivanja sporazuma o mjesnoj nadležnosti drugim dokazima osim ispravom koja bi ga sadržavala. Naime, takav sporazum važi samo ako je pismeno sastavljen (*arg. ex* 70/3., 4.), što znači da je pisana forma propisana *ad solemnitatem*. Međutim, iz okolnosti da tužitelj mora ispravu o sporazumu priložiti uz tužbu (70/4.) proizlazilo bi da je isprava koja bi sadržavala takav ugovor propisana i *ad probationem*;

(3) zabranu dokazivanja punomoći za zastupanje u parničnom postupku drugim dokaznim sredstvima osim pisanom punomoći ili izjavom pred sudom koja bi bila zapisnički konstatirana (*arg. ex* 97., 98.);¹³

(4) zabranu utvrđivanja postojanja tražbine (i njezine dospjelosti) u postupku izdavanja tzv. dokumentarnog platnog naloga drugim dokaznim sredstvima osim tzv. vjerodostojnim ispravama (*arg. ex* 446.), itd.

4.1.3. Dokazne uskrate

Među zabrane korištenja određenih dokaznih sredstava pripadale bi i one koje bi se izvodile iz dužnosti odnosno prava stranaka ili trećih da iz različitih razloga uskrate predaju određenih dokaznih sredstava, odnosno da otklone biti dokaznim sredstvom, da iskazuju. U ovu bi grupu relativnih zabrana bilo moguće svrstati:

(1) zabranu da se kao svjedok sasluša osoba koja bi svojim iskazom povrijedila dužnost čuvanja (državne,) službene ili vojne tajne, dok je nadležno tijelo ne oslobodi te dužnosti (236.). Ova bi zabrana vrijedila i za utvrđivanje navedenih činjenica odgovarajućim ispravama (*arg. a fortiori, a minori ad maius ex* 234/1., 236.-238.) pa i vještačenjem (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 236.-238, 255/1.), ali i saslušanjem stranaka (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 236.-238, 269., 271.). Nju bi trebalo proširiti i na predmete uviđaja (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 229., 234/1., 236.-238.). Bila bi riječ o slučajevima relativne otklonjive zabrane korištenja određenih dokaznih sredstava radi utvrđivanja činjenica na koje se tajna odnosi;

13 Čini se da bi se, *de lege lata*, postojanje punomoći za zastupanje u parničnom postupku moglo (redovito) dokazivati samo ispravom koja bi je sadržavala (pisana punomoć), osim ako se ne bi izdala usmeno na zapisnik kod suda, što bi značilo da bi postojanje pismene punomoći bilo određeno ne samo *ad solemnitatem*, već i *ad probationem*. Takav bi zaključak proizlazio iz odredaba koje uređuju način izdavanja, podnošenja i učinaka punomoći u parničnom postupku, prema kojima bi pismena punomoć podnesena sudu ili naknadno odobrenje dano pismeno ili usmeno na zapisnik kod suda bili nužni za valjanost radnji koje je za stranku tijekom postupka poduzela neka osoba koja je tvrdila da je na to ovlaštena (*arg. ex* 97., 98.). O formi punomoći v. DIKA, *Gradansko parnično pravo*, Tužba, 2009. (DIKA, GPP, VI), § 31.

(2) zabranu da se saslušavaju kao svjedoci ili stranke osobe koje su dužne čuvati povjerljivim sve «informacije i podatke» za koje saznaju tijekom postupka mirenja, osim ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, odnosno ako ih nije na temelju zakona dužan priopćiti ili ako nije to nužno radi provedbe ovrhe sklopljene nagodbe (14/1. ZMI). Ta se zabrana odnosi na izmiritelja, na stranke te na druge osobe koje su u postupku mirenja sudjelovale u bilo kojem svojstvu (14/3. ZMI). Navedene bi osobe bile ovlaštene uskratiti iskazivanje, a ako bi na to pristale, njihovo bi iskaz bio dopušten i relevantan – one bi eventualno odgovarale za naknadu štete koju bi prouzročile povredom te dužnosti.¹⁴ Činjenice na koje bi se odnosila ova zabrana ne bi bile one navedene pod 4.1.1.;

(3) zabranu uviđaja u slučajevima u kojima se može uskratiti predaja predmeta uviđaja ili pristup tom predmetu (*arg. ex* 229., 233., 234.);

(4) zabranu korištenja isprava čiju su ediciju stranka (233.) ili treća osoba (234.) ovlaštene uskratiti;

(5) zabranu saslušanja svjedoka koji se koristi svojim pravom da uskrati svjedočenje (237.) odnosno odgovor na pojedino pitanje (238.);

(6) zabranu saslušanja vještaka koji se koristi svojim pravom da uskrati vještačenje odnosno odgovor na pojedino pitanje (237., 238., 253/2.).

4.3. Posredne zabrane

4.3.1. Zabrane koje se posredno izvode iz zabrana koje se tiču predmeta dokazivanja

Zabrane koje bi se izvodile iz zabrana dokazivanja određenih predmeta utvrđivanja bile bi one kojima bi se **općenito** isključivalo ili ograničavalo utvrđivanje (uključujući i dokazivanjem) nekih predmeta utvrđivanja ili samo njihovo

¹⁴ Na takav bi zaključak upućivala odredba prema kojoj, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, izmiritelj i druge osobe koje sudjeluju u postupku mirenja u bilo kojem svojstvu, ne mogu biti prisiljene svjedočiti u arbitražnom, sudskom ili bilo kojem drugom postupku vezano za informacije i podatke koji proizlaze iz postupka mirenja ili su njim povezani (15/2. ZMI), osim ako ih na temelju zakona nije dužan priopćiti ili ako to nije nužno radi provedbe ili ovrhe sklopljene nagodbe (14/1. ZMI). U prilog takvom zaključku govorila bi, barem kad je riječ o izmiritelju, i odredba prema kojoj je svjedok ovlašten uskratiti svjedočenje i o činjenicama što ih je saznao u obavljanju kakve djelatnosti ako postoji obveza da se kao tajna čuva ono što se saznalo u obavljanju tog poziva ili djelatnosti (237/1.3.). Sudjelovanje u postupku mirenja u svojstvu izmiritelja imalo bi, treba uzeti, značenje djelatnosti na koju se aludira u navedenoj odredbi. Kad su u pitanju druge osobe koje su u postupku mirenja sudjelovale u bilo kojem svojstvu, npr. kao svjedoci, vještaci, njihova bi se dužnost čuvati povjerljivim ticala samo onoga što su saznale od drugih sudionika u oficijelnom dijelu postupka mirenja, a ne o onome što su same iznijele u tom postupku – one bi bile dužne svjedočiti o onome što su saznale mimo postupka mirenja, neovisno o tome jesu li o tome iskazivale u tom postupku. Na takav zaključak upućuje i odredba prema kojoj, osim kad je riječ o dokazima glede kojih postoji zabrana njihova korištenja (15/1. ZMI, v. *infra* ad 4.3.), dokazi koji su inače dopušteni u arbitražnom, sudskom ili drugom sličnom postupku, neće biti nedopušteni samo zato jer su bili upotrijebljeni u postupku mirenja (15/6. ZMI).

dokazivanje, iz čega bi se izvodile i zabrane korištenja dokaznih sredstava radi njihova utvrđivanja. Među takve bi zabrane odnosno ograničenja bilo moguće, npr., svrstati:

(1) zabranu dokazivanja irelevantnih činjenica;
(2) zabranu dokazivanja sadržaja domaćeg prava (uključujući, ipak uz određene relativizacije, i pravila iskustva kad se javljaju u funkciji konstitutivnog elementa pravne norme);

(3) ograničenje dokazivanja sadržaja tzv. autonomnog i stranog prava;
(4) zabranu dokazivanja protivnog bilo kojim dokaznim sredstvom kad na postojanje neke činjenice upućuje pravilo o neoborivoj predmnjevi (*arg. ex* 221/3.) ili o fikciji.¹⁵ Varijanta ove zabrane bila bi zabrana da se u postupku u kojemu se kao dokaz koristi isprava kojom se nešto određuje (koja sadrži pravnu dispoziciju) dokazuje protivno njezinom sadržaju (*arg. ex* 12., 230/1., 3.) (u objektivnim, subjektivnim i vremenskim granicama njezine pravomoćnosti, odnosno djelotvornosti). U takvom bi slučaju jedini dopušteni dokaz bila takva isprava;

(5) ograničenje dokazivanja priznatih činjenica (221/1., 2.), pa time i korištenja dokaznih sredstava radi njihova utvrđivanja;

(6) ograničenje dokazivanja općepoznatih činjenica (221/4.), pa time i korištenja dokaznih sredstava radi njihova utvrđivanja, iako je dopušteno dokazivati da neka činjenica nije općepoznata odnosno da unatoč svojoj notornosti ne postoji.

5. DOKAZI PRIBAVLJENI NA NEDOPUŠTENI NAČIN

5.1. Općenito

Zakon ne sadrži posebna pravila o postupanju s dokazima koji su pribavljeni na nedopušteni način.

Pravni položaj dokaza pribavljenih na nedopušteni način nije u domaćoj doktrini i judikaturi građanskog procesnog prava, za razliku od doktrine i judikature kaznenog procesnog prava, razmatran kao posebna problemska cjelina. To se može objasniti okolnošću da pravni status takvih dokaza nije imao kao što još uvijek i nema izravnu opću zakonsku osnovu, da pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način nije s aspekta parničnog postupka zakonski definiran. Povrede pravila o dokazivanju bile su i jesu sankcionirane kao tzv. relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka u mjeri u kojoj dovedu ili mogu dovesti do pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (354/1.), odnosno kao tzv. apsolutno bitne povrede odredaba o zabrani utemeljenja odluke na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (3/3.; 153/5.; 221/1.; 331.b/1., 2.; 332/1., 2.; 354/2.4.), o saslušanju stranaka (7/3., 354/2.6., 8.), o obrazloženju presude (354/2.11.), itd. U praksi se problem dokaza

¹⁵ Ovdje bi, ipak, bila riječ o zabranama koje bi bile uvjetovane prethodnim utvrđenjem (između ostaloga, u slučaju potrebe, i dokazivanjem) postojanja presumptivne odnosno fikcijske baze.

pribavljenih primjenom (nedopuštenih) mjera (fizičke ili psihičke) prisile zapravo nije niti mogao javiti na način na koji se može javiti u kaznenom postupku.

Situacija se, međutim, izmijenila novelom Ustava iz 2000. Prije te novele su odredbama članka 29. URH-a bila zajamčena određena prava pravnim subjektima u kaznenom postupku. Novelom je preformulirana odredba stavka 1. toga članka tako da se po novome svakome jamči ne samo pravo da pravično i u razumnom roku zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud odluči o sumnji ili optužbi zbog kaznenog djela, već i pravo da takav sud tako odluči i o njegovim pravima i obvezama (građanske naravi). Time je otvorena dilema odnosi li se i kako odredba već postojećeg stavka 4. članka 29. URH-a, prema kojoj se **dokazi pribavljeni na nezakoniti način** ne mogu uporabiti u sudskom postupku, i na građanske sudske postupke ili i dalje samo na kazneni postupak kako je to bilo do Novele, budući da se nalazi među odredbama stavaka 2. i 3. te 5. toga članka koje se izrijeком odnose na prava osumnjičenika, okrivljenika ili optuženika.¹⁶

U domaćoj je doktrini građanskog procesnog prava zauzet stav da se navedena odredba članka 29. stavka 4. URH-a odnosi i na dokaze pribavljene na nezakoniti način u građanskim sudskim postupcima, zbog čega bi i s aspekta građanskog

16 Europski sud za ljudska prava je u predmetu *Vanjak protiv Hrvatske* (zahtjev br. 29889/04; presuda, 14. siječnja 2010., § 45. i slj.), između ostaloga, (upućujući da presudu u predmetu *Schenk v. Switzerland* od 12. srpnja 1988., §§ 45-46, Serija A br. 140, te na presudu u predmetu *Garcia Ruiz v. Spain* [GC] br. 30544/96, ECHR 1999-I, § 28) očitovao i stajališta: da članak 6. EK, iako jamči pravo na pošteno suđenje, ne utvrđuje nikakva pravila o dopuštenosti dokaza niti o načinu na koji bi se oni trebali ocjenjivati, što su, dakle, pitanja koja prvenstveno trebaju urediti nacionalno pravo i nacionalni sudovi; da je Sud već utvrdio određena načela glede svoje uloge u odnosu na navodno nezakonito pribavljene dokaze u kontekstu kaznenoga postupka, pa da je u tom smislu presudio da, načelno gledajući, uloga Suda nije odlučiti može li određena vrsta dokaza, poput primjerice nezakonito pribavljenih dokaza, biti dopuštena, ili pak je li ili nije podnositelj zahtjeva kriv, već da je pitanje na koje se mora dati odgovor je li postupak u cjelini, uključujući i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pošten; da to podrazumijeva (i) ispitivanje "nezakonitosti" o kojoj je riječ, a, ako je povrijeđeno i neko drugo pravo iz Konvencije, i narav utvrđene povrede (pozivajući se na presudu u predmetu *Khan v. the United Kingdom*, br. 35394/97, § 34, ECHR 2000-V). U biti podudarna stajališta Europski sud je očitovao i u predmetu *Perić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 34499/06, presuda od 27. ožujka 2008. U predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* (pritužba broj 68955/11, odluka od 15.1.2015., Europski sud je zauzeo stav da nije došlo do povrede prava zajamčenog člankom 8. EK-a (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja), iako po njegovoj ocjeni nije sporno da prisluškivanje telefona određene osobe i njegovo tajno praćenje predstavlja miješanje u njegova prava prema toj odredbi. Premda je našao da hrvatski zakon nije pružao razumnu jasnoću glede diskrecije vlasti u naganju mjera praćenja i da nije pružio dovoljna jamstva u praksi protiv mogućih zloporaba, zbog čega je došlo do povrede prava iz članka 8. EK-a, ipak je zaključio da unatoč toj povredi nije došlo do povrede članka 6. EK (prava na pravično suđenje), uz obrazloženje: da je osoba čija su prava iz članka 8. povrijeđena nije dovela u pitanje pouzdanost informacija pribavljenih na navedeni način, već da je ograničila svoj prigovor isključivo na formalno korištenje takvih dokaza tijekom postupka; da je, štoviše, imala učinkovitu mogućnost dovođenja u pitanje autentičnost tih dokaza i osporiti njihovo korištenje, te da ju je i koristila tijekom postupka; da su hrvatski sudovi ispitali njegove argumente o meritumu i obrazložili svoje odluke; da, konačno, dokazi pribavljeni tajnim praćenjem nisu bili jedini na kojima je osuda utemeljena.

procesnog prava bio otvoren problem određivanja pojma nezakonitog načina pribavljanja dokaza, vrijednosti tako pribavljenih dokaza i pravnih posljedica upotrebe tih dokaza u postupku.¹⁷ U načelu bi se trebalo složiti s takvim stavom – on bi odgovarao temeljnim postulatima pravne države. Problemi, međutim, nastaju onda kad se s aspekta važećeg uređenja parničnog postupka pokuša odrediti pojam nezakonitog načina pribavljanja dokaza. Naime, za razliku od ZKP-a u ZPP-u nema odredbe kojom bi se definirao pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način. Upravo bi zbog toga navedeni problem mogao biti prevladan barem na dva načina – ili tako da bi se odredba članka 29. stavka 4. URH-a doslovno i izravno primijenila u parničnom postupku, u kojem bi slučaju pojmom dokaza pribavljenih na nezakonit način bile obuhvaćene sve situacije u kojima bi se do nekog dokaza došlo povredom bilo koje zakonske odredbe o načinu pribavljanja dokaza, ili tako da bi se ta odredba, ipak, uskladila s općim sustavom sankcioniranja povrede pravila o parničnom postupku, u kojem bi se slučaju o pribavljanju dokaza na nezakoniti način moglo govoriti samo ako bi njegovom provedbom došlo do bitne povrede pravila koja ga uređuju (*arg. a cohaerentia ex 354/1.*). Čini se da “općem duhu” uređenja parničnog postupka više odgovara druga navedena interpretativna mogućnost.

U nastojanju da se (barem parcijalno) razriješi naznačeni problem bilo bi potrebno najprije pokušati odrediti pojam pribavljanja dokaza u navedenoj sintagmi “dokazi pribavljeni na nezakoniti način”, a zatim pojam cijele te sintagme s aspekta važećeg uređenja parničnog postupka.

5.2. Pojam pribavljanja dokaza

U domaćoj je doktrini građanskog procesnog prava izraženo mišljenje da bi ustavno (i zakonski) nedefinirani pojam “pribavljanja dokaza” u okviru sintagme “dokazi pribavljeni na nezakoniti način” trebalo shvatiti u smislu metoda prikupljanja dokaznih sredstava, dakle “u užem smislu”, da taj pojam ne bi obuhvaćao i pojam metoda njihova ispitivanja (izvođenja dokazivanja) koji bi s prvim određenjem toga pojma tvorio pojam pribavljanja dokaza “u širem smislu”.¹⁸ U vezi s tim mišljenjem moglo bi se primijetiti da riječ “dokaz” u navedenoj sintagmi “dokazi pribavljeni na nezakoniti način” nije upotrijebljena samo kao sinonim za dokazno sredstvo (kako bi ono impliciralo), već i u smislu dokaznog rezultata do kojega bi se došlo primjenom određenih metoda ispitivanja dokaznih sredstava. U suprotnom bi se moralo uzeti da bi se nezakonitim načinom pribavljanja dokaza smatralo nezakonito pribavljanje neke isprave, ali ne i iskaz svjedoka koji je uz prijetnju novčanom kaznom ili zatvorom bio prisiljen dati svoj iskaz iako ga je imao pravo uskratiti (237., 238., 248/2.) ili iskaz stranke koja bi uz prijetnju prisilnim mjerama bila navedena odazvati se pozivu suda radi saslušanja

17 Usp. TRIVA-DIKA, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., 2004. (TRIVA-DIKA, GPPP), 483. Takav je stav zauzet i u judikaturi (VSRH: Revr 25/10-2, v. bilj. 834.; VSRH: Revr 1803/09-2, odluka od 15.9.2011.); USRH: U-III-4683/2008).

18 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 483. O stavu Ustavnog suda o ovom pitanju v. bilj. 19.

i iskazivati unatoč zabrani primjene takvih mjera (269.). Značenje nedopušteno pribavljenih dokaznih sredstava imala bi samo ona dokazna sredstva koja bi bila pribavljena uz (bitnu) povredu pravila o njihovu pribavljanju; nezakonito ispitivanje (nezakonito ili zakonito) pribavljenih dokaznih sredstava imalo bi značenje povrede zabrane koje bi se ticale načina (metoda) izvođenja dokaza i korištenja tako pribavljenih dokaznih rezultata.¹⁹

5.3. Pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način

5.3.1. Hrvatsko parvo

Budući da u ZPP-u pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način nije definiran, bilo bi moguće zauzeti stav da bi nezakonit bio svaki način pribavljanja dokaznih sredstava i njihova ispitivanja koji bi dovodio do (bitne) povrede odredaba bilo kojeg zakona koje bi se ticale pribavljanja dokaznih sredstava i njihova ispitivanja (v. *supra ad* 5.2.). Takvo bi određenje pojma imalo svog uporišta i u judikaturi Ustavnog suda.²⁰

U domaćoj doktrini izneseno mišljenje da bi dokazi, između ostalog, mogli biti pribavljeni na nezakoniti način ako bi bili pribavljeni (bilo kojim) kaznenim djelom (npr. krađom, otimanjem, provalom u poslovne prostorije i stan; protupravnom pretragom odvjetničkog ureda ili stana stranke; zatim prisilom nad potencijalnim svjedocima, strankama, vještacima da uopće iskazuju ili da to učine na određeni način, iako bi, npr., bili ovlašteni to uskratiti, itd.) neovisno o tome tko je počinio to djelo; da bi, zatim, dokazi bili pribavljeni na nezakoniti način i ako bi bili pribavljeni povredom zakonom utvrđene dužnosti čuvanja tajnosti

19 Sud bi mogao povrijediti metode izvođenja dokazivanja ako bi primijenio prisilu protiv svjedoka, vještaka i stranaka protivno zakonu da bi ishodio njihove iskaze. Značenje bi takve povrede mogao imati i način ispitivanja, npr. postavljenjem sugestivnih i kapiociznih pitanja.

20 Ustavni sud je u odluci broj U-I-448/2009 od 19. srpnja 2012., NN 91/2012, **nezakoniti dokaz** definirao kao dokaz koji se zbog povrede **procesne forme** njegova **prikupljanja** ili **izvođenja**, koja istovremeno predstavlja i povredu temeljnih ljudskih prava, ne smije koristiti za donošenje presude u tom postupku. Premda je izloženo određenje ovog pojma dano s aspekta kaznenog postupka, nema razloga zbog kojih se ono ne bi smatralo mjerodavnim i za parnični postupak, uz ogradu da bi inzistiranje u tom određenju na tome da konkretno prikupljanje i izvođenje dokaza treba imati značenje povrede temeljenog ljudskog prava bilo uvjetovano kriterijima od kojih bi Ustavni sud bio dužan polaziti u njegovu vrednovanju. S aspekt parničnog postupka značenje nezakonitog dokaza bi imali i dokazi pri čijem prikupljanju i izvođenju nije došlo do povrede temeljnih ljudskih prava, ali bi ipak došlo do takvih povreda koje bi se mogle smatrati bitnim povredama odredaba parničnog postupka. Na to uostalom ukazuje i određenje pojma nezakonitog dokaza u kaznenom postupku (*arg. ex* 10/2.4. ZKP, v. *infra*).

Ustavni je sud (odluka broj U-III-1339/2013 od 14. siječnja 2015., a u bitnome podudarano i odluke broj U-III-4571/2012 od 14. siječnja 2015., U-III-1270/2013 od 25. veljače 2015. i U-III-1189/2013 od 25. veljače 2015.), u slučaju u kojemu je podnositelj ustavne tužbe nezakonitost dokaza vezao uz problem statusa i vjerodostojnosti iskaza «krunskog svjedoka», naglasio da je nezakonitost dokaza procesno, a ne materijalno pitanje, odnosno da se nezakonitost dokaza ne dokazuje provjerom istinitosti (vjerodostojnosti) njegova sadržaja, već provjerom načina na koji su dokazi prikupljeni.

osobnih podataka, protuustavnim i protuzakonitim prikupljanjem, obrađivanjem i korištenjem takvih podataka, povredom Ustavom i zakonom zajamčene tajnosti dopisivanja i drugih oblika općenja; zakonom utvrđene dužnosti čuvanja određene tajne (npr. državne, vojne, službene, poslovne, profesionalne) neovisno o tome imaju li te povrede značenje kaznenog djela, itd.²¹ Dokaze koji bi bili pribavljeni u kaznenom postupku ili u vezi s njime, a koji bi prema kaznenom procesnom pravu bili diskvalificirani kao pribavljani na nezakoniti način, trebalo bi i u parničnom postupku tako tretirati.²²

Takvo bi određenje pojma dokaza pribavljenih na nezakoniti način bilo bitno šire nego što je taj pojam određen u važećem uređenju kaznenog postupka. U kaznenom se postupku, naime, sudske odluke ne mogu utemeljiti na dokazima pribavljenim na nezakoniti način (nezakoniti dokazi) (10/1. ZKP),²³ pri čemu se nezakonitim smatraju oni dokazi koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja (10/2.1. ZKP), koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, osim u slučaju iz stavka 3. članka 10. ZKP-a (10/2.2. ZKP),²⁴ kao i oni koji su pribavljeni povredom odredaba o kaznenom postupku i koji su izričito (kao takvi) predviđeni u ZKP-u (10/2.3. ZKP) te drugi dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza (10/2.4. ZKP). Ne smatraju se nezakonitima dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. članka 10. ZKP u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod

21 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 483., 484.

22 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 483., 484. U tom smislu isprave pribavljenje neovlaštenom pretragom ureda branitelja koje bi se nalazile u kaznenom spisu ne bi se mogle upotrijebiti kao dokazno sredstvo u koneksnom parničnom postupku, itd.

23 Ova se odredba, osim teksta u zagradi, podudara s odredbom članka 29. stavka 4. URH-a.

24 Izvorno je ovom odredbom bilo obuhvaćeno i pravo na dostojanstvo. Međutim, Ustavni je sud (odluka broj U-I-448/2009 od 19. srpnja 2012., NN 91/2012), pozivajući se na odgovarajuće međunarodne pravne instrumente i judikaturu Europskog suda, zauzeo stav da je ljudsko dostojanstvo apsolutno, nederogabilno i nekomparabilno i da ga nije moguće ni ograničavati ni vagati, zbog čega pribavljanje dokaza povredom ljudskog dostojanstva čini taj dokaz nezakonitim i odstupanje od toga pravila nije dopušteno jer nijedno drugo pojedinačno pravo ili sloboda odnosno nijedan opći ili javni interes, pa ni onaj usmjeren na uspješno procesuiranje najtežih kaznenih djela, nije dopušteno uspoređivati niti mu je dopušteno dati prednost pred ljudskim dostojanstvom, zaključujući da je ta zabrana sadržana, implicite, u člancima 17. stavku 3., 23. stavku 1., 25. stavku 1. i 35. Ustava. Zato je ocijenio da članak 10. stavak 3. ZKP-a kad se tiče dijela stavka 2. točke 2. koji glasi: »dostojanstvo,« nije u suglasnosti s navedenim odredbama Ustava. Novelom ZKP-a iz 2013. (NN 145/13) izloženo je stajalište uvaženo utoliko što je iz odredbe članka 10. stavka 10. točke 2. ZKP-a izostavljena riječ "dostojanstvo" čime je ona općenito izostavljena iz toga članka. Čini se, međutim, da je time postignuto samo to da po novome dokazi pribavljani kršenjem prava na poštovanje i zaštitu dostojanstva nisu više nezakoniti dokazi. Trebalo je zapravo dokaze pribavljene povredom toga prava posebno apostrofirati - u posebnoj točki stavka 2. članka 10. ZKP, izvan domašaja ograničenja iz stavka 3. - i na taj način "apsolutizirati" njihovu nezakonitost.

kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava 3. ZKP).²⁵ Sudska se odluka ne može temeljiti isključivo na tako pribavljenim dokazima (10/4. ZKP).

25 Ustavni sud se imao prigodu izjasniti (općenito) i o ustavnosti odredbe članka 10. stavka 3. ZKP-a (v. prethodnu bilješku), zauzimajući pritom stavove koji bi svakako mogli biti relevantni prigodom razmatranja problema nezakonitih dokaza i s aspekta parničnog postupka. Definirajući, naime, premise za svoj stav, Ustavni je sud konstatirao: - da je institut nezakonitih dokaza područje sukobljavanja dviju temeljnih tendencija suvremenog kaznenog postupka, bio on mješovitog ili akuzatornog tipa; da oba pravna sustava nastoje održati ravnotežu između funkcionalnosti kažnjavanja i zaštite prava građana; da zbog obveze zaštite temeljnih ljudskih prava na kojoj počivaju demokratska društva utemeljena na vladavini prava ustavotvorci odnosno zakonodavci određuju granice ovlasti sudaca pri odlučivanju o uporabi nezakonitih dokaza; da su okosnica izgradnje tih granica minimalni standardi korištenja odnosno zabrane korištenja nezakonitih dokaza; da su ti standardi na supranacionalnoj razini sadržani u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, dok su u unutarnjim pravnim porecima propisani u nacionalnim ustavima i zakonima; da je zajednički cilj tih standarda isključenje nezakonitih dokaza iz supstrata (osnovice) za donošenje presude. S time u vezi Ustavni je sud i definirao pojam nezakonitog dokaza (v. bilj. 19.).

Analizirajući članak 10. ZKP, Ustavni je sud utvrdio da su u toj odredbi nezakoniti dokazi razvrstani u četiri skupine i stvarajući pritom svojevrsnu »gradaciju« njihove nezakonitosti: a) nezakoniti dokazi prema međunarodnom pravu (članak 10. stavak 2. točka 1.): u međunarodnom su pravu nezakoniti dokazi oni koji su pribavljeni mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem. Izdvajanje te kategorije nezakonitih dokaza rezultat je međunarodnopravne obveze (Europska konvencija o sprečavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1987.; Konvencija UN protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih i ponižavajućih kazni i postupaka iz 1984.), što je posebno istaknuto u novijoj jurisprudenciji Europskog suda utemeljenoj na članku 3. Konvencije (zabrana mučenja); b) nezakoniti dokazi *ex iudicio* (članak 10. stavak 2. točka 2.): riječ je o dokazima pribavljenim kršenjem određenih temeljnih prava, to jest dokazima pribavljenim povredom prava obrane, prava na dostojanstvo (v. bilj. 831.), ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života kojih se dokazna (ne)zakonitost utvrđuje sudskom procjenom, *ex iudicio*, u vezi s kojima je ZKP-a uveo novinu propisivanjem mjerila u članku 10. stavku 3. ZKP-a na temelju kojih će suci procjenjivati njihovu dokaznu (ne)zakonitost; c) nezakoniti dokazi *ex lege* (članak 10. stavak 2. točka 3.): riječ je o dokazima koji su pojedinačno propisani ZKP-om tako što se kod svakoga izričito navodi da se na njemu ne može temeljiti presuda, zbog čega sudovi nisu ovlašteni ocjenjivati učinak tako pribavljenog dokaza nego su ga dužni izdvojiti (tzv. pravilo isključivanja) odnosno ukinuti presudu koja se temeljila na takvom dokazu; d) »plodovi otrovne voćke« (članak 10. stavak 2. točka 4.): riječ je o dokazima za koje se saznalo iz drugih nezakonitih dokaza, bez obzira je li prilikom njihova pribavljanja poštovana propisana procedura ili ne, zbog čega se dokazi derivirani iz nezakonitih dokaza izdvajaju bez obzira jesu li nastali na temelju nezakonitih dokaza *ex lege* ili *ex iudicio*.

Prema Ustavnom sudu »gradacija« nezakonitosti dokaza bitna je za razumijevanje članka 10. stavka 3. ZKP-a. Njegove se odredbe, kao što je u njemu i izričito propisano, odnose samo na kategoriju nezakonitih dokaza *ex iudicio* sadržanih u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP-a. Riječ je o nezakonitim dokazima pribavljenim povredom: prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast, i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. Ti se dokazi neće smatrati nezakonitim iako su pribavljeni povredom tih prava ako je povreda učinjena: 1) radnjom za koju je prema kaznenom zakonu isključena protupravnost, ili 2) u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti postupak, kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu prema težini kaznenog djela.

Polazeći od navedene kaznenopostupovne definicije pojma dokaza pribavljenih na nezakoniti način (nezakonitih dokaza), trebalo bi, *arg. a maiori ad minus*, *a cohaerentia*, *mutatis mutandis*, uzeti da pojam takvih dokaza u parničnom procesnom pravu ne bi smio biti šire određen nego u toj definiciji, između ostaloga

Konstatiravši da se člankom 10. stavkom 3. ZKP-a sudovima prvi put u kaznenom procesnom zakonodavstvu daje mjerilo za ocjenu dokazne (ne)zakonitosti dokaza pribavljenih povredom taksativno navedenih prava, Ustavni sud smatra da suci, vodeći se s tim mjerilima, trebaju procjenjivati je li određeni dokaz zakoniti ili nije odnosno odlučivati hoće li određeni dokaz kojim je prekršeno neko procesno pravilo biti ugrađen u supstrat (osnovicu) za donošenje presude ili će biti izdvojen. S time u vezi Ustavni sud podsjeća da je u središtu rasprave o načelu djelotvornosti zaštite ljudskih prava uvijek pitanje imaju li ustavna i konvencijska prava prednost pred općim ili javnim interesom. Riječ je o vrijednostima koja su po prirodi stvari često međusobno suprotstavljena. Načelno su moguća tri modela rješavanja sukoba među njima. Prvi je model privilegiranja prava prema kojem prava trebaju imati prednost pred javnim ili općim interesom. Drugi je model privilegiranja općeg ili javnog interesa koji treba imati prednost pred pojedinačnim pravima. Treći je model postizanja ravnoteže prema kojem svaku suprotstavljenu vrijednost treba uravnotežiti prema drugoj tako da se ne daje prednost nijednoj od njih sve dok se u cijelosti ne razmotre sva relevantna obilježja konkretnog sukoba. Iako i Ustav i Konvencija u prvom redu prihvaćaju model privilegiranja prava odnosno model postizanja ravnoteže, ovisno o naravi prava o kojem je riječ, pod određenim pretpostavkama ipak dopuštaju da zaštita općeg dobra (opći ili javni interes) prevlada nad pojedinačnim ustavnim i konvencijskim pravima. Iznimka su apsolutno zaštićena nederogabilna prava koja uvijek moraju imati prednost pred bilo kojim drugim pravima ili interesima, i pojedinačnim i općim ili javnim, za što je primjer sadržan u članku 10. stavku 2. točki 1. ZKP-a koji bezuvjetno proglašava nezakonitim svaki dokaz pribavljen kršenjem zabrane mučenja i okrutnog ili nečovječnog postupanja koje pripada kategoriji apsolutno zaštićenih nederogabilnih prava.

Međutim, kad je riječ o relativno zaštićenim nederogabilnim i derogabilnim pravima te o kvalificiranim pravima, u određenim okolnostima ta prava i opći ili javni interesi nisu prima facie jednake varijable koje je moguće vagati radi stvaranja ravnoteže. Mjerila moraju biti podešena u korist općeg ili javnog interesa, što ovisi o okolnostima svakog konkretnog (pojedinačnog) slučaja. Promatrajući u tom svjetlu prava navedena u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP-a razvidno je da gotovo sva pripadaju kategoriji relativno zaštićenih derogabilnih prava ili kategoriji kvalificiranih prava (pravo obrane, pravo na ugled i čast te pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života). 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. Zaključiti li sudac da je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela, pri ocjeni (ne)zakonitosti dokaza ovlašten je primijeniti model privilegiranja općeg ili javnog interesa. Takvo je zakonsko rješenje ustavnopravno prihvatljivo, posebno ima li se u vidu da članak 10. stavak 3. ZKP-a ne utječe na obvezu suca da postigne pravednu ravnotežu među sukobljenim pravima i općim ili javnim interesima u svakom konkretnom slučaju u kojem je njihovo međusobno uravnoteživanje moguće. Izuzetak je, prema mišljenju Ustavnog suda, pravo na dostojanstvo kao apsolutno zaštićeno, nederogabilno i nekomparabilno pravo.

- 26 U tom je smislu Vrhovni sud u jednom konkretnom slučaju (VSRH: Kž-Us-6/14.4 od 21.1.1914) primijenio odredbu stavka 3. članka 10. ZKP-a zauzevši stav da «okolnosti konkretnog slučaja, a posebno imajući u vidu interes cjelokupnog hrvatskog društva i prevencije tzv. «trgovine mandatima», opravdavaju da postupanje optuženika bude smatrano teškim kaznenim djelom kod kojeg je interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 1. ZKP/08, time što je snimljen razgovor bez naloga sudbene vlasti, odnosno bez optuženikovog znanja i pristanka

i zato što bi jamstva koja se u pogledu dokaza pružaju u kaznenom postupku trebala zbog prirode tog postupka i sankcija koje se u njemu izriču, trebala biti jača nego u parničnom postupku. U tom smislu dokazima pribavljenim na nezakoniti način trebalo bi u parničnom postupku smatrati i dokaze koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja (23. URH; 3. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1952., NN MU proć. 6/99, 8/99, 1/06, 2/10, EK), koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava na saslušanje (29/1. URH, 6/1. EK; 5., 7/3. itd. ZPP), prava na štovanje i zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (35. URH; v. *infra ad* 5.3.3.), prava na slobodu i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja (36. URH; v. *infra ad* 5.3.4.) te prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka (37. URH, v. *infra ad* 5.3.5.), dokaze koji bi bili pribavljeni (bitnom) povredom odredaba o parničnom postupku koje uređuju njihovo prikupljanje i izvođenje (npr. dokazi koje bi sud pribavio po službenoj dužnosti iako za to ne bi bilo zakonskog uporišta ili dokazi glede kojih su nastupile prekluzije u pogledu njihova iznošenja – v. *infra ad* 6.) kao i druge dokaze za koje se iz njih saznalo ("plodovi otrovne voćke").

Ako bi neki u načelu nezakonito pribavljeni dokaz bio ipak prihvaćen u kaznenom postupku zato što je ocijenjeno da ima razloga koji to opravdavaju *in concreto* (10/2., 3. ZKP), nema razloga zbog kojih on ne bi mogao biti upotrijebljen i u parničnom postupku. S druge strane, suđeno je da bi određeni dokazi, koji sami po sebi nisu nezakoniti, ali koji ipak ne bi mogli biti upotrijebljeni u kaznenom postupku, mogli biti uzeti u obzir u parničnom u granicama propisanim odredbama ZPP-a, pa u tom smislu kako u parničnom postupku ne postoji zabrana korištenja isprava iz predkaznenog postupka u svrhu dokazivanja, nije učinjena povreda postupka time što su u prvostupanjskom postupku bile pregledane službene zabilješke (iz kaznenog postupka).^{27,28}

na takvo snimanje.» Iz navedenih se razloga snimak telefonskog razgovora optuženika i svjedokinje, koji je inače bio izdvojen iz spisa predmeta kao nezakoniti u smislu članka 10. stavka 2. točke 1. ZKP/08, okvalificiran kao dokaz koji se ne smatra nezakonitim u smislu članka 10. stavka 3. ZKP /08. Naime, u konkretnom je slučaju, zbog njegovih posebnih okolnosti, inače nezakonit dokaz, okvalificiran kao zakonit.

U jednom drugom predmetu (I Kž-Us-31/12-4 od 25. rujna 2012.) VSRH je, međutim, ocijenio da glede dokaza koji je pribavljen povredom zajamčenih prava iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a nisu ispunjeni uvjeti da se unatoč tome tako pribavljeni dokazi ne smatra nezakonitim dokazima jer kaznena djela koja se na temelju potvrđene optužnice optuženicima stavljaju na teret, primanje mita u gospodarskom poslovanju i zlouporaba položaja i ovlasti, s obzirom na način počinjenja i zapriječenu kaznu, zapravo ne spadaju u teške oblike kaznenih djela u smislu odredbe čl. 10. st. 3. toč. 2. ZKP-a.

- 27 Odluka VSRH: Revr 25/10-2 od 5. lipnja 2013. Ocijenjeno je, naime, da okolnost da je kaznena prijava zbog kaznenog djela protiv službene dužnosti - zlouporaba položaja i ovlasti protiv tužiteljice bila odbačena nije zapreka da se u parničnom postupku utvrđuje je li tužiteljica zloupotrijebila položaj zaposlenika banke na način kako je to navedeno u odluci o otkazu ugovora o radu i time počinila osobito teške povrede iz radnog odnosa, i to na temelju službenih zabilješki koje je sud zatražio po prijedlogu tuženice, a koje su sačinili djelatnici policije o razgovoru s tužiteljicom, svjedokom i s drugim ispitanim osobama, osobito stoga

Suđeno je²⁹ i da je irelevantno inzistiranje tužitelja u pogledu nezakonitosti video-snimke kao dokaza u slučaju u kojemu je nezakonito postupanje tužitelja, koje je bilo razlogom da mu se izvanredno otkáže ugovor o radu, koje su sudovi utvrdili na temelju iskaza saslušanih svjedoka, koji su suglasni u tome da tužitelj

što tužiteljica i ne tvrdi da je takav postupak pred policijom bio nezakoniti, odnosno da su metode ispitivanja bile nezakonite. Stoga se, po mišljenju Vrhovnog suda, niti tumačenjem čl. 29. st. 4. Ustava Republike Hrvatske u širem smislu, ne radi o dokazima koji su pribavljeni na nezakoniti način. Slično je Vrhovni sud Slovenije (presuda i rješenje broj II Ips 274/2010 od 5.5.2011.) očitovao pravno shvaćanje da sud prvog stupnja upotrijebivši dokaze (službene bilješke) koji su bile izuzeti iz kaznenog spisa nije povrijedio odredbe parničnog postupka niti je posegnuo u bilo koje ustavno zajamčeno ljudsko pravo tuženika, jer zbog različite naravi kaznenog i parničnog postupka u ZPP-u nema pravila o zabranama upotrebe dokaza kakve sadrži ZKP. Svrha je izuzeća obavijesti prikupljenih od osumnjičenika u kaznenom postupku, iako uopće nisu bila bile pribavljene povredom odredaba kaznenog postupka, u osiguranju pravnih jamstava koje ima optuženik u kaznenom postupku jer mu nasuprot stoji država. Isključenjem dokaza u kaznenom postupku također se osiguravaju prava optuženika, a da se istodobno ne zadire u prava nikakva drugog pojedinca. U parničnom postupku stoje jedna nasuprot drugoj dvije jednakovrijedne stranke i ako se ne dopusti upotreba određenog dokaza došlo bi do zadiranja u prava protivne stranke – u njezino ustavno pravo na dokazivanje kao dijela prava na saslušanje u postupku.

- 28 Ovo je stajalište potvrđeno i u praksi Ustavnog suda. Tako je taj sud (odluka broj U-III-4683/2008 od 17. veljače 2011), odlučujući u povodu ustavne tužbe u kojoj je ustvrđeno da obavijesni razgovori s maloljetnim djetetom i saslušanje svjedoka o sadržaju takvih dokaza koji su prema članku 9. ZKP-a nezakoniti u kaznenom postupku trebaju biti nezakoniti i u parničnom postupku, zauzeo stav da takvi dokazi, koji su nezakoniti u kaznenom postupku, nisu nezakoniti i u parničnom postupku. Odogovarajući je stav Ustavni sud zauzeo u nizu odluka i s obzirom na disciplinski postupak, potvrđujući tako posredno i izloženi stav zauzet u pogledu parničnog postupka. Taj je sud, naime, u odluci broj U-III-633/2005 od 11. srpnja 2005. ocijenio da u konkretnom slučaju nije povrijeđena (niti) odredba članka 29. stavka 4. Ustava kojom je propisano da se dokazi pribavljeni na nezakoniti način ne mogu uporabiti u sudskom postupku, jer da, naime, u provedenom disciplinskom postupku nije odlučivano o krivnji za počinjena kaznena djela, a primjena odredbi ZKP-a ovisi o prirodi disciplinskog postupka koji ima za cilj osiguranje urednog i učinkovitog djelovanja službe. Stoga se disciplinski postupak može provesti na temelju službenih zabilješki, koje uz sve druge izvedene dokaze (ispitivanje svjedoka, vještačenje i sl.) služe za utvrđenje je li počinjena određena povreda radne discipline. U odluci broj U-III-4781/2005 od 12. studenoga 2007. (koja se referira na odluke broj U-III-921/2005 od 17. listopada 2007., broj U-III-953/1998 od 4. veljače 2004., U-III-2391/2003 od 24. siječnja 2007., U-III-953/1998 od 4. veljače 2004., U-III-691/2001 od 16. veljače 2005) istaknuto da disciplinski postupak, iako je kazneni postupak *sui generis*, ima i snažne primjese upravnog postupka jer u disciplinskom postupku u pravilu ne dolazi do opasnosti kršenja ljudskih prava u opsegu u kojem je to moguće u kaznenom postupku, a osim toga posljedice disciplinskog postupka bitno su drugačije nego posljedice kaznenog postupka. Stoga je primjena ZKP-a u disciplinskom postupku samo supsidijarna (...), zbog čega se odredbe toga zakona primjenjuju sukladno prirodi disciplinskog postupka, što znači da se ne moraju primjenjivati uvijek, niti se moraju primjenjivati doslovno. S time u vezi zauzet je stav da se to odnosi i na odredbe ZKP-a o isključenju službenih zabilješki policije kao dokaza u kaznenom postupku, u kojemu službene zabilješke policije ne mogu biti dokaz u kaznenom postupku zbog specifičnosti toga postupka, ali da, s obzirom na to da službene bilješke u fazi njihova nastanka nisu nezakonito pribavljeni materijali ni s aspekta potencijalnog budućeg kaznenog postupka ni s aspekta disciplinskog postupka, one postaju nezakoniti dokaz tek ako se koriste u kaznenom

nije poricao počinjene povrede za koje ga tuženik tereti registrirane video-snimkom. Taj je pravni stav potvrdio i Ustavni sud u povodu ustavne tužbe.³⁰

5.3.2. *O nekim stavovima u austrijskoj i njemačkoj doktrini i judikaturi*

U austrijskoj se doktrini, najprije, upozorava da bi trebalo razlikovati dokazna sredstva koja je sud pribavio na nezakoniti (zabranjeni) način od dokaznih sredstava koje su stranke pokušale pribaviti ili pribavile na nezakonit način i upotrijebile ih u postupku. Kad bi bila u pitanju dokazna sredstva koja je sud pribavio na nedopušteni način, bila bi riječ o povredi zabrana metoda dokazivanja. Međutim, kad se radi o dokazima koje su stranke protupravno pribavile,³¹ smatra se da bi trebalo razlikovati više slučajeva. Ako bi stranka, protupravno pribavljajući dokazno sredstvo, povrijedila ugovornu obvezu, odredbu privatnog prava ili dobre

postupku, pa njihovo korištenje u druge (zakonite) svrhe nije zabranjeno. U odluci broj U-III-4798/2010 od 12. lipnja 2014. (ali i u odlukama broj U-III-4941/2010 od 9. listopada 2014., broj U-III-4186/2010 od 9. listopada 2014., broj U-III-3949/2010 od 9. listopada 2014.), Ustavni je sud, razmatrajući prigovore podnositelja u odnosu na dokaze koji su korišteni u postupku i njegove tvrdnje da su neki dokazni prijedlozi bez obrazloženja odbijeni, istaknuo da izvođenje dokaza u disciplinskom postupku čitanjem službenih zabilješki i zapisnika o ispitivanju svjedoka tijekom istražnog postupka ne uzrokuje samo po sebi povredu prava na pravično suđenje, pod uvjetom da je, u konkretnom slučaju, policijskom službeniku protiv kojeg se postupak vodio bilo omogućeno upoznati se sa sadržajem službenih zabilješki i iznijeti svoje primjedbe, uz osiguranu procesnu ravnopravnost u odnosu prema suprotnoj stranci. (...). Pritom je, odgovarajući na navode podnositelja o uporabi nezakonito pribavljenih dokaza u disciplinskom postupku, podsjetio da ZUP omogućuje dokazivanje svim dokaznim sredstvima prikladnim za dokazivanje, pri čemu službena osoba samostalno i po načelu slobodne ocjene dokaza utvrđuje činjenice. Disciplinski je postupak po svojoj prirodi hitan, u upravnim stvarima se postupa što je moguće jednostavnije, bez odgode i uz što manje troškova. U disciplinskom postupku u pravilu ne dolazi do opasnosti kršenja ljudskih prava u opsegu u kojem je to moguće u kaznenom postupku, a i same posljedice disciplinskog postupka bitno su drugačije nego posljedice kaznenog postupka. Disciplinski postupak protiv policijskih službenika je upravni postupak, čija je svrha uredno i učinkovito obavljanje službe, uz zaštitu časti i ugleda policijskih službenika i službe unutarnjih poslova u cjelini te se stoga u disciplinskom postupku primjenjuju i različiti dokazni standardi nego u kaznenom postupku. U vezi s izloženim Ustavni je sud uputio i na to da je u predmetu *Šikić protiv Hrvatske* (presuda, 15. srpnja 2010., zahtjev br. 9143/08, § 53.) ESLJP prihvatio stav Ustavnog suda da postoji "različit standard dokaza koji se traži u stegovnom postupku od onoga koji se traži za osuđujuću odluku u kaznenom postupku". U odluci broj U-IXA-1772/2014 od 6. lipnja 2014., donesenju u povodu stegovnog postupka pred Državnim sudbenim vijećem, Ustavni je sud izrazio i pravno shvaćanje da se podaci pribavljeni u unutarnjem postupku kontrole ažurnosti rada sudaca od strane sudske uprave ne mogu smatrati nezakonitim dokazima u smislu članka 29. stavka 4. Ustava.

29 VSH: Revr-28/03-2 od 15.7.2003.

30 U-III/3138/2003 od 9.3.2006.

31 FASCHING, ZPR, 489., kao primjere tako pribavljenih dokaza navodi slučajeve u kojima je tužitelj ukrao tuženiku ispravu o ugovoru (krađa); ili objavio poslovnu tajnu koju treba kao dokaz; ili muža koji je tajno snimio intimni razgovor svoje supruge tijekom preljuba bez njezina pristanka ili je pritom fotografirao ili načinio filmski snimak i tako pribavljeni materijal predao kao dokaz u parnici radi razvoda.

običaje, ona bi zbog toga odštetno odgovarala, ali sud bi taj dokaz mogao izvesti i upotrijebiti. To bi vrijedilo i u slučaju u kojemu bi protivnik predlagatelj dokaza odbio predati dokazno sredstvo da bi onemogućio dokazivanje, a predlagatelj bi to sredstvo nakon toga protupravno pribavio. Ako bi, međutim, stranka pri pribavljanju dokaznog sredstva povrijedila neki kaznenopravni propis koji bi štutio jezgreno područje ustavno zaštićena temeljna prava ili slobode osobe koja je radnjom pogođena (npr. nanio joj tjelesnu povredu, oteo je, primijenio prisilu nad svjedokom, strankom ili vještakom radi toga da bi ishodio iskaz),³² tada bi takvo dokazno sredstvo bilo nedopušteno i sud ga ne bi smio izvesti.³³ U ostalim slučajevima dokazna sredstva pribavljena na način koji bi imao obilježje kaznenog djela ne bi zbog toga bila nedopuštena, iako bi stranka koja bi ga predložila zbog toga kazneno odgovarala, i to iz ovih razloga: kaznenopravno zaštićeno dobro je već povrijeđeno i uporaba bi dokaznog sredstva s aspekta nastale povrede bila irelevantna; zaštitna svrha kaznenopravne norme je drukčija: ona nije u ograničenju sudskog otkrivanja istine, već je usmjerena na zaštitu određenih pravnih dobara; samo bi one kaznenopravno zabranjene radnje smjele utjecati na građansku parnicu kojima bi se svjesno ugrožavala sučevu dužnost otkrivanja istine, kojima bi se, dakle, svjesno povređivala jamstva istinitosti pravilnosti i objektivnosti suđenja. Tome bi u prilog govorila okolnost da se obnova postupka može tražiti samo u slučajevima u kojima stranke, njihovi zastupnici, svjedoci itd. svjesno krivotvore dokazna sredstva ili daju lažne iskaze ili inače imaju za cilj utjecati na donošenje nepravilne ili nezakonite odluke. Takve zaštitne razloge ne bi trebalo proširiti i na protupravno pribavljanje sadržajno nesumnjivih dokazna sredstva,³⁴ dokaza koji ne bi imali neki od protupravnih ciljeva.

Prema njemačkoj judikaturi, mimo slučajeva u kojima bi bile povrijeđene dokazne zabrane predviđene procesnim zakonom, neko dokazno sredstvo ne bi trebalo diskvalificirati samo zbog toga što bi bilo pribavljeno povredom postupovnopravnih propisa. Neposredni učinak materijalnopravne protupravnosti nekog dokaznog sredstva u procesu postojao bi onda kad bi pribavljanjem dokaza

32 FASCHING, ZPR, 490. RECHBERGER, Fasching.Komm, 577., u vezi s ovim Faschingovim izvodom primjećuje da bi pritom bilo problematično razgraničenje «jezgrenog područja» navedenih osnovnih prava i sloboda. On, međutim, konstatira da prema Faschingu u svakom slučaju treba sankcionirati kao zabranu izvođenja dokazivanja pribavljenje dokaza povredom konvencija o zabrani mučenja.

FASCHING, ZPR, 490., inače smatra da tu ne bi spadala ni povrede tuđeg prava vlasništva budući da sud unatoč postojanja takvih prava može narediti podnošenje dokaznog sredstva i, prema slučaju, i prisilno ga pribaviti. Moglo bi se primijetiti da bi isključenje prava vlasništva iz kruga ustavno zaštićenih dobara imalo svog opravdanja samo u slučajevima u kojima bi sud u skladu sa zakonom bio ovlašten doći do određenog dokaznog sredstva u vlasništvu trećih i primjenom prisilnih mjera, ali ne i u drugim slučajevima.

33 Tako FASCHING, ZPR, 490., pozivajući se i na njemačku doktrinu (ROSENBERG-SCHWAB, 14. izd., 688; ARENS, Zivilprozessrecht, 1988., 4. izd., 203.) i opravdavajući takav svoj stav i potrebom da rat stranaka u parnici mora ostati u okvirima minimalnih ustavnopravnih zaštitnih standarda.

34 Usp. FASCHING, ZPR, 490.

bila povrijeđena ustavnopravno zaštićena temeljna prava stranke, odnosno odgovarajuće odredbe Kaznenog zakonika. Takva bi dokazna sredstva bili tonski snimci učinjeni bez suglasnosti partnera u razgovoru, fotografije koje su snimljene uz povredu općih osobnih prava, iskazivanje o sadržaju neovlašteno pročitano dnevnika, snimak skrivene nadzorne kamere. Savezni je sud ocijenio kao nedopušteno saslušanje unajmljenog doušnika (detektiva) koji je tuženog supružnika protupravno promatrao u njegovom stanu. Savezni ustavni sud ocijenio je protupravnim saslušanje svjedoka koji je čuo telefonski razgovor putem uređaja za glasno slušanje bez znanja drugog sugovornika. Uporabljivost iskaza policijskog službenika koji okrivljenika nije poučio o njegovom pravu da šuti ovisila bi o procjeni interesa u pojedinom slučaju. Izvan toga iz procesnog bi prava proizlazilo bi li i kakvo bi bilo značenje materijalnopravne protupravnosti pribavljanja ili uporabe dokaza.³⁵

Pitanje nezakonitosti metoda pribavljanja dokaznih sredstava treba razlikovati od pitanja izvođenja zabranjenih dokaza, odnosno od pitanja izvođenja na nezakoniti način zakonito pribavljenih dokaza.

5.3.3. Dokazi pribavljeni povredom ustavnog jamstva o štovanju i pravnoj zaštiti osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti

Ustavom je svakome zajamčeno štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (35. URH).³⁶

Prema stajalištu Ustavnog suda pravo na zaštitu ljudskog dostojanstva bilo bi apsolutno, nederogabilno i nekomparabilno i ne bi ga bilo moguće ni ograničavati ni vagati, zbog čega bi pribavljanje dokaza povredom ljudskog dostojanstva činilo taj dokaz nezakonitim i odstupanje od toga pravila ne bi bilo dopušteno.³⁷ Izloženi «apsolutizirani» stav izaziva čitav niz primisli uvjetovanih fluidnošću (nedovoljnom određenošću) samog pojma ljudskog dostojanstva i mogućnošću koincidencije u pojedinim slučajevima toga prava s drugim Ustavom zajamčenim pravima.

Međutim, kad je riječ o dokazima pribavljenim povredom drugih prava čije se štovanje i zaštita jamče člankom 35. URH-a, čini se da bi se oni mogli uzeti u obzir **uz uvjete predviđene zakonom** kad je to potrebno radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja, pri čemu bi svako ograničenje tih slobode i prava moralo biti razmjerno naravi potrebe za

35 Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 617., 618., prema kojima protupravna pribava isprave na predaju koje bi stranka imala pravo ne bi priječila njezinu uporabu. Izvan toga stranka koja bi podnijela protupravno pribavljano dokazno sredstvo povrijedila bi time (iz načela savjesnosti i poštenja izvedeni) nalog poštenog vođenja parnice. Pritom bi trebalo ocjenjivati s jedne strane težinu povrede, a s druge značenje pravne zaštite, pri čemu bi u pravilu prednost trebalo dati zaštiti osobnosti. Ako bi držanje predlagatelja dokaza (prema toj ocjeni) bilo nesavjesno, dokazno se sredstvo u povodu prigovora protivnika ne bi smjelo ni pribaviti niti koristiti.

36 Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života zajamčeno je i stavkom 1. članka 8. EK-a.
37 USRH: U-I-448/2009 od 19.7.2012., NN 91/2012. V. bilj. 23.

ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (16. URH).³⁸ Budući da u ZPP-u nema posebnih odredbi o nezakonitim dokazima i o uvjetima uz koje bi se ti dokazi ipak mogli upotrijebiti u parničnom postupku, bilo bi moguće zauzeti stav da se takvi dokazi ne bi uopće mogli koristiti u tom postupku – odredbe ZKP-a o tome ne bi se mogle primijeniti ni na odgovarajući način. Upravo bi zbog toga, *de lege ferenda*, trebalo odgovarajućom dopunom ZPP-a utvrditi uvjete uz koje bi se opće odredbe članka 16. Ustava o ograničenju Ustavom zajamčenih prava mogle primijeniti i u parničnom postupku.

5.3.4. Dokazi pribavljeni povredom ustavnog jamstva slobode i tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja

Posebnu pažnju među, tzv. nezakonitim dokazima zaslužuju dokazi pribavljeni povredom ustavnog jamstva slobode i tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja (36. URH) i mogućnost njihove uporabe u parničnom postupku, između ostaloga i zato što je u vezi s takvim dokazima formirana i određena judikatura. Tako je u jednom slučaju suđeno³⁹ da se u parničnom postupku ne smije kao dokaz koristiti snimku telefonskog razgovora načinjena bez dopuštenja i znanja sudionika tog razgovora jer su takve snimke protivne odredbi čl. 36. URH-a kojom se propisuje da se jamči sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja te

38 U jednom slučaju, u kojemu je prvostupajski sud, polazeći od toga da su svjedoci kontrolori sporno snimanje izvršili bez znanja i prethodnog upozorenja tužitelja, zauzeo stav da se video zapis smatra dokazom pribavljenim na nezakoniti način koji se u smislu čl. 29. st. 4. Ustava ne može upotrijebiti u sudskom postupku, zbog čega je u konačnici zaključio da se ne može sa sigurnošću utvrditi postojanje navedene povrede radne obveze, revizijski je sud prihvatio shvaćanje drugostupajnskog suda da sporni video zapis nije dokaz pribavljen na nezakoniti način te da provedenim snimanjem nisu povrijeđene odredbe čl. 29. st. 4. Ustava Republike Hrvatske, a da nisu mogle biti povrijeđene ni odredbe Zakona o zaštiti osobnih podataka, koji je osim toga stupio na snagu nakon spornog snimanja. Vrhovni sud je doduše prihvatio stav prvostupajnskog suda da ZPP-a ne sadrže normativnu osnovu o dokazima pribavljenim na nezakoniti način, ali da je ta osnova postavljena u članku 29. stavku 4. URH-a, kojom je propisano da se dokazi pribavljeni na nezakoniti način ne mogu upotrijebiti u sudskom postupku. Ipak, Vrhovni je sud našao da se u konkretnom slučaju sporni video snimak odnosi na snimanje javnog prostora i to dijela autoceste u dužini od oko 150 metara u neposrednoj blizini naplatne kućice gdje je sniman protok motornih vozila, tako da sama osoba radnika koja je u naplatnoj kućici obavljala blagajničke poslove i nije bila vidljiva, zbog čega ne može biti riječ o tome da bi takvim snimanjem u bilo čemu bilo povrijeđeno pravo osobnosti radnika na dostojanstvo i privatnost. Kako, dakle opisanim snimanjem nije došlo do zadiranja u privatnost radnika, a snimanje je bilo u izravnoj vezi s postupanjem u procesu rada te nema baš nikakve karakteristike mobinga ili šikaniranja radnika, po shvaćanju revizijskog suda snimanje nije bilo nedopušteno ni u smislu odredbama Zakona o radu (...), imajući pored rečenog na umu i to da je ono predviđeno i općim aktima tuženika. Zbog toga se tako pribavljen dokaz mogao upotrijebiti u parničnom postupku, a okolnost što radnik prethodno nije upozoren na to da će biti izvršen video nadzor u okolnostima konkretnog slučaja ne čini predmetni video zapis nedopuštenim, odnosno nezakonitim dokazom (VSRH: Revr 1803/09-2, odluka od 15.9.2011.).

39 VSRH: Rev x-35/2009-2 od 18.3.2009.; IO 1/2009.

da je ta sloboda nepovrediva osim kad je to zakonom propisano i kada je to nužno za zaštitu sigurnosti države ili provedbe kaznenog postupka. S obzirom na to da ZPP-om nije propisano da bi uporaba snimki telefonskih razgovora, što je također vrsta međusobnog općenja koje uživa tajnost i zaštitu, bila dopuštena i pod kojim uvjetima, a Ustavom je tajnost i zaštita tih podataka zajamčena, zauzet je stav da sudovi podatke iz transkripata i snimki razgovora koje je tužiteljica snimala bez dopuštenja i znanja tuženika nisu mogli koristiti kao dokaz u parničnom postupku postupku.

Navedeni judikat otvara pitanje je li odredbama članka 36. URH (kojima je propisano da je sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja zajamčena i nepovrediva /stavak 1./, ali da se samo zakonom mogu propisati ograničenja nužna za zaštitu sigurnosti države ili provedbu kaznenog postupka /stavak 2./) isključena mogućnost primjene opće odredbe članka 16. URH-a prema kojoj se slobode i prava zajamčena mogu ograničiti samo zakonom i to da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje, pri čemu bi svako ograničenje slobode i prava moralo biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (16. URH). Čini se da bi na postavljeno pitanje trebalo pozitivno odgovoriti, i to stoga što se opće odredbe članka 16. URH-a o mogućnosti ograničenja sloboda i prava ipak ne mogu primijeniti kad su pretpostavke za ograničenje neke slobode posebno uređene, kao što je to slučaj sa slobodom i tajnošću oblika općenja (36. URH). Naime, iz navedenih bi odredaba članka 36. URH-a proizlazilo da bi ograničenja slobode i tajnosti oblika općenja u parničnom postupku morala biti: (1) predviđena zakonom i to (2) samo kad je to nužno za (2.1.) zaštitu sigurnosti države ili (2.2.) provedbu kaznenog postupka, dakle ne i kad bi to bilo potrebno radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja. Pored toga, kako je to već rečeno, da bi se mogla primijeniti opća odredba članka 16. URH-a o uvjetima uz ispunjenje kojih bi se Ustavom zajamčena prava mogla ograničiti, bilo bi potrebno to predvidjeti zakonom. Budući da u ZPP-u nema odgovarajuće odredbe, ne bi bilo ni zakonske osnove za (uz dodatna ograničenja iz članka 35. URH) primjenu navedene ustavne odredbe.

Ako bi određeni dokaz, koji u načelu prema odredbi članka 35. URH-a ne bi bio dopušten, bio ipak dopušten u konkretnom kaznenom postupku jer bi bilo ocijenjeno da su za to ispunjeni uvjeti propisani tim člankom (10/2. i 3. ZKP), trebalo bi uzeti da bi taj dokaz u tom slučaju trebao biti dopušten i u parničnom postupku koji bi (sadržajno) bio povezan s tim kaznenim postupkom. U suprotnom bi se, npr., pribavljeni snimak telefonskog razgovora bez suglasnosti sugovornika mogao protiv njega koristiti u kaznenom postupku, ali ne i u (incidentalnom ili posebnom) postupku o imovinskopravnom zahtjevu koji bi bio povezan s tim postupkom. U tom bi se smislu rezultati provedbe naloženih mjera nadzora i tehničkog snimanja nad određenim osobama mogli koristiti ne samo u kaznenom već i u koneksnom parničnom postupku, čak i prema osobama u odnosu na koje te

mjere nisu bile određene.⁴⁰

Sloboda i tajnost dopisivanja i drugih oblika općenja bi svakako trebala biti zajamčena (uz Ustavom propisana ograničenja) u odnosu prema trećima, uključujući i državna tijela. Pitanje je, međutim, bi li ona trebala i u kojoj mjeri biti (*de lege ferenda*) zajamčena i u odnosu na osobe koje su izravno sudjelovale u određenom obliku općenja.

U načelu navedeno jamstvo ne bi smjelo spriječiti nekoga da u određenoj pravnoj stvari koristi kao dokaz neko pismo protiv osobe koja mu ga je uputila. Kad je riječ o telefonskom razgovoru, ako bi se prihvatio stav da se u parničnom postupku ne smije kao dokaz koristiti snimak telefonskog razgovora načinjen bez dopuštenja i znanja sudionika toga razgovora jer su takve snimke protivne odredbi čl. 36. URH (v. *supra*), jedan od sudionika u tom razgovoru ne bi smio koristiti njegov snimak kao dokaz ako druga strana ne bi znala da se razgovor snima, ali bi smio (ako bi smio) iznijeti, saslušan kao stranka ili svjedok, ono čega bi se sjećao o tom razgovoru. Treba uzeti da bi smio koristiti i stenogram koji bi sačinio prigodom toga razgovora čak i ako druga strana ne bi znala da to čini, ili bilješke koje bi sačinio nakon njega unatoč tomu što druga strana ne bi za to znala odnosno dopustila da to učini. Takva bi pismena registracija zapravo imala značenje jednostrane pismene registracije izravnog (usmenog) razgovora, dakle razgovora koji bi bio obavljen bez posredovanja elektroničkih medija. Valja očekivati da će daljnji razvitak elektroničkih oblika komunikacije kod kojih će se praktično sve snimati, odnosno kod kojih će postati uobičajeno snimanje, dovesti do promjene

40 U konkretnom slučaju Vrhovni je sud u osporenoj presudi u bitnome naveo da nije u pravu žalitelj kada smatra da se snimljeni razgovori, koje je vodio s drugom osobom ne mogu koristiti kao dokaz u postupku protiv njega jer je nalogom istražnog suca mjera nadzora i tehničkog snimanja određena samo u odnosu na tu osobu. Ustavni je sud (odluka broj U-III-64803/2009 od 17. siječnja 2013.), međutim, našao da su u povodu određene mjere nadzora i tehničkog snimanja razgovora koje mobitelom obavlja druga osoba snimljeni sporni razgovori, zbog čega se i dokazi pribavljeni provođenjem naložene mjere mogu valjano upotrijebiti prema svakoj trećoj osobi koja se zatekla u sferi kriminalne djelatnosti osobe prema kojoj je mjera usmjerena, pod uvjetom da kriminalna aktivnost snimljene osobe ulazi u ostvarenje bića kaznenog djela za koje je mjera naložena, a u konkretnom se slučaju upravo radi o tome. Valja, međutim, upozoriti (na relativno stariji) judikat Ustavnog suda (odluka broj U-III-244/1997 od 17. travnja 1998.) donesen u slučaju u kome nije bilo dvojbeno kako su mjere nadzora tajnosti telefonskih razgovora poduzete prema drugim osobama, a ne prema podnositelju ustavne tužbe protiv kojeg je proveden disciplinski postupak i u odnosu na koga ministar unutarnjih poslova nije odredio nadzor nad telefonskim razgovorima, u kojemu je taj sud zauzeo stav da je u pravu podnositelj ustavne tužbe kada navodi da se radi o tzv. nevaljanom dokazu kojega treba izdvojiti iz spisa i na kojem se ne može temeljiti odluka, jer se saznanja iz prisluškivanja osoba za koje postoji dozvola kontrole telefonskih razgovora, ne mogu i ne smiju koristiti u odnosu na druge osobe i druga djela. Ustavni je sud, naime, utvrdio da su preslušavanjem fonozapisa i čitanjem fonograma i uporabom tih dokaza u postupku, pribavljenih operativnim radom djelatnika SZUP-a u odnosu na druge osobe i druga djela, a ne podnositelja, potonjem na opisani način - iznošenjem osobnih podataka bez njegove privole, povredom tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja u području osobnog i obiteljskog života, povrijeđena navedena ustavna prava.

odnosa prema snimcima elektroničke komunikacije, osobito telefonske, neovisno o tome je li druga strana znala ili nije za snimanje. Problematičnom bi ostala situacija u kojoj bi treći neovlašteno snimao ili prisluškivao nečiji razgovor, ali ako bi nešto čuo iz telefonskog razgovora između dviju osoba, makar i jer mu jedan od sudionika u razgovoru pojačavanjem tone to omogućio, ne bi smjelo biti zapreke da se o sadržaju razgovora sasluša kao svjedok. Svakako bi trebalo različito tretirati i slučajeve poslove komunikacije od onih privatnog karaktera. Razumno bi, naime, bilo pretpostaviti da se poslovna telefonska komunikacija snima, to bi trebao biti standardni način registriranja njezina sadržaja. To se svakako ne bi odnosilo na treće koji su neovlašteno snimili ili došli do sadržaja tkave komunikacije.

Ograničenja nametnuta člankom 36. Ustava ne bi bila otklonjena ni u slučajevima u kojima ne bi bilo kaznenog djela neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja.⁴¹ Naime, tog djela nema ako su radnje kojima se ona mogu počinuti učinjene u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežniji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe (131/4. KZ), i to stoga što se razlozi za kaznenopravnu ekskulpaciju ne podudaraju s onima koji su prema čl. 36. URH-a predviđeni kao razlozi zbog kojih se može ograničiti sloboda i tajnost oblika općenja.

Snimci učinjeni nakon što bi sugovornik bio obaviješten da se razgovor snima odnosno uz njegovu suglasnost, mogli bi se izvan dvojbe koristiti kao valjan dokaz u parničnom postupku.⁴²

Pri eventualnoj reviziji Ustava trebalo bi preispitati u članku 36. URH-a posebno propisana ograničenja slobode i tajnosti oblika općenja i eventualno ih uskladiti s onima koja omogućavaju opće odredbe članka 16. URH-a.

41 Prema odredbama članka 131. KZ-a, onaj tko neovlašteno zvučno snimi nejavno izgovorene riječi drugoga ili tko posebnim napravama neovlašteno prisluškuje nejavno izgovorene riječi drugoga koje mu nisu namijenjene – kaznit će se kaznom zatvora do tri godine /stavak 1./; tom kaznom kaznit će se i onaj tko na navedeni način snimljene riječi uporabi ili učini dostupnim trećoj osobi ili tko prisluškivane takvih riječi doslovce ili u bitnim crtama javno iznese /stavak 2./; službena osoba koja u obavljanju službe ili javne ovlasti počini navedena djela kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina /stavak 3./

42 U tom smislu za kazneni postupak URSH (odluka broj U-III-2713/2004 od 21. rujna 2006.). U konkretnom slučaju do razgovora je došlo na inicijativu I. D., koji je, s obzirom na svoju funkciju, želio upoznati višepozicioniranog djelatnika redarstvenih vlasti s podacima i događanjima na terenu u Gospiću, posebno o nestanku i likvidaciji civilnih osoba, pa je taj razgovor sniman na audio kazetu na prijedlog S. R. i uz suglasnost I. D. Budući da je sporna kazeta snimljena uz suglasnost obaju sugovornika, sudovi su ocijenili da se ona ne može smatrati nezakonitim dokazom u smislu članka 9. stavka 2. ZKP-a, jer ni jednom od sudionika razgovora nisu povrijeđena prava zajamčena Ustavom ili međunarodnim pravom, niti je kazeta pribavljena povredom odredaba kaznenog postupka. Zaključak je sudova da ta kazeta predstavlja dokument koji je podoban da se izvede kao dokaz u kaznenom postupku i podvrgne ocjeni suda kao i svi drugi dokazi koji su od relevantnog utjecaja na donošenje sudske odluke. Ustavni sud nije našao da bi navedeni dokaz u konkretnom slučaju bio nezakoniti. U biti podudarni stav Ustavni sud je zauzeo i u odluci broj U-III-2710/2004 od 21. rujna 2006.

5.3.5. Dokazi pribavljeni povredom prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka

Ustav ne propisuje posebno uvjete uz koje bi se mogla ograničiti prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka. Stoga bi za dokaze koji bi bili pribavljeni povredom tih prava trebala vrijediti opća pravila o mogućnosti i uvjetima ograničavanja sloboda i prava iz članka 16. URH-a. *De lege lata*, i za ove bi dokaze stoga u pogledu uvjeta primjene odredba članka 16. URH-a vrijedilo ono što je rečeno za dokaze pribavljene povredom ustavnog jamstva o štovanju i pravnoj zaštiti osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (v. *supra ad* 5.3.3.).

6. DOKAZNE PREKLUIZIJE

Nedopuštenost korištenja odnosno odustanak od pribavljanja dokaznih sredstava može biti i posljedica određenih prekluzija.

Tako je sud u pravilu dužan odustati od izvođenja dokaza ako stranka u roku ne položi predujam za podmirenje troškova (*arg. ex* 153/3.). Tu se, ipak, ne bi radilo o apsolutnoj prekluziji jer bi sud eventualno mogao dopustiti i izvođenje takva dokaza ako bi stranka naknadno uplatila predujam – sudac, naime, nije vezan uz svoje rješenje o izvođenju dokaza (292/6.).

Ako se prema okolnostima može pretpostaviti da se kakav dokaz neće moći izvesti ili da se neće moći izvesti u primjerenom roku ili ako dokaz treba izvesti u inozemstvu, sud je dužan u rješenju o izvođenju dokaza odrediti rok do kojeg će se čekati izvođenje dokaza (226/1.). Kad taj rok protekne, rasprava će se provesti bez obzira na to što određeni dokaz nije izveden (226/2). Sud i u ovom slučaju može izmijeniti svoju odluku o izvođenju dokaza (*arg. ex* 292/6.).

Ne bi bilo dopušteno koristiti se dokaznim sredstvima koja su predložena nakon momenta do kojega su mogla biti predložena u parničnom postupku. U tom su smislu Novelom 2013. unijete izmjene i dopune prema kojima sud neće uzeti u obzir nove dokaze koje su stranke predložile tek na glavnoj raspravi ako ih svojom krivnjom nisu predložile prije zaključenja prethodnog postupka (299/2., 3.), odnosno da u postupku u sporovima male vrijednosti neće uzeti u obzir dokaze koje su stranke predložile tek na pripremnom ročištu ako ih svojom krivnjom nisu predložile već u tužbi odnosno odgovoru na tužbu (461.a/2.-4.). Povreda navedene zabrane bila bi relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka koja bi se očitovala u pogrešnom utvrđenju činjeničnog stanja (*arg. ex* 354/1.).

Iz analognih razloga ne bi bilo dopušteno koristiti se dokaznim sredstvima čije bi se izvođenje odredilo i provelo nakon momenta do kojega je trebalo biti određeno.

7. PROBLEM TZV. INFORMATIVNIH DOKAZA

U hrvatskom parničnom postupku stranke su ovlaštene (i «dužne» – 7/1.) predlagati dokaze radi utvrđenja činjenica na kojima temelje svoje zahtjeve ili kojima pobijaju navode i dokaze protivnika (*arg. ex* 7/1., 106/3., 186/1., 219/1, 274., 284/3, 285/1., 299/1., 424/2.). Nema odredbe na temelju koje bi stranke bile ovlaštene predlagati dokaze radi razjašnjenja činjeničnog stanja, radi toga da bi se saznalo koje bi činjenice trebalo iznijeti radi utemeljenja istaknutih zahtjeva. Stoga se u domaćoj doktrini, bez posebne argumentacije, zastupa stav da nije dopušteno predlaganje dokazivanja u informativne svrhe, da bi se tek na temelju rezultata takva dokazivanja utvrdilo koje bi konkretne činjenice mogle biti relevantne za odlučivanje.⁴³

U starijoj austrijskoj doktrini⁴⁴ i judikaturi zastupao se pretežno stav da bi na području parničnog postupka na kojemu ne vlada istražno načelo predlaganje tzv. istražnih (obavijesnih) dokaza (njem. *Ausforschungsbeweis*, *Erkundungsbeweis*) proturječilo raspravnom načelu i da bi stoga bilo nedopušteno jer da iz odgovarajućih odredaba öZPO-a ne bi proizlazila samo dužnost i teret iznošenje tvrdnji već i dužnost stranaka da ih konkretiziraju, da bi istražno dokazivanje bilo put prema «kriminaliziranju» parničnog postupka.⁴⁵ Neki autori, međutim, iz niza drugih odredaba öZPO-a izvode zaključak da je sudac primarno dužan potpuno i pravilno utvrditi činjenično stanje; da bi često o tome kako bi stranka formulirala i obrazložila svoj prijedlog ovisilo hoće li se dokaz koji je predložila shvatiti kao istražni dokaz. Stoga se smatra da bi potpunu zabranu takvih dokaza trebalo otkloniti, osobito onda kad bi činjenica kao takva bila zapravo ustvrđena, ali ne i dovoljno konkretizirana ili kada bi stranka tvrdnju iznijela «za svaki slučaj» (što bi bilo protivno govorenju istine samo kad bi znala protivno). Istražni dokaz ne bi bio dopušten tek onda kada činjenica koja bi bila povolja za njegova predlagatelja ne bi uopće bila iznijeta, već bi za nju trebalo saznati izvođenjem dokazivanja.⁴⁶ U postupcima u kojima bi vrijedilo istražno načelo i u kojima materijalnu istinu treba utvrditi po službenoj dužnosti, istražni bi dokaz bio dopušten bez ograničenja.⁴⁷

S asepkta hrvatskoga prava trebalo bi zauzeti stav da izvođenje dokazivanja u informativne svrhe - dakle radi toga da bi se, najprije, saznalo kakvo je stanje stvari te da bi tek nakon toga, pošto bi se na temelju rezultata takva prethodnog istraživanja saznalo kakvo je to stanje, iznijele tvrdnje o bitnim činjenicama - u načelu ne bi bilo dopušteno. To bi proturječilo odredbi prema kojoj tužitelj već u tužbi treba istaknuti određeni zahtjev te iznijeti činjenice na kojima ga temelji kao i dokaze kojima bi se one utvrdile (186/1.), odnosno odredbi prema kojoj se tuženik

43 TRIVA-DIKA, GPPP, 501. U tom smislu za važeće slovensko pravo ZOBEC, PP ZK, 2., 353., pozivajući se i na judikaturu slovenskoga Vrhovnog suda.

44 POLLAK, System des österreichischen Zivilprozeßrecht unter Einschlußdes Exkursionsrechtes, 2. izd., 1932., 647.; SPERL, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege, 1925.-1930., 397.

45 Usp. FASCHING, ZPR, 471., HOLZHAMMER, ÖZPR, 128.

46 Usp. FASCHING, ZPR, 471.

47 Usp. FASCHING, ZPR, 471.

u pozivu za podnošenje odgovora na tužbu treba pozvati da već u tom odgovoru iznese sve bitne činjenice i predloži sve dokaze kojima pobija navode i dokaze protivnika (284/3.), ali i drugim odredbama kojima se uređuje mogućnost iznošenja činjenica i predlaganje dokaza tijekom postupka (299/2.-3.; 461.a/2.-4.). Te odredbe uređuju mogućnost iznošenja činjenica radi supstanciranja istaknutih zahtjeva odnosno prigovora te predlaganja dokaza radi potkrepljivanja tih činjenica. Prema njima se dokazi ne bi mogli predlagati radi toga da bi se saznalo koje bi činjenice tek trebalo iznijeti, odnosno kojim bi se dokazima one mogle utvrditi. Iznošenje bi bitnih činjenica već u tužbi bilo nužno radi individualiziranja istaknutog zahtjeva, radi određenja predmeta spora,⁴⁸ a u odgovoru na tužbu radi individualiziranja istaknutih prigovora, ali i radi dopune određenja predmeta spora. Pored toga, u hrvatskom je pravu, u kojemu je Novelom 2003. napuštena odredba prema kojoj je sud bio dužan potpuno i istinito utvrditi sporne činjenice o kojima ovisi osnovanost zahtjeva (prij. 7/1.), istražno načelo, koje je do tada vrijedilo za prikupljanje dokaza, zamijenjeno raspravnim načelom kao određujućim. Zbog toga sud u načelu smije utvrđivati samo činjenice i izvoditi samo dokaze koje su stranke iznijele odnosno predložile (*arg. ex 7/2.*, v. § 4.).

Ipak, neovisno o takvom načelnom pristupu, treba uvažiti pragmatične argumente koji se s aspekta važećeg austrijskoga prava iznose radi opravdanja te mogućnosti. Naime, često će, kako to potvrđuje praksa, o tome kako će stranka formulirati (konkretizirati) svoju činjeničnu tvrdnju te kako će formulirati i obrazložiti svoj dokazni prijedlog, ali i o tome kako će se sudac pripremiti za raspravu, odnosno o tome hoće li i kako reagirati protivna stranka, ovisiti hoće li se odrediti izvođenje dokaza predloženog radi utvrđivanja nedovoljno supstanciranog činjeničnog stanja, dokaza koji će praktično imati ulogu istražnog dokaza. Pored toga, nije moguće spriječiti stranke da iznose («opreza radi», «za svaki slučaj» ili sasvim «napamet», često i šikanozno) tvrdnje o nekim činjenicama te da predlažu dokaze koji će imati za svrhu otkrivanje pravoga činjeničnog stanja. Ograničenje tome svakako predstavlja odredba, unijeta u Zakon Novelom 2013., prema kojoj se na ročištu za glavnu raspravu mogu iznositi nove činjenice samo ako ih stranka bez svoje krivnje nije mogla iznijeti prije zaključenja pripremnog postupka (299/2.). Zbog toga će u praksi biti ponekad vrlo teško razlučiti slučajeve u kojima je stranka, koja je inače savjesno, prema onome što je znala, do zaključenja prethodnog postupka iznijela činjenice i predložila dokaze, i tek na glavnoj raspravi bez svoje krivnje saznala na temelju dokaza koji su na njoj izvedeni za nove činjenice (i dokaze), od slučajeva u kojima je stranka nedovoljno određeno susptancirala činjenično stanje i određeni dokaz predložila upravo zbog toga da bi saznala kakvo je ono zapravo.

Izvođenje dokaza u informativne svrhe nije do kraja strano ni u hrvatskom pravu. Tako je uvidaj moguće odrediti i za razjašnjenje kakvih okolnosti (227/1.).

Kada su u pitanju činjenice koje je ovlašten i dužan utvrđivati po službenoj dužnosti dokazima koje će odrediti po službenoj dužnosti, sudu bi trebalo priznati

48 Usp. DIKA, GPP, VI., § 9/5.

ovlaštenje da, pozivajući se na odredbu da su stranke u postupku dužne govoriti istinu (9.), odredi njihovo saslušanje, ali i izvođenje drugih dokaza u informativne svrhe. U skladu s time je i odredba prema kojoj je sud ovlašten pozvati stranku, koja inače ima punomoćnika, da se pred njime osobno izjasni o činjenicama koje treba utvrditi u parnici (89/1.). Tome u prilog govore i odredbe na kojima se temelji načelo otvorenog pravosuđenja (11/1., 219/2., 288a/2.), koje impliciraju i dužnost stranaka da iznesu odlučne činjenice i predlože dokaze, zapravo da govore istinu.

8. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iz prethodno provedene analize bilo bi moguće zaključiti da u hrvatskom parničnom postupovnom pravu institut nedopuštenih dokaza nije na odgovarajući način uređen, odnosno da je razina njegova uređenja svakako ispod one kojom je odgovarajući institut uređen u kaznenom postupovnom pravu. Pri uređenju mjerodavnoga normativnog kompleksa valjalo bi uzeti u obzir ustavne okvire koji su tomu postavljeni i već formirane stavove Ustavnog suda i Vrhovnog suda o problematici nedopuštenih dokaza općenito i u parničnom postupku posebno. Kao koristan uzor u svemu tome moglo poslužiti i uređenje instituta u kaznenom postupku. Pritom će, svakako, biti potrebno, između ostaloga, utvrditi, analogno kao i u kaznenom postupku, zakonske pretpostavke za primjenu načela proporcionalnosti kao kriterija za ograničenje u primjeni određenih Ustavom zajamčenih temeljnih ljudskih prava i sloboda.

Summary

INADMISSIBLE EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE

This paper examines the exclusion of specific means of evidence as instruments for determining the object of evidence, as well as the taking of evidence in the framework of the Croatian civil procedure law. The introduction lays the grounds for classifying and qualifying exclusion of evidence (general, special; absolute, relative; removable, irremovable; direct, indirect), after which greater attention is paid to the so called absolute and relative type; exclusionary evidence of the direct relative type pertaining to the establishing of facts, and evidence dismissals. With regard to the indirect relative type, the paper examines exclusionary evidence concerning the object of evidence. The remainder of the paper focuses on illegally obtained evidence, while outlining the constitutional, statutory, judicature and doctrinaire premises of bearing for such evidence. Subsequently, the question of evidence obtained in violation of the Constitutional guarantee of respect and legal protection of private and family life, dignity, reputation and honour, as well as evidence obtained by breach of the Constitutional guarantee of freedom and secrecy of correspondence and all other forms of communication, and in violation of the right to safety and privacy of personal data, are discussed too. In addition, the paper analyses the institutions of preclusion of evidence and the so called informative evidence. Concluding, the author points to a lacking regulation of inadmissible evidence within the Croatian civil procedure law, underlining the need to determine *de lege ferenda* legal requirements with a view to operationalizing inadmissible evidence within the Croatian civil procedure law.

Keywords: *civil procedure, inadmissible evidence, exclusion of evidence.*

Zusammenfassung

UNZULÄSSIGE BEWEISE IM ZIVILPROZESSVERFAHREN

Die vorliegende Arbeit untersucht Beweisverbote bezüglich bestimmter Beweismittel als gängiger Instrumentarien für die Bestimmung von Beweisgegenständen, sowie Beweiserhebung im kroatischen Zivilverfahrensprozessrecht. Die Einführung schildert die Klassifikation und Qualifikation solcher Verbote (generelle, spezielle; absolute, relative; hebbare, nicht hebbare; unmittelbare, mittelbare). Daran anschließend werden die absoluten und relativen Verbote genauer unter die Lupe genommen, wie auch Verbote aus der Reihe der unmittelbaren relativen Verbote, welche sich auf die Nutzung bestimmter Beweismittel um Tatsachen festzustellen beziehen und die so genannten Beweisverweigerungen; und aus der Reihe der mittelbaren relativen Verbote, nur jene, die den Beweisgegenstand betreffen. Der Akzent wird auf unzulässige Beweise gesetzt. Dabei werden zuerst die für diesen Begriff ausschlaggebenden Prämissen der Verfassung, Gesetze, Judikatur und Rechtslehre erläutert und danach die Problematik der Beweise, welche durch Verstöße gegen die Verfassungsgewährleistung von Beachtung und Rechtsschutz des Privat- und Familienlebens, Würde, Ansehens und Ehre sowie gegen Briefgeheimnis und die Freiheit und Geheimhaltung aller anderen Formen von Kommunikation und personenbezogenen Daten entstehen. Zudem werden die Institute der Beweispräklusion und informativer Beweise analysiert. Schließlich ist zu betonen, dass im kroatischen Zivilverfahrensprozessrecht das Institut unzulässiger Beweise nicht optimal geregelt sei, weswegen gesetzliche Voraussetzungen *de lege ferenda* für die Operationalisierung dieses Instituts im kroatischen Zivilverfahrensprozessrecht dargestellt werden.

Schlüsselwörter: *Zivilprozessverfahren, unzulässige Beweismittel, Beweisverbote.*

Riassunto

DELLE PROVE INAMMISSIBILI NEL PROCEDIMENTO CIVILE

S'indaga circa i divieti probatori che concernono singoli mezzi di prova, quali strumenti volti all'accertamento di determinati oggetti di prova e quali modalità di esecuzione delle prove nel procedimento civile croato. In via preliminare si pongono le basi per la classificazione e per la qualificazione di siffatti singoli divieti (generali, particolari; assoluti, relativi; removibili, irremovibili; diretti, indiretti). Di seguito si disaminano in particolare modo i c.d. divieti assoluti e relativi; mentre nell'ambito dei divieti relativi diretti, si analizzano quei divieti che si riferiscono all'utilizzo di determinati mezzi di prova volti all'accertamento di fatti certi, quelli cioè che si utilizzano in base alle regole secondo le quali fatti certi possono venire dimostrati soltanto con certi mezzi di prova e le c.d. limitazioni probatorie; mentre alla stregua di divieti relativi indiretti si individuano quelle prove che si ricavano dai divieti che riguardano l'oggetto della prova medesima. Particolare attenzione viene prestata alle prove raccolte in modo inammissibile, tentando all'uopo di individuare prima di tutto le premesse costituzionali, legali, giurisprudenziali e dottrinali per la definizione di detto concetto, onde potere successivamente disaminare la problematica delle prove raccolte in violazione della garanzia costituzionale di rispetto e di tutela giuridica della vita privata e familiare, della dignità, prestigio ed onore; altresì delle prove raccolte in violazione della garanzia costituzionale di libertà e segretezza della corrispondenza e degli altri mezzi di relazione; infine delle prove raccolte in violazione del diritto alla sicurezza ed alla riservatezza dei dati personali. Dette questioni vengono integrate con l'analisi dell'istituto delle preclusioni probatorie e delle c.d. prove di carattere informativo. In conclusione si constata che nel diritto processuale civile croato l'istituto delle prove inammissibili non sia regolato in maniera adeguata, e perciò si sottolinea la necessità di accertare de lege ferenda i presupposti legali per un'adeguata regolamentazione dell'istituto nel diritto processuale civile croato, sottolineando all'uopo come tale obiettivo vada realizzato.

***Parole chiave:** procedimento civile, mezzi di prova inammissibili, divieti probatori.*