

DOKAZI PRIBAVLJENI NADZOROM I TEHNIČKIM SNIMANJEM TELEFONSKIH RAZGOVORA I DRUGIH KOMUNIKACIJA NA DALJINU U SVJETLU ČLANKA 8. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Ivan Turudić, sudac
Tanja Pavelin Borzić, sutkinja
Županijski sud u Zagrebu
Ivana Bujas, sutkinja
Općinski kazneni sud u Zagrebu

UDK: 343.14:004.056
Ur.: 6. veljače 2017.
Pr.: 15. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Ex iniuria ius non oritur.

Sažetak

U radu se obrađuje problematika određivanja posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu na dopuštenost korištenja takvih dokaza u kaznenom postupku ako su oni pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije. Pritom se uvodno pojašnjavaju kumulativni uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi miješanje u ostvarivanje prava pojedinca bilo opravdano u smislu članka 8. stavak 2. Konvencije uz prikaz višegodišnje sudske prakse Europskog suda za ljudska prava kojom je utvrdio opća načela koja je potrebno poštovati u miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije. Nakon prikaza utjecaja kršenja tih prava u pribavljanju dokaza provođenjem navedene dokazne radnje na pitanje dopuštenosti dokaza u kaznenom postupku u 17 država članica Europske unije temeljeno na studiji koju je izradila mreža nezavisnih stručnjaka o temeljnim pravima koje je sastavila Europska komisija 2003. godine, središnji dio rada prikazuje relevantnu sudsku praksu Vrhovnog suda i Ustavnog suda u svjetlu presude Europskog suda od 15. siječnja 2015. u predmetu Dragojević protiv Hrvatske i relevantnih zakonskih odredbi prije i nakon izmjene Zakona o kaznenom postupku 2008. godine.

Ključne riječi: članak 8. Konvencije, nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, ex judicio nezakoniti dokazi, ex lege nezakoniti dokazi.

1. UVOD

Republika Hrvatska je obvezna osigurati stvarnu i učinkovitu zaštitu prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života kao temeljnog prava zajamčenog Ustavom Republike Hrvatske¹ (dalje: Ustav), Poveljom Europske unije o temeljnim pravima² (dalje: Povelja) i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda³ (dalje: Konvencija).

Republika Hrvatska potpisala je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju s Europskom unijom i njezinim državama članicama⁴ 29. listopada 2001. koji u članku 69. propisuje da stranke pridaju važnost usklađivanju postojećega hrvatskog zakonodavstva sa zakonodavstvom Unije i da će Hrvatska nastojati osigurati postupno usklađivanje postojećih zakona i budućega zakonodavstva s pravnom stečevinom Unije (*acquis*).

Republika Hrvatska postala je punopravna članica Europske unije 1. srpnja 2013. sa svim pravima i obvezama koje iz tog članstva proizlaze stupanjem na snagu Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji.⁵ Time postaje stranka Ugovora o Europskoj uniji⁶, Ugovora o funkcioniranju Europske unije⁷ i Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju⁸, kako su izmijenjeni ili dopunjeni.

Ugovor o Europskoj uniji iz Maastrichta⁹ i Ugovor o osnivanju Europske

1 Članak 35. i 36. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.

2 Članak 7. Povelje o temeljnim pravima Europske unije svečano su proglasili Europski parlament, Vijeće i Komisija u Nici 2000. Nakon unesenih izmjena, ponovno je proglašena 2007.

3 Članak 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, MU br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

4 Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine, br. 14/2001.

5 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Kraljevine Belgije, Republike Bugarske, Češke Republike, Kraljevine Danske, Savezne Republike Njemačke, Republike Estonije, Irske, Helenske Republike, Kraljevine Španjolske, Francuske Republike, Talijanske Republike, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Velikog Vojvodstva Luksemburga, Republike Mađarske, Republike Malte, Kraljevine Nizozemske, Republike Austrije, Republike Poljske, Portugalske Republike, Rumunjske, Republike Slovenije, Slovačke Republike, Republike Finske, Kraljevine Švedske, Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske (države članice Europske unije) i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, Narodne novine, br. 2/2012.

6 Pročišćena inačica – SL C 202 (2016)

7 Pročišćena inačica – SL C 202 (2016)

8 Pročišćena inačica – SL C 2013 (2016)

9 Ugovorom o Europskoj uniji iz 1990. godine (potpisan je 7. veljače 1992. u gradu Maastrichtu, Nizozemska, a stupio na snagu 1. studenog 1993. godine) stvorena je Europska unija. Riječ je o presudnom događaju u stvaranju Europske unije kojim se utvrđuju jasna pravila o budućoj jedinstvenoj valuti te o vanjskoj i sigurnosnoj politici te tješnjoj suradnji u pravosuđu i unutarnjim poslovima. Tim se Ugovorom naziv "Europska zajednica" službeno zamjenjuje nazivom "Europska unija". Uvodi se trojaka struktura, struktura tzv. grčkog hrama. Radi se o tri stupa Europske unije: nadnacionalni (prvi stup), zajednička vanjska i sigurnosna politika (drugi stup) i suradnja u pravosuđu i unutarnjim poslovima (treći stup) koja obuhvaća i pravosuđnu

ekonomske zajednice iz Rima¹⁰ pravni su temelji Europske unije (*founding treaties*). Predmetnim ugovorima, koji imaju jednaku pravnu snagu stvorena je Europska unija, kao sljednica Europske ekonomske zajednice. Lisabonskim ugovorom uspostavljena je nadnacionalna nadležnost prava EU-a u kaznenopravnom području, kazneno pravo Europske unije postaje nadnacionalno (kazneno pravo *sui generis*), a nacionalni sudovi imaju obvezu, različitog intenziteta, tumačiti domaće pravo u svjetlu prava Europske unije.¹¹

Europska unija ima vlastiti pravni poredak, a pravo Unije dio je pravnog sustava svake države članice. Izvori prava Europske unije, prema hijerarhiji, su: a) Ugovor o Europskoj uniji, Ugovor o funkcioniranju Europske unije, Povelja i Ugovor o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju, b) međunarodni sporazumi i opća načela prava Unije, c) akti sekundarnog zakonodavstva (uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja).¹²

Članak 6. Lisabonskog ugovora¹³ propisuje da Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom Europske unije o temeljnim pravima koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori te da Unija pristupa Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, što do sada još nije učinjeno. Pristupom Europske unije Konvenciji građani Unije će moći zatražiti i utvrđivanje krši li neka od odluka institucija Europske unije konvencijska prava pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje: Europski sud), a Europska unija će postati 48. ugovorna stranka Konvencije.¹⁴

Povelja u Glavi II. naziva "Slobode" člankom 7. propisuje da je poštovanje privatnog i obiteljskog života temeljno pravo – "Svatko ima pravo na poštovanje svojeg privatnog i obiteljskog života, doma i komuniciranja". Glavno područje primjene Povelje odnosi se na institucije Europske unije (Europska komisija, Europski parlament, Vijeće EU, Europsko vijeće, Sud Europske unije, Revizorski sud i Europska centralna banka te tijela sekundarnog zakonodavstva), a ona se odnosi na države članice samo kada provode pravo Europske unije.

Članak 8. 1. Konvencije pod naslovom "Pravo na poštovanje privatnog i

- suradnju u pitanjima kaznenog prava (opisana u VI. dijelu Ugovora o Europskoj uniji).
- 10 Ideja o ujedinjenoj Europi prvi je puta proklamirana 9. svibnja 1950. prijedlogom o ujedinjenju proizvodnje ugljena i čelika Francuske i Njemačke u jednu organizaciju kojoj bi mogle pristupiti i druge europske države. Pariškim ugovorom iz 1951. stvorena je Europska zajednica za ugljen i čelik, a suradnja sve većeg broja država proširuje se Rimskim ugovorima iz 1957. Formalni ugovor o osnivanju Europske zajednice potpisan je u Rimu 25. ožujka 1957., a stupio je na snagu 1. siječnja 1958.
 - 11 Lisabonski ugovor je potpisan 13. prosinca 2007. u Lisabonu, a stupio je na snagu 1. prosinca 2009., nakon što je ratificiran u svim državama članicama EU. Njime je provedeno objedinjavanje triju stupova, određen je novi kaznenopravni okvir EU-a i uspostavljena je nadnacionalna nadležnost EU-a u kaznenopravnom području i postupovnom (pravosudna suradnja u kaznenim stvarima, uzajamno priznanje presuda) i u materijalnom (harmonizacija određenih kaznenih djela i sankcija u kaznenim zakonodavstvima pojedinih država članica).
 - 12 Izvori i područje primjene prava Europske unije, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/FTU_1.2.1.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
 - 13 Lisabonski ugovor, http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski_prociscena.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
 - 14 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/accessioneu>, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.

obiteljskog života” glasi:

“1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.

2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

Temeljna prava, kako su zajamčena Konvencijom i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije. Konvencijom je dat pravni učinak pojedinim pravima iz Opće deklaracije o ljudskim pravima te je uspostavljeno međunarodno pravosudno tijelo (Europski sud) nadležno pronaći povrede u odnosu na države koje ne poštuju svoje obveze. Presude kojima su utvrđene povrede obvezuju države na koje se odnose i one su ih dužne izvršiti. U slučaju utvrđivanja povrede, dotična država mora poduzeti sve mjere kako bi osigurala da se takve povrede u budućnosti ne ponove, inače Europski sud može opet presuditi protiv nje. U nekim slučajevima država će morati izmijeniti svoje zakonodavstvo kako bi ga uskladila s Konvencijom.¹⁵ Republika Hrvatska ratificirala je Konvenciju 5. studenoga 1997.¹⁶

Osim navedenoga, Ustav u članku 35. propisuje da se svakom jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti dok članak 36. propisuje da je sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja zajamčena i nepovrediva, a samo se zakonom mogu propisati ograničenja nužna za zaštitu sigurnosti države ili provedbu kaznenog postupka.

Iako Ustav koristi termin “osobni”, a Konvencija i Povelja termin “privatni” život radi se o pravnim istoznačnicama, a kako to proizlazi iz odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) broj U-III-4536/2012 od 14. siječnja 2016., u kojoj se navodi: *Načelna stajališta Ustavnog suda o značenju i domašaju ustavnog jamstva na štovanje osobnog života iz članka 35. Ustava suglasna su onima Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (u daljnjem tekstu: ESLJP) o pravu na poštovanje privatnog života iz članka 8. Konvencije. Temeljna svrha tog ustavnog i konvencijskog jamstva jest zaštita pojedinaca od neosnovanog miješanja države u njihovo pravo na nesmetan osobni (privatni) život.*

Jedan od oblika ograničavanja konvencijskog prava iz članka 8. Konvencije i ustavnog prava iz članka 35. i 36. Ustava u kaznenom postupku provođenje je posebnih dokaznih radnji. Naime, Zakon o kaznenom postupku¹⁷ (dalje: ZKP/08) u stadiju provođenja izvida kaznenih djela propisuje mogućnost provođenja posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, i to: nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, presretanje, prikupljanje i snimanje računalnih podataka, ulazak u prostorije

15 EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA, ESLJP u 50 pitanja, www.echr.coe.int/Documents/50Questions_HRV.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.

16 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisana je u Rimu 4. studenog 1950., a stupila je na snagu 3. rujna 1953.

17 Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12. - Odluka i Rješenje USRH, 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14.

radi provođenja nadzora i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, uporabu prikrivenih istražitelja i pouzdanika, simulirano prodaju i otkup predmeta te simulirano davanje potkupnine i simulirano primanje potkupnine, pružanje simuliranih poslovnih usluga ili sklapanje simuliranih pravnih poslova, nadzirani prijevoz i isporuku predmeta kaznenog djela. Dakle, provođenje posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu zadire u konvencijsko i ustavno pravo na poštovanje osobnog (privatnog) i obiteljskog života.

Zadiranje javne vlasti u ljudska prava pojedinca u sklopu kaznenog postupka ne potpada pod zaštitu Povelje, jer je primjena Povelje razdvojena od primjene nacionalnih ustava i odnosi se na zadiranja institucija Europske unije u neka od prava zajamčenih Poveljom, a ne javne vlasti država članica EU-a u temeljna prava pojedinaca u sklopu kaznenog postupka. Povelja je prije svega upućena institucijama Europske unije te su dužne cijeliti temeljna prava zajamčena Poveljom u području zakonodavstva i politike Europske unije, dok države članice obvezuju samo pri provedbi politika i propisa Europske unije na nacionalnoj razini. Značaj Povelje ogleda se u tome da ona ne uspostavlja nova prava već potvrđuje već postojeća iz ustavnih tradicija i međunarodnih obveza zajedničkih državama članicama, dakle i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda i prakse Europskog suda.¹⁸

Cilj je ovog rada prikazati utjecaj određivanja posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu na dopuštenost korištenja takvih dokaza u kaznenom postupku ukoliko su oni pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije te prikazati relevantnu sudsku praksu Europskog suda iz koje proizlazi da te dokazne radnje zadiru u pojmove osobnog (privatnog) života i dopisivanja čije poštovanje je kao ljudsko pravo zajamčeno člankom 8. Konvencije i pojašnjavaju kumulativne uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi miješanje u ostvarivanje prava pojedinca bilo opravdano u smislu članka 8. stavak 2. Konvencije. Utjecaj kršenja tih prava pri pribavljanju dokaza provođenjem navedene dokazne radnje na pitanje dopuštenosti dokaza u kaznenom postupku prikazano je u 17 država članica Europske unije prikazana prema rezultatima studije nezavisnih stručnjaka koja je, ovisno o režimu nezakonitosti, podijelila države u dvije grupe. Republika Hrvatska, koja nije bila obuhvaćena studijom izrađenom 2003. godine, pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem konvencijskih i ustavnih prava svrstava pod režim *ex judicio* nezakonitih dokaza iz čega su izdvojeni dokazi pribavljeni provođenjem posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija koja ograničava ustavna prava građana, jer u slučaju da su pribavljeni protivno relevantnim zakonskim odredbama njihova nezakonitost se ocjenjuje kroz režim *ex lege* nezakonitih dokaza. Nakon analize relevantnih kazneno procesnih odredbi prije i nakon izmjene kazneno procesnog zakonodavstva, prikazana je sudska praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: Vrhovni sud) pretragom baze sudskih odluka (SupraNova) i praksa Ustavnog suda u svjetlu presude Europskog suda od 15. siječnja 2015. u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* (zahtjev broj 68955/11).

¹⁸ Povelja o temeljnim pravima Europske unije - EDIC PULA na stranici www.edic.pulapola.eu, pristupljeno dana 15. siječnja 2017.

2. POVREDA ČLANKA 8. KONVENCIJE U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Konvencijska prava, prema mogućnosti njihovih ograničenja, razvrstavaju se na apsolutno nederogabilna prava, relativno nederogabilna, relativno derogabilna prava i uvjetovana prava. Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života (članak 8. Konvencije) predstavlja uvjetovano konvencijsko pravo, koje je moguće ograničiti: a) ako je ograničenje propisano zakonom, b) ako je poduzeto u legitimnom cilju, dok je legitiman cilj u odnosu na ovo konvencijsko pravo propisan u stavku 2. članka 8. Konvencije te c) ako je zadiranje bilo nužno u demokratskom društvu. U tom slučaju, kada se takva prava ograničavaju, sudske odluke moraju predstavljati “uravnotežujuće akte” (*balancing acts*) između tog prava i drugih prava i interesa s kojima je predmetno pravo u sukobu odnosno zbog kojih se ono ograničava.¹⁹

Europski sud svojom višegodišnjom sudskom praksom utvrdio je opća načela koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Ponajprije je nužno utvrditi je li miješnje izvršeno u jednu od četiri vrijednosti zaštićene člankom 8. Konvencije – privatni život, obiteljski životu, dom ili dopisivanje. Članak 8. Konvencije ne opisuje niti definirana ta četiri pojma, pa procjena o tomu krši li određeno prikupljanje dokaza, jedno od pojmova nabrojanih člankom 8. Konvencije, ovisi o okolnostima svakog konkretnog slučaja. Pritom čemu valja naglasiti da se ta četiri pojma međusobno ne isključuju i pribavljanje dokaza može istovremeno kršiti i privatni i obiteljski život, dom i dopisivanje.²⁰

Dakle, nije moguće unaprijed odrediti što sve obuhvaća pojam “privatni život” te je i Europski sud u presudama *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Y.F. protiv Turske*²¹ naveo da je koncept “privatnog života” širok pojam koji ne podliježe konačnoj definiciji, a pokriva fizički i psihološki integritet osobe, dok je odlukom *Friedl protiv Austrije* navedeno da koncept “privatnog života” štiti i pravo na osobni razvoj kao i pravo da se uspostavlja i grade odnosi s drugim ljudima i vanjskim svijetom.²²

Nadalje, iako telefonski razgovori nisu izrijeком navedeni u stavku 1. članka 8. Konvencije, Europski sud je u presudi *Klass i dr. protiv Njemačke*²³ naveo da su i takvi razgovori obuhvaćeni pojmovima “privatan život” i “dopisivanje” koje sadrži predmetni članak Konvencije. U presudi *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁴ navedeno je da nadzor nad telefonskim pozivima predstavlja miješanje u ostvarivanje prava pojedinca na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Konvencije.

19 Krapac, D., *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (3), 2010., 1207-1240, str. 1215

20 Roagna, I., *Protecting the right to respect for private and family life*, Council of Europe human rights handbooks, www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/.../hb11_privatelife_en.pdf, str. 10., pristupljeno dana 16. siječnja 2017.

21 *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 2346/02, § 61, ECHR 2002–III i *Y.F. protiv Turske*, br. 24209/94, § 33, ECHR 2003–IX

22 *Friedl protiv Austrije*, 31. siječnja 1995., Serija A, br. 305-B, mišljenje Komisije, str. 20, § 45)

23 *Klass i dr. protiv Njemačke*, 6. rujna 1978., Serija A br. 28., §21 i § 41

24 *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2. kolovoza 1984., § 64., Serija A br. 82

U presudi *Kvasnica protiv Slovačke*²⁵ navode se kumulativni uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi miješanje u ostvarivanje prava pojedinca bilo opravdano u smislu članka 8. stavak 2. Konvencije i to da je miješanje u skladu sa zakonom (engl. "in accordance with the law"), da teži jednom ili više propisanih legitimnih ciljeva (interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, gospodarske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih) te da je nužno da bi se postigao taj cilj (engl. "necessary in a democratic society").

Da miješanje u skladu sa zakonom (engl. "in accordance with the law"), ponajprije pretpostavlja da postoji zakonski temelj u domaćem pravu, zatim kvalitetu toga prava (engl. "quality of the law") koja mora biti u skladu s vladavinom prava izrijeком navedenom u preambuli Konvencije, kako se navodi u §67. presude *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Nadalje, da je domaće pravo dostupno osobi na koju se odnosi (engl. "the accessibility of the law") i da ta osoba može predvidjeti posljedice koje za nju mogu nastupiti (engl. "foreseeability"). Uvjet pravne predvidivosti (engl. "foreseeability") znači da domaće pravo mora biti dovoljno jasno u svom izričaju kako bi se pojedincu jasno ukazalo u kojim okolnostima i pod kojim uvjetima tijela javne vlasti imaju ovlasti posegnuti za primjenom tajnih mjera nadzora. U § 79. presude *Kvasnica protiv Slovačke* navedeno je da to ne znači da bi pojedinac trebao unaprijed znati kada će javne vlasti presretati njegovu telefonsku komunikaciju, kako bi mogao uskladiti svoje ponašanje već da domaće pravo jasno odredi okolnosti i uvjete pod kojima su javne vlasti ovlaštene poduzeti takve mjere.

Drugi uvjet postojanje legitimnog cilja jasno i taksativno propisan je stavkom 2. članka 8. Konvencije, a legitimni ciljevi su: interes državne sigurnosti, javni red i mir ili gospodarska dobrobit zemlje, sprječavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja ili morala i zaštita prava i sloboda drugih.

Europski sud je u presudi *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁶ presudio da su ovlasti nalaganja tajnog nadzora nad građanima dopuštene prema članku 8. Konvencije samo u onoj mjeri u kojoj su strogo nužne za očuvanje demokratskih institucija (engl. "necessary in a democratic society") što u praksi znači da moraju postojati adekvatna i učinkovita jamstva protiv zlorabe.

Nadalje, u prethodno citiranoj presudi *Dragojević protiv Hrvatske* u § 84. Europski sud je o nužnosti istaknuo: *Pri procjenjivanju postojanja i opsega takve nužnosti države ugovornice imaju određenu slobodu procjene, no ta sloboda podliježe europskom nadzoru. Sud mora utvrditi jesu li postupci za nadziranje nalaganja i provođenja restriktivnih mjera takvi da "miješanje" ograničavaju na ono "nužno u demokratskom društvu". Uz to, vrijednosti demokratskog društva treba poštivati što je vjernije moguće u nadzornim postupcima kako se ne bi prekoračile granice nužnosti, u smislu članka 8. stavka 2. (vidi *Kvasnica*, citirano gore, stavak 80.; i *Kennedy*, citirano gore, stavak 154.).*

Presudama *Kruslin protiv Francuske*²⁷ Europski sud istaknuo je da je na

25 *Kvasnica protiv Slovačke*, 9. lipnja 2009., br. 72094/01, § 77.

26 *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 18. svibnja 2010., § 153.

27 *Kruslin protiv Francuske*, 24. travnja 1990., § 27., 29., Serija A br. 176-A.

nacionalnim vlastima odnosno sudovima tumačenje i primjena domaćeg prava i takva ustaljena sudska praksa nacionalnih sudova ne može se zanemariti dok Europski sud uvijek pojam “pravo” tumači u sadržajnom, a ne formalnom smislu.

Presudama *Kruslin i Huvig*²⁸ utvrđena su minimalna jamstva koja moraju biti ugrađena u zakone kako bi se izbjegla zlouporaba moći i to: definirane kategorije ljudi koje podliježu primjeni mjera temeljem sudskog naloga, priroda kaznenih djela kod kojih je moguća primjena tajnih mjera, ograničenja trajanja mjera, procedura pisanja izvješća presretanih razgovora, mjere za zaštitu izuzetih snimljenih razgovora i uvjeti za uništenje snimljenih razgovora.²⁹

Mjere pravne zaštite protiv zlouporabe (engl. “safeguards against abuse”) miješanja javne vlasti moraju biti primjerene i učinkovite, što Europski sud utvrđuje u svakom pojedinačnom slučaju ovisno o okolnostima slučaja kao što su priroda, opseg i duljina trajanja mjera, osnove potrebne za određivanje mjera, tijelo nadležno za odobravanje, provođenje i nadgledanje mjera te vrsta pravnih lijekova predviđena domaćim pravom, kako se navodi u § 50. presude *Klass i drugi protiv Njemačke*. Predmetno utvrđivanje Europskog suda važno je za utvrđenje je li miješanje bilo nužno (engl. “necessary in a democratic society”) za postizanje legitimnih ciljeva. Iako države članice imaju slobodu procjene nužnosti, ista podliježe europskom nadzoru koji obuhvaća i zakonodavstvo i odluke u kojima se zakoni primjenjuju, uključujući sudske odluke, navodi Europski sud u presudi *Barfod protiv Danske*.³⁰

U odnosu na Republiku Hrvatske donesene su dvije presude u kojima se pojavljuje pitanje provođenja mjera tajnog nadzora i to u *Dragojević protiv Hrvatske* od 15. siječnja 2015. i *Bašić protiv Hrvatske* od 25. listopada 2016. (zahtjev broj 22251/13) u kojima je utvrđeno da je došlo do povrede članka 8. Konvencije. U presudi *Dragojević protiv Hrvatske* razmatrani su dokazi pribavljeni provođenjem korištenja mjera tajnog nadzora u obliku prisluškivanja telefona podnositelja i tajnog praćenja koje su se temeljile na četiri naloga koje je izdao istražni sudac. Nalozi su se u načelu temeljili samo na tvrdnji da postoji zahtjev ovlaštenog tužitelja za korištenje tajnog nadzora i zakonskom izrazu da se “istraga ne može provesti na drugačiji način ili da bi to bilo izrazito teško” te je Europski sud istaknuo da nisu navedeni nikakvi stvarni detalji koji se temelje na specifičnim činjenicama predmeta i osobitim okolnostima koje ukazuju na osnovanu sumnju da su kaznena djela počinjena, te da istragu nije moguće provesti na drukčiji, manje intruzivan način. Zaključno, u §95. i §101. Europski sud je istaknuo da mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili nadležni sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu opsega i načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti, te posebice u praksi nije osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba pa, u skladu s time, postupak za naganje i nadziranje provođenja mjera prisluškivanja telefona podnositelja nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti, niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njegova privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo “nužno u demokratskom društvu”. Iz

28 *Huvig protiv Francuske*, 24. travnja 1990., zahtjev br. 11105/84.

29 *Venezuela Contreras protiv Španjolske*, 30. srpnja 1998., § 46.

30 *Barfod protiv Danske*, 22. veljače 1989., stavak 28, serija A br. 14

istih razloga utvrđena je povreda članka 8. Konvencije presudom Bašić s razlikom da je tom presudom navedeno kako postupak za nalažanje i nadziranje provođenja mjera prisluškivanja telefona podnositelja nije bio u skladu s pretpostavkama zakonitosti³¹ niti daje odgovor o ispunjenju pretpostavke nužnosti takve mjere.

U odnosu na pitanje zakonitosti dokaza koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije i praksu Europskog suda, valja naglasiti da Konvencija, kojoj je cilj zaštita temeljnih ljudskih prava, a ne osiguranje pravilne primjene nekog kaznenog procesnog instituta za koji se odlučio nacionalni zakonodavac, ne sadrži pravila o tomu kada bi način pribavljanja ili uporabe nekog dokaza trebalo smatrati nezakonitim i to je u isključivoj ovlasti nacionalnog prava. Iz toga razloga Europski sud u svojim presudama izrijekom ne navodi da se radi o nezakonitim dokazima jer bi se time stavio u ulogu višeg žalbenog suda koji bi osude u nacionalnom kaznenom postupku, utemeljene na nezakonitim dokazima, mogao ukidati i tako im oduzeti pravnu valjanost već Europski sud može donositi samo deklaratorne presude o postojanju povrede nekog prava iz Konvencije.³² Nadalje, on može kao jurisprudencijske razloge svojih presuda koristiti samo one koji su izvedeni kao minimalni zajednički nazivnik više od 40 kaznenih procesnih prava europskih država.³³ Tako je u presudi *Schenk protiv Švicarske* od 13. srpnja 1988.³⁴ navedeno da članak 6. Konvencije koji jamči pravo na pošteno suđenje ne predviđa ikakva pravila o dopuštenosti dokaza već je to isključivo predmet reguliranja nacionalnog prava (§ 46), dok je postavio sljedeće kriterije za procjenu pravičnosti postupka: prava obrane u odnosu na nezakoniti dokaz i okolnost je li nezakoniti dokaz jedini temelj za osudu.³⁵

Također u § 127.-129., u presudi *Dragojević protiv Hrvatske* Europski sud naglašava da njegova zadaća nije ispravljati činjenične i zakonske pogreške koje je nacionalni sud navodno počinio osim i u onoj mjeri u kojoj su izazvale povredu prava i sloboda zaštićenih Konvencijom. Pa tako uloga Europskog suda nije odrediti, u načelu, jesu li određene vrste dokaza - primjerice dokazi dobiveni nezakonito - dopuštene, niti je li podnositelj zahtjeva kriv, već se ispitivanje navodne "nezakonitosti" razmatra ocjenjivanjem postupka u cjelini odnosno je li način na koji su dokazi bili pribavljeni bio pošten, jesu li prava obrane poštovana te je li uzeta u obzir i kvaliteta dokaza. Takvim je ispitivanjem Europski sud u nekoliko predmeta utvrdio da, iako je utvrđena povreda članka 8. Konvencije jer miješanje javne vlasti nije bilo u skladu sa zakonom, takva povreda nije dovela do povrede članka 6. Konvencije odnosno dokazi proizašli iz te povrede nisu bili u suprotnosti s načelom pravednosti postupka (odluke *Khan i*

31 U presudi *Dragojević* navedeno je da postupak nije bio "u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti"

32 Suprotno tome, Vrhovni sud u svojem rješenju broj Kž-552/15 od 22. listopada 2015. kojim potvrđuje odbijanje obnove u postupku protiv *Dragojevića*, a koja je zatražena na temelju presude Europskog suda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* navodi: "Međutim, protivno žalbenim tvrdnjama, navedeno još uvijek ne znači da se radi o nezakonitim dokazima, a što se ne utvrđuje niti predmetnom presudom, pa se onda niti dokazi proizašli iz tih dokaza ne mogu smatrati nezakonitim."

33 Krapac *D.*, op. cit. u bilj. 19, str. 1211. i 1212.

34 Zahtjev broj 10862/84.

35 Bojanić, I.; Đurđević, Z., Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, br. 2/2008, str. 978.

*P.G. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*³⁶).

Iz ovakvih utvrđenja Europskog suda proizlazi da utvrđena povreda članka 8. Konvencije u kaznenom postupku nije *a priori* utjecala na načelo pravednosti postupka, pa tako dokazi pribavljeni povredom članka 8. Konvencije mogu biti dokazi kojima se utvrđuju odlučne činjenice ako su zadovoljeni uvjeti koje traži načelo poštenog suđenja iz članka 6. Konvencije. U tom slučaju povreda članka 8. Konvencije nije utjecala na dokaznu građu u postupku, već kao posljedicu ima samo isplatu novčane naknade.

Ovakvo stajalište Europskog suda problematizirano je u pojedinim izdvojenim mišljenjima³⁷ tako da činjenica utvrđene povrede članka 8. Konvencije u kaznenom postupku nužno dovodi u pitanje načelo pravednosti ne samo postupka već i pravednosti kažnjavanja od strane države koja se nezakonito i arbitrarno miješala u temeljno ljudsko pravo i slobodu pojedinca i povrijedila ga. Pritom se u presudi *Dragojević protiv Hrvatske* utvrđuje da sudska praksa Vrhovnog suda kao i Ustavnog suda “nije u potpunosti u skladu sa zakonom” i nije poštovan uvjet “nužnosti u demokratskom društvu”, pa se valja upitati kako je uz takva utvrđenja moguće procijeniti da je kazneni postupak u cjelini (engl. “as a whole”) bio pravedan te kvalitetu dokaza proizašlih iz nezakonitog miješanja javne vlasti u prava pojedinca poštivanjem prava na obranu i mogućnost podnositelju da ospori autentičnost dokaza te da se protivni njihovoj uporabi pred nacionalnim sudovima uz istovremenu tvrdnju Europskog suda da je praksa po izjavljenim pravnim lijekovima nezakonita i arbitrarna u istom kaznenom postupku. Postavlja se daljnje pitanje je li tada poštovano načelo učinkovitog pravnog lijeka.

Ovdje valja naglasiti da se u najuglednijoj kontinentalnoj teoriji kaznenog procesnog prava – njemačkoj, smatra da problematika nezakonitih dokaza pripada skupu najvažnijih pitanja za kazneni postupak što je posljedica primjene načela pravne države koja donosi samoograničenje državne vlasti u njezinoj represivnoj djelatnosti jer se država u suzbijanju kriminaliteta ne smije služiti svim, pa možda i kriminalnim metodama što bi, s jedne strane, delegitimiralo moralnu snagu kaznene osude, a s druge bi prekršilo postulat javnog kažnjavanja društveno štetnog ponašanja uz samo najnužnija ograničenja temeljnih prava građana – koji se do pravomoćne osude imaju smatrati nedužnima.³⁸

3. NEZAKONITOST DOKAZA PRIBAVLJENIH NADZOROM I TEHNIČKIM SNIMANJEM TELEFONSKIH RAZGOVORA I DRUGIH KOMUNIKACIJA NA DALJINU U KAZNENOM PROCESNOM PRAVU DRŽAVA ČLANICA EU-A

Pitanje dopuštenosti dokaza koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije različito je uređeno u procesnim sustavima država članica Europske unije te u nekima

36 *Khan protiv Velike Britanije* od 12. svibnja 2000. (zahtjev broj 35394/97), *P.G. i J.H. protiv Velike Britanije* od 25. rujna 2001. (zahtjev broj 44787/98).

37 Npr. izdvojeno mišljenje suca Loucaidesa u presudi *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ili suca Tulkensa u presudi *P.H. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*

38 Krapac, D., op. cit. u bilj 18., str. 1208.

u odnosu na takve dokaze postoji apsolutna dokazna zabrana korištenja u kaznenom postupku, a u nekima se provodi vaganje između nezakonitosti takvih dokaza i drugih interesa kaznenog postupka.

U studiji³⁹ koju je izradila mreža nezavisnih stručnjaka o temeljnim pravima koju je sastavila Europska komisija 2003. godine prikazan je način reguliranja u 17 država članica Europske unije pitanja nezakonitosti dokaza pribavljenih nadzorom i tehničkim snimanjem razgovora pri čemu je došlo do povrede osobnog i obiteljskog života.⁴⁰

Države su podijeljene u dvije skupine (A i B) ovisno o tomu koji utjecaj na pitanje nezakonitosti dokaza ima činjenica da su pribavljeni kršenjem prava na privatni i obiteljski život. Skupina A obuhvaća države (Austrija, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Švedska i Velika Britanija) u kojima sud ocjenjuje u svakom pojedinom slučaju radi li se o nezakonito pribavljenom dokazu vaganjem težine povrede, utjecaja povrede na pouzdanost dokaza i položaja tog dokaza – je li njegov značaj središnji ili periferni za utvrđivanje odgovornosti optuženika. Pritom svi ti elementi imaju svoj značaj utvrđivanjem povrede prava na pošteno suđenje koje ima propisane minimalne zahtjeve u članku 6. Konvencije. U odnosu na Njemačku istaknuto je da je svrstana u skupinu A upravo zbog sudske prakse koja pitanje dopuštenosti takvog dokaza crpi izravno iz Ustava i temelji odluku na vaganju težine kaznenog djela i težine povrede prava na privatni život dok nacionalno procesno pravo izrijeком propisuje kao nezakonit dokaz samo ako je sloboda optuženika na njegovo mišljenje i očitovanje volje bila ugrožena zlostavljanjem, izazivanjem umora, davanjem lijekova, mučenjem, obmanom ili hipnozom.⁴¹ Međutim, u odnosu na ove države istaknut je primjer članka 15. UN Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja⁴² koji se temelji na ideji da je jedan od načina “obeshrabrivanja” državnih tijela u upotrebi mučenja upravo uvođenje pravila da izjava za koju se dokaže da je dobivena mučenjem ne može biti dokazna građa u nekom postupku (osim u postupku protiv osobe koja je primijenila mučenje), a koja argumentacije se koristi u nekim izdvojenim mišljenjima Europskog suda i to da se isti razlozi mogu primijeniti i na dokaze pribavljene povredom prava na poštovanje privatnog života ili drugih temeljnih prava.

39 Opinion on the status on illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union (CFR-CDF, 30 XI 2003). <http://cridho.cpdur.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR,CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf>, pristupljeno dana 21. prosinca 2016.

40 Austrija, Belgija, Cipar, Danska, Španjolska, Francuska, Finska, Njemačka, Grčka, Irsko, Italija, Luksembourg, Malta, Nizozemska, Portugal, Švedska i Velika Britanija.

41 Članak 136a Zakona o kaznenom postupku - Code of Criminal Procedure in the version published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] Part I p. 1074, 1319), as most recently amended by Article 3 of the Act of 23 April 2014 (Federal Law Gazette Part I p. 410), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, pristupljeno dana 07. siječnja 2017.

42 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, UN Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja Usvojena 1984., stupila na snagu 1987., ima 141 državu stranku <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIndex.aspx>, pristupljeno dana 7. siječnja 2017.

Tako je u izdvojenom mišljenju sudac Loucaides u prethodno navedenoj odluci *Khan protiv Velike Britanije* istaknuo da ne može prihvatiti da je suđenje bilo pošteno, kako to zahtjeva članak 6. Konvencije, ako se krivnja za bilo koje djelo utvrđuje dokazima pribavljenim kršenjem ljudskih prava zajamčenih Konvencijom, a ako se kršenje članka 8. Konvencije prihvaća kao "pošteno", tada ne vidi kako se javna vlast može učinkovito odvratiti od ponavljanja svojeg nedopuštenog ponašanja. Navodi da je osnovni argument protiv isključivanja takvih dokaza traženje istine i postojanje javnog interesa za kaznenim progonom, ali ističe da je kršenje zakona, u cilju da se taj isti zakon provede, u međusobnoj kontradikciji i time postaje apsurdan argument.⁴³

Države skupine B (Belgija, Cipar, Španjolska, Grčka, Irska, Italija, Luksembourg, Malta, Nizozemska i Portugal) dokaze koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije smatraju nezakonitim dokazima. Međutim, u odnosu na ove države istaknuto je kako je pogrešno odmah zaključiti da takav položaj dokaza koji su pribavljeni kršenjem temeljnoga ljudskog prava nužno ide u korist optuženika jer je moguće da čak i ovako pribavljeni dokazi mogu ponekad služiti utvrđivanju optuženikove nevinosti. Primjer je Danska iz skupine A gdje sudovi ne primjenjuju vaganje već prihvaćaju dokaze koji idu u prilog optuženiku. Upravo ta okolnost je u nekim državama iz skupine B dovela do stvaranja iznimke od pravila nedopuštenosti dokaza pribavljenih kršenjem članka 8. Konvencije za što je naveden primjer Belgije u kojoj je Ustavni sud zauzeo stajalište da apsolutna zabrana korištenja takvih dokaza može dovesti do nerazmjernog ograničavanja prava optuženika na obranu.

Zaključuje se da, gledajući u cjelini svih 17 analiziranih država, nacionalno kazneno procesno pravo tih država pruža više zaštite optuženiku nego što se to zahtijeva člankom 6. Konvencije. Naime, Europski sud je zauzeo stajalište da dokazi koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije nemaju nužno za posljedicu nepravilnost postupka u cjelini, dok se zakonitost takvih dokaza u kaznenom postupku ostavlja nacionalnim sudovima na odluku u skladu s nacionalnim kazneno procesnim pravom. Pitanje pravičnosti postupka u cjelini ocjenjuje se utvrđenjem je li dokaz mogao biti osporavan na suđenju, je li to jedini dokaz na kojem se temelji osuda ili je li dokaz bio pribavljen na primjer kršenjem prava na šutnju odnosno samooptuživanjem optuženika.⁴⁴ Međutim, neovisno o takvom stajalištu Europskog suda, deset od 17 država smatra nezakonitim dokaze pribavljene kršenjem članka 8. Konvencije.

Iako je predmetna studija izradila komparativnu analizu i u odnosu na pitanje dopuštenosti dokaza koji su pribavljeni kršenjem prava na privatnost od fizičke osobe, napominje se da je Europski sud u brojnim različitim kontekstima utvrdio kako članak 8. Konvencije nameće javnoj vlasti donošenje potrebnih mjera kojima se osigurava učinkovita zaštita tih prava i u privatnim odnosima odnosno da pojedinac mora uživati zaštitu i od kršenja njegovih prava od drugog pojedinca. U odnosu na pribavljanje dokaza u kaznenom postupku u svjetlu članka 8. Konvencije, Europski sud utvrđuje je li došlo do miješanja samo javne vlasti, a ne i pojedinaca, u ostvarivanju prava iz tog članka i zatim je li ono u skladu sa zakonom i potrebno za ostvarenje iscrpno

43 Vidi i izdvojeno mišljenje suca Tulkensa u presudi *P.G. i J.H. protiv Velike Britanije* od 25. rujna 2001. (zahtjev broj 44787/98).

44 Povredom načela *nemo tenetur se ipsum accusare*

navedenog i ograničenog broja legitimnih ciljeva kao i je li nužno za ostvarenje tih ciljeva. Dakle, potrebno je da je prikupljanje dokaza koje su provela državna tijela ili da su javne vlasti bile u tolikoj mjeri uključene u prikupljanje dokaza da to povlači odgovornost države u svjetlu Konvencije.⁴⁵ Dakle, ako se radi o privatnoj snimci, Europski sud ne razmatra eventualnu povredu članka 8. Konvencije već procjenjuje radi li se o povredi članka 6. Konvencije (§ 40 odluke *Schenk protiv Švicarske*).

Komparativnim proučavanjem "jačine" nezakonitosti dokaza, a kao u konkretnom slučaju dovodi li kršenje određenog konvencijskog prava do posljedice apsolutne zabrane korištenja takvih dokaza ili se oni pod određenim uvjetima koriste u kaznenim postupcima, pogrešno bi bilo zaključiti da države s apsolutnom dokaznom zabranom teže utvrđuju kaznenu odgovornost ili da imaju nižu stopu osuđivanosti. Pogrešno bi bilo i zaključiti da sustavi s "jačim" dokaznim zabranama preciznije utvrđuju činjenice jer s povećanjem zaštite da nevina osoba bude osuđena povećava se i mogućnost da počinitelj kaznenog djela izbjegne osudu.⁴⁶

Pojam nezakonitih dokaza u aktualnom hrvatskom kaznenom procesnom pravu propisan je člankom 10. ZKP/08 pa su tako nezakoniti dokazi oni: a) koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja, b) 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 i c) koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ZKP-om i d) za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza. Dakle, ovisno o načinu utvrđivanja nezakonitosti dokaza, ZKP/08 razlikuje nezakonite dokaze *ex judicio* i *ex lege*, a dokazi koji su pribavljeni kršenjem zajamčenog prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života predstavljaju nezakonite dokaze *ex judicio*, jer ih sud kao takve mora utvrditi svojom odlukom. Iznimku predstavljaju dokazi pribavljeni nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, čime se ograničava zajamčeno pravo na poštovanje osobnog života i dopisivanja, koji pribavljeni suprotno zakonskim odredbama predstavljaju *ex lege* nezakonite dokaze.

Dakle, prema načinu reguliranja nezakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem članka 8. Konvencije sukladno ZKP/08, Hrvatska bi pripadala skupini A jer članak 10. ZKP/08 nalaže obvezu sudu da u slučaju pribavljanja dokaza takvim kršenjem prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života provede vaganje sukladno stavku 3. članka 10. ZKP/08 koji propisuje da se ne smatraju nezakonitima dokazi pribavljeni povredom prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. Međutim, ZKP/08 posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, koje predstavljaju ograničenje konvencijskog i ustavnog prava na poštovanje osobnog i obiteljskog života, posebno izdvaja iz općeg pojma tog prava i radi iznimku tako da su dokazi pribavljeni provedbom tih mjera suprotno

45 Presuda *A. protiv Francuske* od 23. studenog 1993., § 36

46 Damaška, M., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 *University of Pennsylvania Law Review*, 1973., str. 508

odredbi članka 332. ZKP/08 *ex lege* nezakoniti dokazi iz članka 10. stavak 2. točka 3. ZKP/08, a na temelju članka 335. stavak 8. ZKP/08 što će se u daljnjem tekstu detaljno obrazložiti.

4. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA PO ZKP/97

Prije stupanja na snagu ZKP/08, člankom 9. Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine, broj 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 62/03 – pročišćeni tekst, 178/04, 115/06; dalje: ZKP/97) bilo je propisano da su nezakoniti oni dokazi koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (*ex judicio* nezakoniti dokazi) kao i oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ZKP/97 (*ex lege* nezakoniti dokazi) te drugi dokazi za koje se iz njih saznalo (plodovi otrovne voćke).

Članak 180. stavak 1. ZKP/97 propisivao je da se mogu odrediti mjere kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, a kao jedna od njih je propisan i nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora odnosno sredstava za tehničko komuniciranje na daljinu, pod uvjetom da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama. Tada, na zahtjev državnog odvjetnika, istražni sudac može naložiti mjere protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u taksativno nabrojanim kaznenim djelima iz članka 181. ZKP/97.⁴⁷ Članak 182. u stavku 1. ZKP/97 propisivao je da se mjere kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana određuju pisanim obrazloženim nalogom. Dakle, ZKP/97 je obvezu obrazlaganja naloga propisivao u članku 182. stavak 1. ZKP/97, a kao nezakoniti dokazi člankom 182. stavak 6. ZKP/97⁴⁸, propisani su samo oni podatci pribavljeni protivno članku 182. stavak 2. ZKP/97⁴⁹, ali ne i protivno članku

47 Djela protiv Republike Hrvatske ili protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom za koja je predviđena kazna od pet ili više godina zatvora, ubojstva, razbojništva s teškim posljedicama, prikrivanja protuzakonito dobivenog novca, krivotvorenja novca, nedopuštenog držanja oružja i eksplozivnih tvari, primanja i davanja mita, ucjene, otmice, iznude, udruživanja za počinjenje kaznenog djela, protiv tjelesne ili spolne zlouporabe djece i maloljetnih osoba i zlouporabe opojnih droga, protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice, međunarodne prostitucije, podvođenja, izbjegavanja carinskog nadzora, sprječavanja dokazivanja, prisile prema pravosudnim dužnosnicima i zlouporabe u obavljanju dužnosti državne vlasti ili za koja je predviđena kazna od pet godina zatvora kad postoji osnovana sumnja da se takva djela pripremaju ili da su ih počinile grupe ljudi ili zločinačke organizacije.

48 (6) Ako su mjere iz članka 180. ovoga Zakona poduzete bez naloga istražnog suca ili je postupljeno protiv odredbi iz članka 180. i članka 182. stavka 2. ovoga Zakona, na pribavljenim podacima i obavijestima kao i na dokazima za koje se iz tih podataka i obavijesti saznalo ne smije se temeljiti sudska odluka u kaznenom postupku.

49 (2) Poduzete mjere mogu trajati najdulje četiri mjeseca. Na prijedlog državnog odvjetnika istražni ih sudac može produljiti iz važnih razloga za još tri mjeseca. O neslaganju između državnog odvjetnika i istražnog suca odlučuje vijeće županijskog suda (članak 20. stavak 2.). Čim prestanu pretpostavke za nadzor, istražni je sudac dužan odrediti obustavu poduzetih mjera. Ako državni odvjetnik odustane od kaznenog progona, odnosno ako podaci i obavijesti pribavljeni primjenom poduzetih mjera nisu potrebni za kazneni postupak, uništiti će se pod

182. stavak 1. ZKP/97 (koji propisuje obvezu obrazlaganja naloga).

Vrhovni sud je višegodišnjom sudskom praksom zauzeo stav da izostanak zakonom propisanog obrazloženja naloga suca istrage za određivanje mjera kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, ne čini podatke pribavljene na temelju tih naloga *ex lege* nezakonitim kada je obrana upirala na postojanje *ex judicio* nezakonitih dokaza zbog nedostatnog obrazloženja. Sudska praksa se temeljila na tumačenju odredbe članka 182. stavak 6. ZKP/97 koja nije izrijekom sankcionirala izostanak obrazlaganja naloga time da se prikupljeni podatci i obavijesti ne mogu upotrijebiti u kaznenom postupku.

Tako je Vrhovni sud u svojoj odluci I Kž-61/09 od 03. veljače 2009. naveo: *Prema tome izostanak obrazloženja naloga kojim se nalažu posebni izvidi kaznenih djela kojima se privremeno ograničavaju ustavna prava i slobode ne rezultira nezakonitošću dokaza prikupljenih provođenjem ovih mjera. Ovakav smisao jasnom proizlazi i iz odredbe čl. 9. st. 2. Zakona o kaznenom postupku u dijelu kada zakonodavac nezakonitim u odnosu na postupanje suprotno normama zakona određuje da su nezakoniti dokazi tek oni dokazi koji su prikupljeni povredom odredaba kaznenog postupka, ali i pod daljnjim uvjetom da su kao nezakoniti izričito predviđeni normom zakona, što nije slučaj u odnosu na postupanje suprotno odredbi čl. 182. st. 1. Zakona o kaznenom postupku.*

Dakle, Vrhovni sud je pitanje nezakonitosti dokaza pribavljenih posebnim izvidima kojima se privremenom ograničavaju konvencijska i ustavna prava vezao isključivo uz pitanje radi li se o *ex lege* nezakonitim dokazima, iako je i članak 9. stavak 2. ZKP/97 radio razliku između *ex judicio* i *ex lege* nezakonitih dokaza. U odnosu na dokaze koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenog prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života nije propisivao uvjet da su izričito predviđeni zakonom kao nezakoniti dokazi. Stoga, upiranje na nedostatnost sudskog obrazloženja naloga kojima se privremeno ograničavaju ustavna prava građana Vrhovni sud po ZKP/97 je mogao ocjenjivati isključivo režimom *ex judicio* nezakonitosti tako pribavljenih dokaza jer zakon nije izrijekom propisao da se radi o nezakonitom dokazu u tim slučajevima.

U kaznenom predmetu u kojem je obrana prigovarala da nalog ne sadrži obrazloženje u pogledu postojanja osnova sumnje za počinjenje kaznenih djela iz kataloga u članku 181. ZKP/97, te da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način zbog čega mjere određene takvim nalogom krše ustavno jamstvo nepovredivosti osobnog i obiteljskog života iz čl. 35. Ustava, te slobodu i tajnost svih oblika općenja, iz čl. 36. Ustava i čl. 8. Konvencije, Vrhovni sud je u svojoj odluci I Kž-Us-83/09 od 9. srpnja 2013. naveo: *... da sam zakonodavac postupanje suda koje bi bilo suprotno odredbi čl. 182. st. 1. ZKP (da mjere iz čl. 180. ZKP određuje istražni sudac pisanim obrazloženim nalogom), ne sankcionira u čl. 182. st. 6. ZKP...*

U odnosu na iste prigovore obrane Vrhovni sud je u odluci I Kž-Us-110/12 od 9. srpnja 2013. naveo: *Svi nalози izdani su na temelju obrazloženih zahtjeva USKOK-a uz prateću odgovarajuću dokumentaciju, što je istražni sudac cijenio prilikom donošenja naloga, dok ispunjenje daljnjeg uvjeta za izdavanje tih naloga - postojanje osnova*

sumnje da je određena osoba počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelom iz članka 181. ZKP/97 te okolnost da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama - smisleno proizlazi iz činjenice da je istražni sudac takve naloge izdao jer bi u protivnom izrazio neslaganje, kako to predviđa odredba članka 182. stavak 2. ZKP/97.

Osim toga, Vrhovni sud je sudskom praksom uveo mogućnost retroaktivnog obrazlaganja naloga, s obzirom na to da, u slučaju da ih sudac istrage nije obrazložio jer nije utvrđena *ex lege* nezakonitost, pa je tako u svojoj odluci broj I-Kž-61/09 od 3. veljače 2009. naveo: *Ove odgovore, suprotno tvrdnjama iz žalbi, moguće je dati i u ovoj fazi odlučivanja o zakonitosti izdanih naloga obzirom da stvarno izdani nalozi, sukladno čl. 182. st. 1. ZKP, ne sadrže obrazloženje, time da izostanak obrazloženja zakonodavac, u skladu sa sadržajem odredbe čl. 182. st. 6. ZKP, ne sankcionira nezakonitošću dokaza u odnosu na prikupljene dokaze kao rezultat takvog manjkavog naloga. Naime, smisao odredbi o nezakonitim dokazima nije u izdavanju prikupljene dokazne građe radi pogodovanja osobama za koje postoji osnovana sumnja da su počinili kazneno djelo, već zaštita građana za koje postoji pretpostavka njihove nedužnosti (do dokazanosti krivnje) od nedopuštenih postupanja sudbene i izvršne vlasti i koji postupci su do te mjere suprotni zakonu da je sam zakonodavac rezultate takvih postupanja izrijekom označio kao nezakonite dokaze.*

U odnosu na takvu sudsku praksu Vrhovnog suda u presudi Europskog suda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* ističe se da prigovori podnositelja nisu usredotočeni na manjak pravnog temelja u mjerodavnom domaćem zakonu već ponajprije na činjenicu da istražni sudac nije djelovao u skladu s postupcima predviđenima zakonom, posebice onima vezanima uz učinkovitu procjenu je li uporaba tajnog nadzora bila nužna i opravdana u ovom predmetu, kao što je propisano člankom 182. stavkom 1. ZKP/97. Nadalje, u § 97. navodi se: *Iz navedenoga slijedi da su, iako je u Zakonu o kaznenom postupku izričito predviđena prethodna sudska kontrola i detaljno obrazloženje pri izdavanju naloga za tajni nadzor kako bi takve mjere bile provedene, nacionalni sudovi uveli mogućnost retroaktivnog opravdanja za njihovu uporabu, čak i kad zakonska pretpostavka prethodne sudske kontrole i detaljnog obrazloženja u nalogu nije ispoštovana. U području koje je toliko osjetljivo kao što je provođenje tajnog nadzora, koji se prema Konvenciji tolerira samo u onoj mjeri koja je strogo potrebna za očuvanje demokratskih institucija, Sud ima poteškoća u prihvaćanju te situacije koju su stvorili nacionalni sudovi... dok se u § 98. navodi: Štoviše, Sud smatra da u situaciji u kojoj je zakonodavna vlast predvidjela prethodnu detaljnu sudsku kontrolu proporcionalnosti uporabe mjera tajnog nadzora, zaobilaženje tog zahtjeva retroaktivnim opravdanjem koje su uveli sudovi ne može se osigurati odgovarajuća i dostatna zaštita od potencijalne zlouporabe jer otvara vrata proizvoljnosti time što dozvoljava provođenje tajnog nadzora suprotno postupku koji je predviđen u mjerodavnom pravu.*

Dakle, Europski sud je odlukom *Dragojević protiv Hrvatske*, kao i odlukom *Bašić protiv Hrvatske*, utvrdio povredu članka 8. Konvencije, jer postupanje nacionalnih sudova nije ispunilo uvjete zakonitosti (engl. "in accordance with the law") i nužnosti (engl. "necessary in a democratic society").

U odluci *Bašić protiv Hrvatske*, § 35. i 36., Europski sud zaključuje da su ista utvrđenja koja su se pojavila u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* (§ 90.-101. odluke) primjenjiva i na predmetni slučaj, pa Europski sud nije imao razloga odstupiti od sustava presedana u tom slučaju, a što je bilo dovoljno da se utvrdi povreda članka 8. Konvencije. Navedeno je u § 34. da je Europski sud utvrdio u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* da nedostatak obrazloženja kod naloga suca istrage zajedno sa sudskom praksom nacionalnih sudova, koji su zaobilazili takav nedostatak obrazloženja naknadnim retrospektivnim opravdanjima upotreba tajnih mjera, nije u skladu s mjerodavnim domaćim pravom i time nije u praksi osigurao prikladne mjere zaštite protiv raznih mogućih zlouporaba. Europski sud je stoga zaključio da takva praksa nije bila u skladu sa zakonom niti je dovoljno ograničila miješanja u podnositeljevo pravo na privatni život i dopisivanje na ono što je bilo “nužno u demokratskom društvu”.

5. SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA PO ZKP/97

U svojoj odluci br. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008. godine⁵⁰, Ustavni sud je ispitujući ustavnu tužbu o nezakonitosti naloga za tajni nadzor izdanih tijekom trajanja kaznenog postupka istaknuo mjerodavna načela, navodeći:

8.1. *Kada, naime, nalog istražnog suca o primjeni posebnih izvidnih mjera, osim izreke u kojoj se nabrajaju posebne izvidne mjere koje će se primijeniti protiv određene osobe, u obrazloženju ne sadrži ništa drugo do konstatacije koja ponavlja da je USKOK podnio zahtjev za primjenom posebnih izvidnih mjera protiv neke osobe »jer da postoje osnove sumnje da je počinila kazneno djelo« te da te osnove sumnje proizlaze iz »prijedloga Sektora krim. Policije PU SD te posebno zapisnika o zaprimanju kaznene prijave«, onda je razvidno da time takav nalog krši ustavno jamstvo nepovredivosti osobnog i obiteljskog života iz članka 35. Ustava, te slobodu i tajnost svih oblika općenja iz članka 36. stavka 1. Ustava.*

8.2. *Ustavni sud upozorava da se jamstva osobnih prava mogu ograničiti samo radi ostvarenja cilja propisanog zakonom i razmjerno naravi potrebe za takvim ograničenjem, o čemu pravilno i zakonito odlučuje sud (v. mutatis mutandis, odluku Ustavnog suda broj: U-III-4286/2007 od 26. prosinca 2007.). Sporni je nalog, prema citiranim odredbama Zakona o kaznenom postupku, morao u konkretnom slučaju sadržavati (a) valjanu ocjenu »osnova sumnje da je [podnositelj] sam počinio ili zajedno s drugim osobama sudjelovao« u nekom od kataloških kaznenih djela iz članka 181. Zakona o kaznenom postupku, te (b) ocjenu da se izvidi kaznenih djela »ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama«. Samo takav njegov sadržaj građanima jamči da će postojanje »osnova sumnje« na kataloško kazneno djelo prethoditi određivanju neko od posebnih izvidnih mjera, da će postojati određeni minimalni stupanj vjerojatnosti takvog konkretnog – a ne pretpostavljanog – kaznenog djela te da će nalog, kao jasno artikulirano raspolaganje sredstvima državne prisile, biti logičan i uvjerljiv te u kasnijem stadiju postupka*

50 Odluka br. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008., <https://www.usud.hr/hr/praksa-ustavnog-suda>, pristupljeno 7. siječnja 2017.

provjerljiv pred drugim sudskim tijelima.

8.3. *Kada tako nije postupljeno, onda je nalog o primjeni posebnih izvidnih mjera prekršio Zakon o kaznenom postupku. (...).*

U prethodno navedenoj odluci, Ustavni sud utvrdio je mjerodavna načela koja su sukladna općim načelima koja je utvrdio Europski sud kao i stavovima izraženim u presudama *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske*, a koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Međutim, Ustavni sud u svojoj odluci br. U-III-2781/2010 od 9. siječnja 2014. godine prihvaća stav Vrhovnog suda iz odluke br. I-KŽ-61/09-3 od 3. veljače 2009. godine⁵¹ o mogućnosti retroaktivnog obrazlaganja naloga ako je takvo obrazloženje nedostatno, ističući sljedeće:

Sporni su nalozi, prema mjerodavnim odredbama ZKP/97, morali u konkretnom slučaju sadržavati (a) valjanu ocjenu »osnova sumnje da je (podnositelj) sam počinio ili zajedno s drugim osobama sudjelovao« u nekom od kataloških kaznenih djela iz članka 181. ZKP/97, te (b) ocjenu da se izvidi kaznenih djela »ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama.

Ustavni sud je razmotrio navedeni dio obrazloženja presude Vrhovnog suda te utvrdio da je Vrhovni sud pravilno primijenio navedene odredbe ZKP/97, te zaključio da, ukoliko su nalozi za poduzimanje posebnih izvida kaznenih djela bez obrazloženja, oni se mogu, u određenim uvjetima, obrazložiti u obrazloženju prvostupanjske presude ili kod donošenja rješenja kada stranka predloži utvrđenje dokaza nezakonitim.

Odlukom *Dragojević protiv Hrvatske* Europski sud apostrofirao je i odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske u odnosu na naloge kojima se određuju tajne mjere pozivanjem na ZKP/97 te je naveo u § 96., 97. i 98.:

96. Iako je to očito bilo u suprotnosti s pretpostavkama mjerodavnog domaćeg prava i gore citirane sudske prakse Ustavnog suda (vidi stavke 55. i 93. gore), čini se da je odobreno kroz praksu Vrhovnog suda i kasnije podržano od strane Ustavnog suda. Konkretno, Vrhovni sud je smatrao, kad se pitanjem bavio u kontekstu dopuštenosti dokaza, što je prema Konvenciji drugo pitanje (vidi stavak 99. dolje), da manjak obrazloženja u nalogima za tajni nadzor, u suprotnosti s člankom 182. stavkom 1. Zakona o kaznenom postupku, može biti nadoknađen retroaktivnim specifičnim obrazloženjem u pogledu relevantnih pitanja u kasnijoj fazi postupka time što će se od suda zatražiti da izuzme dokaze dobivene na taj način iz spisa (vidi stavak 58. gore). Čini se da je to prihvatilo i Ustavni sud koji je u svojoj odluci br. U-III-2781/2010 od

51 "U obrazloženju pobijanog rješenja se navodi da svi nalozi o određivanju i produljenju posebnih izvidnih mjera (...) sadrže ocjenu osnove sumnje za počinjenje kaznenog djela i ocjenu da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način, odnosno da bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama. Ovakvo obrazloženje rješenja bez konkretizacije koje to činjenice u citiranom rješenju upućuju na postojanje osnova sumnje [da je djelo počinjeno], te sama zakonska konstatacija da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način, odnosno da su skopčani sa nerazmjernim teškoćama bez davanja razloga o tome u pobijanom rješenju je (...) nerazumljivo i proturječno. Isto tako u pobijanom rješenju su izostali valjani i dostatni razlozi o postojanju osnova sumnje u odnosu na počinjenje kaznenog djela od strane pojedinih optuženika ili njihovog zajedničkog sudjelovanja u počinjenju djela iz čl. 181. ZKP/97, pri čemu treba navesti razlog da se izvidi na drugi način ne bi mogli provesti ili bi bili skopčani nerazmjernim teškoćama kako je to zakonom propisano u čl. 180. st. 1. ZKP/97."

9. siječnja 2014. godine smatrao da je, u slučaju kad nalozi za tajni nadzor ne sadrže obrazloženje, u određenim uvjetima obrazloženje moguće navesti u prvostupanjskoj presudi ili odluci vezanoj uz zahtjev za izuzimanjem nezakonito dobivenih dokaza (vidi stavak 60. gore).

97. Iz navedenoga slijedi da su, iako je u Zakonu o kaznenom postupku izričito predviđena prethodna sudska kontrola i detaljno obrazloženje pri izdavanju naloga za tajni nadzor kako bi takve mjere bile provedene, nacionalni sudovi uveli mogućnost retroaktivnog opravdanja za njihovu uporabu, čak i kad zakonska pretpostavka prethodne sudske kontrole i detaljnog obrazloženja u nalogu nije ispoštovana. U području koje je toliko osjetljivo kao što je provođenje tajnog nadzora, koji se prema Konvenciji tolerira samo u onoj mjeri koja je strogo potrebna za očuvanje demokratskih institucija, Sud ima poteškoća u prihvaćanju te situacije koju su stvorili nacionalni sudovi. Ta situacija sugerira da je praksa u primjeni zakona koja sama po sebi nije dovoljno jasna s obzirom na dva suprotstavljena stava koja su usvojili Ustavni sud i Vrhovni sud (vidi stavke 93. i 96., te 57.-61. gore), u sukobu s jasnim tekstom zakona koji ograničava ostvarivanje diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti kad je u pitanju provođenje tajnog nadzora (usporedi Kopp, citirano gore, stavak 73.; i Kvasnica, citirano gore, stavak 87.).

98. Štoviše, Sud smatra da u situaciji u kojoj je zakonodavna vlast predvidjela prethodnu detaljnu sudska kontrolu proporcionalnosti uporabe mjera tajnog nadzora, zaobilaženje tog zahtjeva retroaktivnim opravdanjem koje su uveli sudovi ne može se osigurati odgovarajuća i dostatna zaštita od potencijalne zlouporabe jer otvara vrata proizvoljnosti time što dozvoljava provođenje tajnog nadzora suprotno postupku koji je predviđen u mjerodavnom pravu.

Dakle, Europski sud je u odluci naveo da su prakse Vrhovnog suda i Ustavnog suda u pogledu potrebe jasnog obrazlaganja naloga za tajni nadzor razvile praksu koja je izravno suprotna sadržaju relevantnih odredaba ZKP/97, kada su zaključili da nedostatak obrazloženja u nalogima za tajni nadzor može retroaktivno biti nadoknađen odgovarajućim obrazloženjem u kasnijem tijeku postupka. Tako iz presude *Dragojević protiv Hrvatske* proizlazi da takvo zaključivanje domaćih sudova u izravnoj je suprotnosti s jasnim zakonskim tekstom koji izričito propisuje da se mjere tajnog nadzora mogu naložiti samo na temelju pisanog obrazloženog naloga jer se ispravnost korištenja mjera tajnog nadzora u smislu poštovanja prava na zaštitu privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Konvencije može ispitivati samo u postupku u kojem se odlučuje o korištenju ove mjere. U kasnijem kaznenom postupku sudovi mogu ispitivati samo je li dopušteno koristiti dokaze pribavljene korištenjem mjera tajnog nadzora, ali se ne mogu baviti pitanjem je li određivanje tajnog nadzora zadovoljilo pretpostavke iz članka 8. Konvencije.⁵²

Kada se uzme u obzir da ZKP/97 nije nedostatak obrazloženja predviđao kao razlog za preispitivanje *ex lege* nezakonitosti dokaza, kao što to propisuje članak 335. stavak 8. ZKP/08, time nije otklonio ispitivanje nezakonitosti dokaza proizašlih iz takvih naloga kao *ex judicio* nezakonitih dokaza, propisanih člankom

52 Analiza presuda *Dragojević protiv Hrvatske* zastupnice Ureda zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava.

9. stavak 2. ZKP/97. Na navedeno ukazuje i dio presude *Dragojević protiv Hrvatske* u kojem Europski sud i ističe da podnositelj nije niti ukazivao da bi se radilo o *ex lege* nezakonitim dokazima, pa je takvo preispitivanje trebalo biti omogućeno po podnesenom izvanrednom pravnom lijeku - obnovi kaznenog postupka iz članka 502. ZKP/08⁵³ nakon konačnosti te presude Europskog suda.

Poslije konačnosti presude Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske*, osuđenik Dragojević podnio je, na temelju članka 502. ZKP/08, zahtjev za obnovu kaznenog postupka na temelju presude Europskog suda, koji je odbijen rješenjem Županijskog suda u Dubrovniku⁵⁴ kao neosnovan uz obrazloženje:

Osuđenikove tvrdnje iz podnesenog zahtjeva su točne, odnosno točno je da je presudom Europskog suda za ljudska prava utvrđena povreda prava iz čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda na štetu osuđenika Anta Dragojevića u provedenom kaznenom postupku, ali tom istom presudom je također utvrđeno da ovaj sud svoju pravomoćnu presudu nije temeljio samo na dokazima koji su pribavljeni uporabom tajnih prislušnih uređaja, već i na iskazima svjedoka i drugih suoptuženika, te činjenicama proizašlih iz pregledanih isprava, pa slijedom toga osuđenik nije bio lišen pravičnog suđenja, odnosno nije bilo povrijeđeno njegovo pravo na obranu, niti je došlo do povrede čl. 6. st. 1. Konvencije.

Očito dakle, presudom Europskog suda za ljudska prava je utvrđeno da osuđeniku Anti Dragojeviću tijekom provedenog postupka kako pred Županijskim sudom u Dubrovniku tako i pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske nije povrijeđeno pravo na obranu i osuđujuća presuda se pretežito temelji na zakonitim dokazima bez obzira na naznačenu povredu iz čl. 8. Konvencije, pa se stoga u ovom konkretnom slučaju ne radi o nikakvim novim činjenicama niti dokazima utvrđenim presudom Europskog suda za ljudska prava, niti se tom presudom tvrdi da je presuda ovog suda temeljena na lažnoj ispravi ili snimci, niti lažnom iskazu svjedoka, vještaka ili tumača, niti je u podnesenom zahtjevu istaknut bilo koji od razloga za obnovu kaznenog postupka predviđenih u čl. 501. ZKP/08.

Predmetno rješenje potvrđeno je rješenjem Vrhovnog suda RH broj: Kž-552/15-4 od 22. listopada 2015., u kojem se navodi:

Naime, unatoč tome što presuda Europskog suda za ljudska prava, kojom je utvrđeno da je u predmetnom postupku vođenom protiv osuđenika pred Županijskim sudom u Dubrovniku i pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske došlo do povrede članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ('Međunarodni ugovori' broj: 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. -Ispravak, 14/02. i 1/06. - dalje u tekstu: Konvencija), predstavlja novi dokaz u smislu članka 501. stavka 1. točke 3. ZKP/08., pravilan je zaključak prvostupanjskog suda da taj novi dokaz nije prikladan da dovede do obnove kaznenog postupka.

Točno je da je tom presudom utvrđeno da je u postupku čija se obnova sada traži došlo do povrede članka 8. Konvencije, jer, kako se to navodi u presudi Europskog suda za ljudska prava, postupak za nalaganje i nadziranje provođenja mjera prislušivanja osuđenikovog telefona nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti

53 Prijelazne i završne odredbe iz ZID ZKP (Narodne novine, br. 145/13), čl. 257. st. 3.

54 Broj: Kv-I-12/15 (K-12/09) od 3. rujna 2015.

niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnosioca na poštivanje njegovog privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo 'nužno u demokratskom društvu'.

Međutim, protivno žalbenim tvrdnjama, navedeno još uvijek ne znači da se radi o nezakonitim dokazima, a što se ne utvrđuje niti predmetnom presudom, pa se onda niti dokazi proizašli iz tih dokaza ne mogu smatrati nezakonitima. Osim toga, presudom Europskog suda za ljudska prava također je utvrđeno i da u postupku vođenom protiv osuđenika nije došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije. Ovo stoga jer da sporni dokazi do kojih se je došlo povredom članka 8. Konvencije nisu bili jedini dokazi na kojima se temeljila presuda. Prilikom suđenja podnosioca, Županijski sud u Dubrovniku je uzeo u obzir osuđenikov iskaz i iskaze njegovih suoptuženika te ih ispitao zajedno s iskazima drugih svjedoka i dokazima dobivenim brojnim pretragama i zapljenama.

Dakle, kao što to utvrđuje i presuda Europskog suda za ljudska prava, osuđenikova krivnja za počinjenje kaznenih djela iz članka 173. stavka 2. KZ/97. i članka 279. stavka 1. KZ/97. je u pravomoćno dovršenom kaznenom postupku čija se obnova sada traži, osim na temelju dokaza pribavljenih posebnim izvidima kaznenih djela privremenim ograničenjem ustavnih prava i sloboda (za koje dokaze nije utvrđeno da bi bili nezakoniti), utvrđena i na temelju obrane samog osuđenika, obrane optuženog B. Ž., iskaza prvenstveno svjedoka I. Ž. i Ž. B., a i svjedoka T. Ž. te A. D. te potvrda o privremeno oduzetim predmetima i ostale spisu predmeta priložene dokumentacije.

Stoga, imajući na umu sve navedeno, i prema ocjeni ovog suda, pravilan je zaključak prvostupanjskog suda da navedena presuda Europskog suda za ljudska prava, iako ista predstavlja novi dokaz, nije takva da bi sama za sebe ili u vezi s prijašnjim dokazima bila prikladna da prouzroči osuđenikovo oslobođenje ili njegovu osudu po blažem zakonu.

Valja problematizirati gore iznesene razloge za odbijanje obnove i to da se odluka o krivnji ne temelji samo na dokazima koji su pribavljeni povredom članka 8. Konvencije jer je ovlast samo nacionalnog suda da ocijeni radi li se predmetno o nezakonitom dokazu *ex lege* prema članku 335. stavak 8. ZKP/08, a ako predstavlja nezakonit dokaz to za sobom povlači i primjenu članka 10. stavak 2. točka 4. ZKP/08 koji kao nezakonite dokaze smatra sve dokaze za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza. Radi li se o nezakonitom dokazu, a posljedično postoji li u spisu i dokazi koji su plodovi otrovne voćke, jedino je moguće utvrđivati u obnovljenom postupku. Tada je upitan zaključak oba suda da navedena presuda Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske*, iako predstavlja novi dokaz, nije takva da bi sama za sebe ili u vezi s prijašnjim dokazima bila prikladna da prouzroči osuđenikovo oslobođenje ili njegovu osudu po blažem zakonu jer je izostala ocjena nacionalnog suda u odnosu na nezakonitost dokaza u tom kaznenom postupku i to kako dokaza za koje je utvrđeno da krše članak 8. Konvencije u vezi sa člankom 335. stavak 8. ZKP/08, a potom i u svjetlu članka 10. stavak 2. točka 4. ZKP/08.

6. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA PO ZKP/08

Stupanjem na snagu “novog” Zakona o kaznenom postupku, u odnosu na “stari” Zakon o kaznenom postupku, izmijenjena je odredba koja je regulirala pitanje *ex lege* nezakonitosti naloga (prijasnji članak 182. stavak 6. ZKP/97 koji nije izrijekom sankcionirao izostanak obrazlaganja naloga time da se prikupljeni podatci i obavijesti ne mogu upotrijebiti u kaznenom postupku), na način da je “novom” odredbom sada člankom 335. stavak 8. ZKP/08 propisano da ako su radnje iz članka 332. ZKP/08 poduzete protivno odredbi tog članka, dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u postupku.

Naime, odredba članka 332. stavak 1. ZKP/08 propisuje da ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće, na pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, sudac istrage može protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelu iz članka 334. ZKP/08⁵⁵, pisanim, obrazloženim nalogom odrediti posebne dokazne radnje kojima se privremeno

55 a) Spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta (Glava XVII.), protiv računalnih sustava, programa i podataka (Glava XXV.), protiv Republike Hrvatske (Glava XXXII.), protiv oružanih snaga Republike Hrvatske (Glava XXXIV.), a za koja je propisana kazna zatvora od pet ili više godina.

b) Protiv intelektualnog vlasništva (Glava XXVII.) ako su počinjena uporabom računalnih sustava ili mreža, genocida (članak 88. stavak 3.), zločina agresije (članak 89. stavak 2. i 3.), ratnog zločina (članak 91. stavak 2.), odgovornosti zapovjednika (članak 96.), terorizma (članak 97. stavak 1., 2. i 3.), financiranja terorizma (članak 98.), javnog poticanja na terorizam (članak 99.), novačenja za terorizam (članak 100.), obuke za terorizam (članak 101.), terorističkog udruženja (članak 102.), pripremanja kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom (članak 103.), ropstva (članak 105.), trgovanja ljudima (članak 106.), trgovanja dijelovima ljudskog tijela i ljudskim zamecima (članak 107.), ubojstva (članak 110.), protupravnog oduzimanja slobode (članak 136.), otmice (članak 137.), prostitucije (članak 157.), neovlaštene proizvodnje i prometa drogama (članak 190.), neovlaštene proizvodnje i prometa tvarima zabranjenim u sportu (članak 191.a), teških kaznenih djela protiv opće sigurnosti (članak 222.), napada na zračni i plovidbeni promet (članak 223.), razbojništva (članak 230. stavak 2.), iznude (članak 243.), primanja i davanja mita u postupku stečaja (članak 251.), primanja mita u gospodarskom poslovanju (članak 252.), davanja mita u gospodarskom poslovanju (članak 253.), zlouporabe u postupku javne nabave (članak 254.), izbjegavanja carinskog nadzora (članak 257.), subvencijske prijevare (članak 258.), pranja novca (članak 265.), krivotvorenja novca (članak 274.), zlouporabe položaja i ovlasti (članak 291.), nezakonitog pogodovanja (članak 292.), primanja mita (članak 293.), davanja mita (članak 294.), trgovanja utjecajem (članak 295.), davanja mita za trgovanje utjecajem (članak 296.), sprečavanja dokazivanja (članak 306.), otkrivanja identiteta ugrozene osobe ili zaštićenog svjedoka (članak 308.), prisile prema pravosudnom dužnosniku (članak 312.), protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u Republici Hrvatskoj (članak 326.), zločinačkog udruženja (članak 328.), počinjenja kaznenog djela u sastavu zločinačkog udruženja (članak 329.), nedozvoljenog posjedovanja, izrade i nabavljanja oružja i eksplozivnih tvari (članak 331.), ubojstva osobe pod međunarodnom zaštitom (članak 352.), otmice osobe pod međunarodnom zaštitom (članak 353.), napada na osobu pod međunarodnom zaštitom (članak 354.), prijetnje osobi pod međunarodnom zaštitom (članak 355.).

c) Za kaznena djela počinjena na štetu djece (članak 113. Zakona o sudovima za mladež) ili za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora

ograničavaju određena ustavna prava građana. Dakle, sadržaj obrazloženja naloga jasno je propisan odredbom članka 332. stavak 1. ZKP/08, dok članak 335. stavak 8. ZKP/08⁵⁶ sada izrijekom navodi da se ne mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku dokazi za koje se saznalo na temelju radnji iz članka 332. ZKP/08, a koje su poduzete protivno odredbi iz članka 332. ZKP/08. Dakle, ZKP/08 ove dokaze, za razliku od ZKP/97 prema kojem su oni predstavljali *ex judicio* nezakonite dokaze, “prebacuje”, u slučaju povrede članka 332. stavak 1. ZKP/08 u *ex lege* nezakonite dokaze.

Vezano uz *ex judicio* nezakonite dokaze, ZKP/08, za razliku od ZKP/97, u odnosu na pitanje pribavljanja dokaza provođenjem dokaznih radnji kojim je došlo do kršenja članka 8. Konvencije, člankom 10. stavak 3. ZKP/08, uvodi “vaganje” interesa kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja nad povredom prava, u postupcima za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, pa se tako neće smatrati nezakonitima dokazi pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života ako sud utvrdi da interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. U odnosu na dokaze pribavljene provođenjem posebnih dokaznih radnji nadzora i tehničkog snimanja razgovora, a ako su pribavljeni protivno članku 332. stavak 1. ZKP/08 i istovremeno povredom članka 8. Konvencije, pitanje njihove nezakonitosti ocjenjivalo bi se isključivo kroz režim *ex lege* nezakonitosti dokaza.

Dakle, nakon stupanja na snagu ZKP/08 dokazi koji su pribavljeni primjenom tajnih mjera nadzora i tehničkog snimanja, a u odnosu na koje se upire da se temelje na nalogu koji nije obrazložen u skladu s relevantnim zakonskim odredbama, više se ne mogu razmatrati kroz institut *ex judicio* nezakonitih dokaza.

Međutim, sudska praksa Vrhovnog suda je različita pa u nekim odlukama pitanje zakonitosti veže uz institut *ex lege* nezakonitih dokaza, što proizlazi iz odluke I Kž-Us 59/16-5 od 25. listopada 2016., iako se u postupku upiralo na *ex judicio* nezakonitost dokaza, gdje se navodi: *U svakome od predmetnih naloga sudac istrage je u obrazloženju potanko prenio argumente USKOK-a o postojanju osnova sumnje na učin kaznenih djela koja ulaze u katalog kaznenih djela po čl. 334. ZKP/08 za konkretno označene osobe uz navođenje detalja i specifičnih činjenica za pojedine osobe i kriminalnu aktivnost, kao i razloge zbog kojih je neophodno upravo određivanje posebnih dokaznih radnji. Izričaj suca istrage “Prijedlog je osnovan” nesumnjivo implicira da su upravo tako navedeni razlozi razmotreni i da po ocjeni suca istrage imaju uporište u materijalu-dokumentaciji priloženoj uz podneseni prijedlog... Nadalje, kada se ima na umu da je odredbom čl. 332. st. 1. ZKP/08 propisana obveza suca istrage da “pisanim, obrazloženim nalogom” odredi posebne dokazne radnje, da prema čl. 335. st. 1. ZKP/08 nalog mora sadržavati podatke o osobama protiv koje se primjenjuju posebne dokazne radnje, rok trajanja, način, opseg i mjesto provođenja radnje te “činjenice iz kojih proizlazi potreba poduzimanja”, a da nema odredbe koja bi nezakonitost dokaza vezala uz ocjenu o kvaliteti obrazloženja naloga, pri*

56 Ako su radnje iz članka 332. ovog Zakona poduzete bez rješenja suca istrage ili je postupljeno protivno odredbi iz članka 332. ovog Zakona, dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u postupku.

čemu predmetni nalozi imaju sve zakonom propisane sastavnice koje su pretpostavka zakonitosti pribavljanja dokaza pogrešan je zaključak suda prvog stupnja da su dokazi pribavljeni protivno čl. 332. st. 1. ZKP/08.

No, u odluci broj I Kž-Us 116/16-5 od 24. listopada 2016. Vrhovni sud analizirao je naloge kojima su određene posebne dokazne radnje kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana u svjetlu povrede članka 8. Konvencije odnosno i kroz institut *ex judicio* nezakonitosti dokaza gdje je naveo: *Nadalje, prvostupanjski sud je pravilno zaključio da nalozi sudaca istrage o provođenju posebnih dokaznih radnji u predmetu broj Kir-Us-483/14sadrže sve podatke propisane odredbom članka 335. stavka 1. ZKP/08 te dostatno obrazloženje svih pretpostavki propisanih odredbom članka 332. stavka 1. ZKP/08. Svi nalozi temelje se na obrazloženim i dokumentacijom potkrijepljenim zahtjevima Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (dalje u tekstu: USKOK) te odgovaraju, kako standardima zaštite ljudskih prava i prava okrivljenika propisanim odredbama ZKP/08, tako i onima zajamčenima Ustavom Republike Hrvatske ("Narodne novine" br: 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10. i 5/14. – dalje u tekstu: Ustav) i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine, Međunarodni ugovori" br: 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. – dalje u tekstu: Konvencija). S obzirom na izloženo, nisu osnovani žalbeni navodi okrivljenih B. K., Ž. N., I. L., Ž. B. i M. N. kojima se, kao i u prijedlozima za izdvajanje dokaza, u bitnome ističe da su ti nalozi nedostatno i paušalno obrazloženi te da sudac istrage u njima nije iznio svoju argumentaciju, već je prepisana ona iz zahtjeva USKOK-a, zbog čega su ti nalozi protivni odredbama domaćeg procesnog prava, Ustava i Konvencije.... U odnosu na ove žalbene navode prije svega treba navesti da već sama činjenica da su suci istrage nakon pažljive analize sadržaja zahtjeva USKOK-a i dokumentacije koja je uz njih dostavljena izdali naloge iz članka 332. stavka 1. ZKP/08 inkludira da su time prihvatili razloge za njihovo izdavanje iz pisanih obrazloženih zahtjeva USKOK-a. Budući da su zahtjevi USKOK-a za izdavanje tih naloga sadržavali vrlo iscrpnu argumentaciju kojom su obuhvaćene sve pretpostavke za njihovo izdavanje, a što je sve potkrijepljeno i priležecom dokumentacijom, obrazloženja naloga sudaca istrage u kojima se najprije navodi argumentacija iz zahtjeva USKOK-a, a potom se utvrđuje da su ti zahtjevi osnovani sasvim su dostatna i u cijelosti sukladna zahtjevima USKOK-a.*

Analizirajući sudsku praksu Vrhovnog suda utvrđuje se da se upiralo na nezakonitost tih dokaza jer su pribavljeni suprotno stavku 1. članka 332. ZKP/08 odnosno da ne sadrže dostatno obrazloženje kako je to propisano tom odredbom, a pozivajući se na standarde sudskog obrazloženja izražene u odlukama Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske*. Nalozi koji su bili predmetom razmatranja Vrhovnog suda sadržavali su sadržaj zahtjeva tužitelja, tvrdnju da je taj zahtjev osnovan i nakon toga navođenje uvjeta nužnosti iz dijela članka 332. stavak 1. ZKP/08, "da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način odnosno da bi to bilo moguće uz nerazmjerne teškoće" bez obrazlaganja u odnosu na konkretne osobe i konkretna djela tog uvjeta. Isto tako navodi se da se radi o djelu iz članka 334. ZKP/08 bez navođenja o konkretno kojem djelu se radi i iz kojih konkretnih dokaza iz

konkretnog spisa u odnosu na konkretne osobe proizlazi osnova sumnje u odnosu na konkretno djelo iz članka 334. ZKP/08. Dakle, nakon prepričavanja sadržaja zahtjeva državnog odvjetnika obrazloženje sadrži navođenje teksta zakonske odredbe članka 332. stavak 1. ne dovodeći ga u vezu s konkretnom građom predmeta i konkretnim osobama čije pravo na poštovanje osobnog i obiteljskog života se ograničava.

Kao primjer navodi se obrazloženje više naloga u predmetu poslovnog broja Kir-Uš-830/13 Županijskog suda u Zagrebu, izdanih prema različitim osobama zbog različitih djela, koji svi osim prijepisa prijedloga USKOK-a, sadrže identično obrazloženje:

Prijedlog USKOKA je osnovan.

U konkretnom slučaju radi se o takvoj vrsti kaznenih djela gdje osobe koje sudjeluju u izvršenju takvih djela koriste posebne mjere opreza i konspirativnost kako ne bi bile otkrivene i procesuirane, što znači da redovitim izvidima ne bi bilo moguće pribaviti podatke i dokaze za kazneni postupak ili bi pak pribavljanje dokaza o počinjenju kaznenog djela bilo povezano s nerazmjernim poteškoćama ili se uopće ne bi moglo pribaviti. Nadalje, radi se o kaznenim djelima koja su predviđena u čl. 334. ZKP/08 za koje se mogu odrediti ove mjere.

Navedene mjere potrebno je proširiti prema naprijed navedenoj osobi i telefonima koje isti koristi, te tajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba i predmeta, a radi utvrđivanja odlučnih činjenica i prikupljanja materijalnih i drugih dokaza za navedena kaznena djela, a što se sve bez posebnih dokaznih radnji ne bi moglo obaviti i bilo bi povezano s nerazmjernim teškoćama.

Iz citiranih odluka zaključuje se da ako postoji pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, dovoljan standard sudskog obrazloženja je navod prijedlog je osnovan, nakon što se reproducira zahtjev državnog odvjetnika. Međutim, odredba članka 332. stavak 1. ZKP/08 jasno navodi da se na pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika pisanim obrazloženim nalogom određuju posebne dokazne radnje, dakle, propisana je kumulacija obrazloženja k zahtjeva tako i sudskog naloga. Dakle, zakonska regulativa da nalog mora biti obrazložen usmjerena je na ocjenu i analizu zahtjeva državnog odvjetnika te zakonskih pretpostavki za izdavanje naloga propisanih u članku 332. stavak 1. ZKP/08 (postojanje osnova sumnje i nužnosti nalaganja mjere) koje se, prema sudskoj praksi Vrhovnog suda, iscrpljuje u tvrdnji da je zahtjev državnog odvjetnika osnovan, a koja pretpostavlja prethodnu detaljnu analizu istražnog suca i zahtjeva i građe spisa.

Iako se sukladno relevantnim odredbama ZKP/08 pitanje dostatnosti obrazloženja sudskog naloga u konkretnoj stvari sada razmatra u svjetlu *ex lege* nezakonitosti dokaza, presuda Europskog suda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* primjenjiva je i u odnosu na ZKP/08 jer se u njoj jasno navodi da obrazloženja sudskih naloga i mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili nadležni sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu opsega i načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti te posebice u praksi nije osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba jer nisu bili ispunjeni uvjeti zakonitosti i nužnosti. Smisao zakonske obveze obrazlaganja naloga, uz ispunjenje prethodnog zakonskog uvjeta da postoji obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, upravo je

osiguravanje mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba analizom i ocjenom zahtjeva državnog odvjetnika dovodeći ga u vezu s konkretnom građom predmeta, koji standardi se prema praksi Vrhovnog suda iscrpljuju samo i jedino u tvrdnji da je prethodno reproducirani zahtjev osnovan.

Naime, iz prikaza sudske prakse Vrhovnog suda, s naglaskom na praksu koja je uslijedila nakon donošenja presuda Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske*, proizlazi da nalozi suca istrage kojima se nalaže provođenje posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana zbog čega moraju predstavljati “uravnotežujući akt” između prava na poštovanje privatnog (osobnog) i obiteljskog života osobe i drugih prava i interesa s kojima je predmetno pravo u sukobu odnosno zbog kojih se ono ograničava (npr. interes državne sigurnosti, javni red i mir, gospodarska dobrobit zemlje, sprječavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja ili morala, zaštita prava i sloboda drugih), samom konstatacijom da je reproducirani zahtjev državnog odvjetnika osnovan daje odgovor na pitanje je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu za ostvarivanje legitimnog cilja i utvrđivanje osnove sumnje da su počinjenja kataloška kaznena djela kao i ocjena da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće i takvim obrazloženjem zadovoljavaju standarde “uravnotežujućeg akta”.

Međutim, kada Europski sud presudom u odnosu na Republiku Hrvatsku utvrdi pretpostavke koje mora ispunjavati miješanje javne vlasti u prava pojedinaca zajamčena Konvencijom, te nakon što su presude Europskog suda u predmetima *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske* utvrdile povredu članka 8. Konvencije te navele da nalozi sudaca istrage kojima su određivane tajne mjere nisu bili u skladu sa zakonom zbog manjkavog obrazloženja, tada su navedene presude *de facto* utvrdile da nedostatnost obrazloženja naloga predstavlja povredu članka 332. stavak 1. ZKP/08 i sada je Republika Hrvatska dužna postupati po navedenim presudama i tumačiti ih kao smjernice pri ocjenjivanju *ex lege* nezakonitosti dokaza u smislu članka 335. stavak 8. ZKP/08. U slučaju postojanja takvih presuda Europskog suda postoji obveza države da mijenja ne samo sudsku praksu već i zakonodavstvo kako se slične povrede ne bi ponavljale u budućnosti.

7. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA U ODNOSU NA EX JUDICIO NEZAKONITE DOKAZE

Pregledom sudske prakse Vrhovnog suda⁵⁷ tako da su traženi rezultati pretraživanja u odnosu na utvrđeno postojanje *ex judicio* nezakonitih dokaza u smislu članka 10. stavak 2. točka 2. ZKP/08 pronalaze se tri rješenja kojim je utvrđena *ex judicio* nezakonitost dokaza pribavljenih nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, a radi se o snimkama razgovora sačinjenih bez odobrenja suca istrage i bez pristanka optuženika na takvo snimanje od strane druge fizičke osobe, pa je utvrđeno da se radi o nezakonitom dokazu u smislu odredbe

57 SupraNova RH, portal sudske prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske, <http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=473>, pristupljeno 15. siječnja 2017.

članka 10. stavak 2. točka 2. ZKP/08.

Ovdje valja komparativno prikazati sudsku praksu Njemačke, čiji kazneni postupak nije stranački već jednostrano istraživanje istine koje provodi sud i državni odvjetnik, a jedina zakonska apsolutna dokazna zabrana je ona propisana u § 136a st. 3.⁵⁸ njemačkog procesnog zakona te je upravo sudska praksa razvila ostale dokazne zabrane koje rezultiraju nezakonitim dokazom neposredno iz Ustava i načela pravne države. Dokazi pribavljeni povredom prava u području poslovnih aktivnosti u cijelosti su upotrebljivi, dokazi pribavljeni povredom prava u individualnom području u pravilu je upotrebljivo, a postoje slučajevi u kojima sudovi važu između zaštite osobnosti i interesa funkcionalnog kaznenog progona. Jezgru privatnog života čovjeka predstavlja intimna sfera koja je potpuno zabranjena za državne zahvate, a ne samo za pribavljanje dokaza, a neupotrebljivost dokaza u tim slučajevima služi zaštiti ljudskog dostojanstva koja je temeljna vrijednost pravnog poretka zajamčena ustavom i slobodnom razvoju osobnosti.⁵⁹ Pregledom sudske prakse Vrhovnog suda, kako je to prethodno prikazano, dolazi se do zaključka da nisu razvijeni kriteriji za ocjenu zakonitosti dokaza u slučajevima gdje ga nije postavio zakonodavac odnosno kada se upiralo na *ex judicio* nezakonite dokaze, koji institut daje ovlast sudu da proširi pojam nezakonitih dokaza i na slučajeve koji nisu izrijeком propisani ZKP/08.⁶⁰

U odnosu na navedena tri rješenja, primjenom članka 10. stavak 3. ZKP/08 ("vaganja") u dva slučaja je utvrđeno da se ne radi o teškim oblicima kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava, a radilo se o kaznenim djelima iz članka 337. stavak 4. KZ/97 (zlouporaba položaja i ovlasti), članka 294.a stavak 2. KZ/97 (primanje mita u gospodarskom poslovanju) te članka 295. stavak 1. KZ/11 (trgovanje utjecajem), dok se u drugom slučaju utvrdilo da se radi o teškim oblicima kaznenih djela iz članka 339. stavak 2. KZ/11 (podmićivanja zastupnika) iz nadležnosti županijskog suda.

Tako je odlukom Vrhovnog suda broj: I Kž-Us 31/12-4 od 25. rujna 2012. izdvojen dokaz jer je pribavljen povredom Ustavom zajamčenih prava na zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, iz čl. 35. Ustava. Provedeno je "vaganje" u smislu stavka 3. članka 10. ZKP/08 pri čemu je istaknuto: *Prvostupanjski sud, u konkretnom slučaju, nakon pravilnog utvrđenja da se radi o dokazima, pribavljenim povredom zajamčenih prava iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08, isto tako pravilno zaključuje da u ovom slučaju nisu ispunjeni uvjeti da se unatoč tome tako pribavljeni dokazi ne bi smatrali nezakonitim dokazima, jer kaznena djela koja se na temelju potvrđene optužnice optuženicima stavljaju na teret, primanje mita u gospodarskom poslovanju, iz čl. 294. a. st.2. KZ, i zlouporaba položaja i ovlasti, iz čl. 337. st. 4. KZ, 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/08, niti po visini zapriječenih kazni, jer je za kazneno djelo iz čl. 294. a. st. 2. KZ propisana*

58 Kada je sloboda optuženika na njegovo mišljenje i očitovanje volje bila ugrožena zlostavljanjem, izazivanjem umora, davanjem lijekova, mučenjem, obmanom ili hipnozom što se odnosi i na svjedoke i vještake.

59 Bojanić, I., *i dr.*, op. cit. u bilj 35, str. 982 i 983

60 *Ibid.*, str. 997

kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, a za kazneno djelo iz čl. 337. st. 4. KZ, propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina, niti prema činjeničnom stanju koje se optuženima stavlja na teret, koje ne prelazi uobičajene okvire počinjenja ovakvih kaznenih djela (da su optuženici kao odgovorne osobe zahtijevali i primili dar, odnosno iskoristili svoj položaj i ovlasti s ciljem pribavljanja znatne imovinske koristi i nanošenja štete velikih razmjera), niti po visini pribavljene imovinske koristi od oko tri i po milijuna kuna, koja je bez sumnje znatna, ali ne takva da bi sama po sebi počinjenim kaznenim djelima dala traženi značaj teških kaznenih djela u smislu čl. 10. st. 3. toč. 2. ZKP/08.

Jednako je odlučeno u rješenju Vrhovnog suda broj: I Kž-Us 151/15 od 15. prosinca 2015. u kojem je u odnosu na "vaganje" navedeno: *Nadalje, po ocjeni Vrhovnog suda Republike Hrvatske kao drugostupanjskog suda, a na temelju ispravno utvrđenih svih odlučnih činjenica, nisu ispunjene niti pretpostavke za primjenu odredba čl. 10. st. 3 ZKP/08 tj. za tzv. konvalidaciju izvorno nezakonitog dokaza. Naime, kazneno djelo koje se okr. Z. A. stavlja na teret u toč. 4 optužnice USKOK-a od 17. srpnja 2015. broj K-US-16/15 kvalificirano je kao kazneno djelo protiv službene dužnosti, trgovanja utjecajem iz čl. 295. st. 1 KZ/11, a način počinjenja tog djela prema činjeničnom opisu inkriminacije uklapa se u uobičajene okvire počinjenja takvih kaznenih djela i ne spada u težak oblik tog djela u smislu odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08. Uvažavajući značaj i težinu tzv. koruptivnih kaznenih djela valja istaći da se niti prema navodima optužbe niti prema visini zahtijevanog i primljenog mita, niti prema nekoj drugoj posebnoj okolnosti, a niti prema zapriječenoj kazni za to djelo, radnjama optuženika opisanim u optužnici ne daju karakteristike postupanja težeg značaja koji je uvjet za primjenu odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08.*

Odlukom Vrhovnog suda broj: I Kž-Us 6/14-4 od 21. siječnja 2014. nije izdvojen kao nezakonit dokaz iz članka 10. stavak 2. točka 2. ZKP/08 jer je primjenom članka 10. stavak 3. ZKP/08 utvrđeno: *Optuženik se u ovom postupku tereti za počinjenje dvaju kaznenih djela protiv biračkog prava - podmičivanja zastupnika iz članka 339. stavka 2. KZ/11 za koja je, neovisno o propisanoj kazni (kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina), u prvom stupnju nadležan suditi županijski sud... nastojanje optuženika da "kupnjom" vijećničkog mandata članice druge političke stranke izmijeni izvornu biračku volju građana G. V. predstavlja izrazitu prijetnju demokraciji... Stoga se s pravom ističe u žalbi USKOK-a 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 interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 1. ZKP/08, time što je sniman razgovor bez naloga sudbene vlasti, odnosno bez optuženikovog znanja i pristanka na takvo snimanje.*

8. ZAKLJUČAK

Republika Hrvatska je obvezna osigurati stvarnu i učinkovitu zaštitu prava na poštovanje privatnog (osobnog) i obiteljskog života kao temeljnog prava zajamčenog Ustavom i Konvencijom kada se radi o zadiranju javne vlasti u pravo pojedinca. Europski sud svojom višegodišnjom sudskom praksom utvrdio je opća načela koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Međutim, iz utvrđenja Europskog suda proizlazi da utvrđena povreda članka 8. Konvencije u kaznenom postupku nije *a priori* od utjecaja na načelo pravednosti postupka, pa tako dokazi pribavljeni povredom članka 8. Konvencije mogu biti dokazi kojima se utvrđuju odlučne činjenice ako su zadovoljeni uvjeti koje traži načelo pravičnog suđenja iz članka 6. Konvencije. Stoga, ostaje za zaključiti da povreda članka 8. Konvencije ne utječe na dokaznu građu u postupku, već u većini slučajeva kao posljedicu ima samo isplatu novčane naknade. U tom dijelu postavlja se pitanje može li postupak biti "pravičan" ako su u tom istom postupku prihvaćeni dokazi pribavljeni povredom temeljnih ljudskih prava zajamčenih Konvencijom, obzirom na to da se, ne samo postupak, već i Konvencija mora tumačiti u cjelini kao jedinstvo (engl. "as a whole") dok je zadaća Europskog suda u odnosu na pitanje prihvatljivosti dokaza pribavljenih kršenjem Konvencije osigurati da države članice izvršavaju svoje obveze koje su preuzeli pristupanjem Konvenciji. Prava koja su zajamčena Konvencijom ne mogu ostati na razini teorije jer se ona mora tumačiti i primjenjivati tako da štiti prava na praktičan i učinkovit način (*Comingersoll S.A. protiv Portugala* [GC], broj 35382/97, § 35, ECHR 2000-IV; *Beer i Regan protiv Njemačke* [GC], broj 28934/95, § 57, 18. veljače 1999.; *García Manibardo protiv Španjolske*, broj 38695/97, § 43, ECHR 2000-II).⁶¹

Kao što je prethodno navedeno u izdvojenom mišljenju sudac Loucaides u odluci *Khan protiv Velike Britanije* od 12. svibnja 2000. (zahtjev broj 35394/97) ako se kršenje članka 8. Konvencije prihvaća kao "pošteno", tada nije jasno kako se javna vlast može učinkovito odvratiti od ponavljanja svojeg nedopuštenog ponašanja. Europski sud je isto tako istaknuo, u odluci *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁶², potrebu da se osigura da policija provodi svoje ovlasti kontrole i prevencije kriminaliteta na način koji u potpunosti poštuje pravila postupanja te zakonska ograničenja njihovih postupanja uključujući zaštitu sadržanu u člancima 5. i 8. Konvencije.

Stoga, sudac Tulkens u svom izdvojenom mišljenju u odluci *P.H. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, opravdano se pita: Hoćemo li doći do točke na kojoj će shvaćanje većine biti prihvaćanje dokaza nastalih povredom drugih odredba Konvencije, kao na primjer članka 3. Konvencije? Gdje i kako povući granicu? Prema kojoj hijerarhiji zajamčenih prava? Na kraju, sam pojam pravednosti u postupku možda ima tendenciju nestajanja ili postaje predmetom loptanja unutar postavljenih stativa?

Provedenom studijom koju je izradila mreža nezavisnih stručnjaka o temeljnim

61 Izdvojeno mišljenje suca Tulkensa u presudi *P.H. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*

62 *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. listopada 1998., Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, pp. 3159-60, § 116

pravima koju je sastavila Europska komisija 2003. godine prikazan je način reguliranja pitanja nezakonitosti dokaza pribavljenih povredom osobnog i obiteljskog života u 17 država članica te se zaključuje da, gledajući u cjelini svih 17 analiziranih država, nacionalna kaznena procesna prava većine država članica pruža više zaštite optuženiku nego što se to zahtijeva člankom 6. Konvencije. To ukazuje na to da su države prepoznale značaj i težinu povreda Konvencije u koje uključuju i povredu članka 8. Konvencije i utjecaj povreda na pravičnost postupka u cjelini.

Republika Hrvatska, po zakonskoj regulativi, također spada u države članice koje pružaju više zaštite optuženiku nego što se to zahtijeva člankom 6. Konvencije jer dokazi pribavljeni ograničavanjem ustavnih prava građana provođenjem tajnih mjera nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu koje nije ispunjavalo uvjete zakonitosti i nužnosti predstavljaju *ex lege* nezakonite dokaze.

Naime, s obzirom na nužnost obrazloženja naloga kojim se određuju tajne mjere sudaca istrage proizlazi iz članka 332. ZKP/08, te s obzirom na to da je Europski sud u odlukama *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske* utvrdio povredu članka 8. Konvencije u slučaju nedostatka obrazloženja naloga suca istrage, tada utvrđivanje nezakonitosti dokaza koji su proizašli iz postupanja javne vlasti koja temelj ima u nalogu koji nije “u skladu sa zakonom” i “nužnosti u demokratskom društvu” predstavlja *ex lege* nezakonite dokaze kod kojih nije moguće “vaganje” budući da ZKP/08 u odredbi 335. stavak 8. ZKP/08 propisao da dokazi pribavljeni protivno odredbi članka 332. ZKP/08 se ne mogu upotrijebiti u postupku. Nakon utvrđivanja da takvi dokazi predstavljaju *ex lege* nezakonite dokaze, potrebno je ocijeniti i ostale dokaze u smislu članka 10. stavak 2. točka 4. ZKP/08 (“plodovi otrovne voćke”).

Kada se razmatra sudska praksa Vrhovnog suda po ZKP/97 dolazi se do zaključka da su razvijeni standardi kvalitete obrazloženja sudskog naloga, a koje je izrazio i Ustavni sud u svojim odlukama.

Tako je u odluci Vrhovnog suda broj I Kž-61/09 od 3. veljače 2009. utvrđeno da je sudac pri izdavanju naloga kojim se nalaže provođenje posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana dužan s posebnom pažnjom analizirati sadržaj zahtjeva državnog odvjetnika, kao i ostalu građu dostavljenu uz taj zahtjev i zatim se izrijekom očitovati odnosno dati ocjenu, nalazi li da u tom trenutku iz obrazloženja zahtjeva proizlaze osnove sumnje da je određena osoba počinila kataloško kazneno djelo te zašto se smatra da bi prikupljanje dokaza bez zadiranja u ustavna prava građanina prema kojem se mjere provode bilo nužno. Nadalje, jednake standarde obrazloženja sudske odluke utvrdio je i Ustavni sud u prethodno citiranoj odluci U-III-857/2008 od 1. listopada 2008. u odnosu na koju je Europski sud naveo da takvo tumačenje zadovoljava sva opća načela koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Sudska praksa Vrhovnog suda po ZKP/08 tumači te standarde obrazloženja tako da je nakon reprodukcije zahtjeva državnog odvjetnika dovoljan zaključak suda kako je taj zahtjev osnovan i da takva konstatacije daje odgovor na pitanje je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu za ostvarivanje legitimnog cilja i utvrđivanje osnove sumnje da su počinjena kataloška kaznena djela kao i ocjenu da se izvidi kaznenih

djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće i takvim obrazloženjem zadovoljavaju standarde “uravnotežujućeg akta”.

U odnosu na takvu praksu Vrhovnog suda po ZKP/08, Ustavni sud još nije imao priliku odlučivati kao niti Europski sud.

LITERATURA

ČLANCI

1. Bojanić, I.; Đurđević, Z., Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 15, br. 2/2008, str. 978.
2. Damaška, M., Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 *University of Pennsylvania Law Review*, 1973., str. 508
3. Krapac, D., Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 60, (3), 2010., str. 1207-1240

PRAVNI AKTI

1. Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.
2. Povelja o temeljnim pravima Europske unije svečano su proglasili Europski parlament, Vijeće i Komisija u Nici 2000.
3. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine*, MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10
4. Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, *Narodne novine*, br. 14/2001.
5. Zakon o potvrđivanju Ugovora između Kraljevine Belgije, Republike Bugarske, Češke Republike, Kraljevine Danske, Savezne Republike Njemačke, Republike Estonije, Irske, Helenske Republike, Kraljevine Španjolske, Francuske Republike, Talijanske Republike, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Velikog Vojvodstva Luksemburga, Republike Mađarske, Republike Malte, Kraljevine Nizozemske, Republike Austrije, Republike Poljske, Portugalske Republike, Rumunjske, Republike Slovenije, Slovačke Republike, Republike Finske, Kraljevine Švedske, Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske (države članice Europske unije) i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, NN br. 2/2012.
6. Zakon o kaznenom postupku, *Narodne novine*, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12. - Odluka i Rješenje USRH, 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14.
7. Zakon o kaznenom postupku, *Narodne novine*, br. 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 62/03. – pročišćeni tekst i 115/06.

VRELA S INTERNETA

1. Izvori i područje primjene prava Europske unije, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/FTU_1.2.1.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
2. Lisabonski ugovor, http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski_prociscena.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
3. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/accession>, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
4. EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA, ESLJP u 50 pitanja, www.echr.coe.int/Documents/50Questions_HRV.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
5. Povelja o temeljnim pravima Europske unije - EDIC PULA na stranici www.edic.pulapola.eu, pristupljeno dana 15. siječnja 2017.
6. Roagna, I., Protecting the right to respect for private and family life, Council of Europe human rights handbooks, www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/.../hb11_privatelifen.pdf, str. 10., pristupljeno dana 16. siječnja 2017.
7. Opinion on the status on illegally obtained evidence in criminal procedures in the

- Member States of the European Union (CFR-CDF, 30 XI 2003). [http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR, CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf](http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR,CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf), pristupljeno dana 21. prosinca 2016.
8. Članak 136a Zakona o kaznenom postupku - Code of Criminal Procedure in the version published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] Part I p. 1074, 1319), as most recently amended by Article 3 of the Act of 23 April 2014 (Federal Law Gazette Part I p. 410), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, pristupljeno dana 07. siječnja 2017.
 9. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, UN Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja Usvojena 1984., stupila na snagu 1987., ima 141 državu stranku <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIndex.aspx>, pristupljeno dana 7. siječnja 2017.
 10. Odluka br. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008., <https://www.usud.hr/hr/praksa-sustavnog-suda>, pristupljeno 7. siječnja 2017.
 11. SupraNova RH, portal sudske prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske, <http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=473>, pristupljeno 15. siječnja 2017.

Odluke Europskog suda za ljudska prava:

1. Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 29 travnja 2002., br. 2346/02
2. Y.F. protiv Turske, 22. srpnja 2003., br. 24209/94
3. Friedl protiv Austrije, 31. siječnja 1995., br. 15225/89
4. Klass i dr. protiv Njemačke, 6. rujna 1978., br. 5029/71
5. Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 2. kolovoza 1984., br. 8691/79
6. Kvasnica protiv Slovačke, 9. lipnja 2009., br. 72094/01
7. Kruslin protiv Francuske, 24. travnja 1990., br. 11801/85
8. Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 18. svibnja 2010., br. 26839/05
9. Huvig protiv Francuske, 24. travnja 1990., br. 11105/84.
10. Venezuela Contreras protiv Španjolske, 30. srpnja 1998., br. 58/1997/842/1048
11. Barföd protiv Danske, 22. veljače 1989., br. 11508/85
12. Khan protiv Velike Britanije od 12. svibnja 2000., br. 35394/97
13. P.G. i J.H. protiv Velike Britanije od 25. rujna 2001., br. 44787/98
14. A. protiv Francuske od 23. studenog 1993., br. 14838/89
15. Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 28. listopada 1998., br. 23452/94
16. Dragojević protiv Hrvatske od 15. siječnja 2015., br. 68955/11
17. Bašić protiv Hrvatske od 25. listopada 2016., br. 22251/13

Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske:

1. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008.
2. U-III-2781/2010 od 9. siječnja 2014.
3. U-III-4536/2012 od 14. siječnja 2016.

Odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske:

1. I Kž-61/09 od 03. veljače 2009.
2. I Kž-Us-83/09 od 9. srpnja 2013.
3. I Kž-Us-110/12 od 9. srpnja 2013.
4. Kž-552/15-4 od 22. listopada 2015.,
5. I Kž-Us 59/16-5 od 25. listopada 2016.
6. I Kž-Us 116/16-5 od 24. listopada 2016.
7. I Kž-Us 31/12-4 od 25. rujna 2012.
8. I Kž-Us 6/14-4 od 21. siječnja 2014.
9. I Kž-Us 151/15 od 15. prosinca 2015.

Odluka Županijskog suda u Dubrovniku Kv-I-12/15 (K-12/09) od 3. rujna 2015.

Summary

**EVIDENCE OBTAINED THROUGH SURVEILLANCE
AND TECHNICAL RECORDING OF TELEPHONE
CONVERSATIONS AND OTHER DISTANCE
COMMUNICATIONS IN THE LIGHT OF ARTICLE 8 OF
THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

The paper elaborates the problems of the admissibility of the use as evidence in criminal proceedings records collected under special investigative procedure of surveillance and technical recording of telephone conversations and other communications if they are obtained in violation of Article 8 of the Convention. In the introduction of the paper it the cumulative conditions are clarified which must be met in order that the interference was justified under Article 8, paragraph 2 of the Convention with the presentation of case law of the European Court of Human rights which established general principles that should be followed when public authorities interfere with the rights under Article 8 of the Convention.

After showing the impact of violations of these rights and the issue of admissibility of evidence in criminal proceedings in the 17 EU Member States based on a study produced by a network of independent experts on fundamental rights set up by the European Commission in 2003, the central part of the paper shows relevant case law of the Supreme Court and the Constitutional Court in the light of the judgment of the European Court of 15 January 2015 in the case *Dragojevic* against Croatia and the relevant legal provisions before and after the amendment of the criminal procedure act in 2008.

Keywords: Article 8 of the Convention, supervision and technical recording of telephone conversations, ex judicio illegal evidence, ex lege illegal evidence.

Zusammenfassung

**BEWEISE ÜBER DIE ÜBERWACHUNG UND TECHNISCHE
AUFZEICHNUNG VON TELEFONGESPRÄCHEN UND
ANDEREN FERNMITTEILUNGEN IN BEZUG AUF
ARTIKEL 8 DER MENSCHENRECHTSKONVENTION**

In diesem Artikel wird die Problematik des besonderen Ermittlungsverfahrens für die Überwachung und technische Erfassung von Telefongesprächen und anderen Fernmitteilungen in Bezug auf die Zulässigkeit der Verwendung solcher Verfahren als Beweismittel in Strafverfahrensakten erörtert, wenn es unter Verstoß gegen Artikel 8 der Menschenrechtskonvention steht. In der Einleitung dieses Artikels werden die

kumulativen Bedingungen geklärt, die erfüllt werden müssen, damit die Eingriffe nach Artikel 8 Absatz 2 der Menschenrechtskonvention mit der Vorlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gerechtfertigt werden, welche die allgemeinen Grundsätze festlegten, wenn die öffentlichen Behörden in die Rechte aus Artikel 8 der Menschenrechtskonvention hineindrängen.

Nach der Darstellung der Auswirkungen der Verletzung dieser Rechte und der Frage der Zulässigkeit von Beweismitteln in Strafverfahren in den 17 EU - Mitgliedstaaten, die auf einer von der Europäischen Kommission im Jahr 2003 durchgeführten Untersuchung eines Netzes unabhängiger Sachverständiger für Grundrechte beruhen, stellt der mittlere Teil des Artikels die relevante Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und des Verfassungsgerichts im Lichte des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 15. Januar 2015 in der Rechtssache *Dragojević gg. Kroatien* und die einschlägigen Rechtsvorschriften nach der Änderung des Strafverfahrens Handeln im Jahre 2008 dar.

Schlüsselwörter: Artikel 8 der Menschenrechtskonvention, Überwachung und technische Aufzeichnung von Telefongesprächen, ex judicio illegale Beweise, ex lege illegale Beweise.

Riassunto

LE PROVE PROCURATE MEDIANTE LA SORVEGLIANZA E LA REGISTRAZIONE TECNICA DELLE CONVERSAZIONI TELEFONICHE E DEGLI ALTRI MEZZI DI COMUNICAZIONE A DISTANZA ALLA LUCE DELL'ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Nel lavoro si disamina la questione della determinazione dell'attività probatoria speciale di sorveglianza e di registrazione tecnica delle conversazioni telefoniche e degli altri mezzi di comunicazione a distanza con riferimento all'ammissibilità dell'utilizzo di tali prove nel procedimento penale, qualora queste siano procurate in violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. A tale riguardo introduttivamente si illustrano le condizioni cumulative che vanno soddisfatte affinché l'interferenza nella realizzazione dei diritti del singolo possa trovare giustificazione ai sensi del capoverso dell'art. 8 della Convenzione; ancora si passa in rassegna la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con la quale sono stati accertati i principi fondamentali che vanno rispettati qualora il potere pubblico interferisca nei diritti di cui all'art. 8 della Convenzione. Dopo la rassegna delle conseguenze derivanti dalla violazione di detti diritti in occasione della raccolta delle prove mediante le attività

probatorie in esame sulla questione dell'ammissibilità delle prove nel procedimento penale in diciassette stati membri dell'Unione europea, basato sulla ricerca condotta da una rete di esperti autonomi sui diritti fondamentali creata dalla Commissione europea nel 2003, la parte centrale del lavoro tratta della giurisprudenza rilevante della Corte suprema e della Corte costituzionale alla luce della sentenza della Corte europea del 15 gennaio 2015 nel caso *Dragojević vs. Croazia* e delle disposizioni di legge rilevanti prima e dopo le modifiche della legge sulla procedura penale del 2008.

Parole chiave: *articolo 8 della Convenzione, sorveglianza e registrazione tecnica delle conversazioni telefoniche, prove illegali ex judicio, prove illegali ex lege.*

