

Milenka Slivar*

UPORABA POTAJNO SNIMLJENIH TEHNIČKIH SNIMKI U DOKAZNOM POSTUPKU

Ubrzani napredak tehničkih disciplina nosi sa sobom i velike potencijalne opasnosti i prijete ugrozom temeljnih prava. Stvaraju se uvjeti za prodor i u najskrovitije dijelove ljudske intime i otvaraju neka od temeljnih pitanja dopuštenosti i granica primjene pojedinih dokaznih sredstava. Tehnologija danas omogućava zvučno i slikovno snimanje krajnje jednostavno i dostupna je mnogima. Snimke se jednostavno i trajno pohranjuju u digitalnom obliku, a mogu sadržavati podatke koji mogu ozbiljno narušiti privatnost snimane osobe. S druge strane težnja društva za kaznenim progonom i kažnjavanjem počinitelja teških kaznenih djela osobito je izražena. Učinkovit kazneni progon počinitelja kaznenih djela, prevencija i kažnjavanje počinitelja pozitivna je obveza države prema međunarodnom pravu, kao što je obveza države i zaštita temeljnih ljudskih prava. Osiguranje ravnoteže između javnog interesa i zaštite individualnih prava moguće je postići primjenom teorije uspo-ređivanja ili vaganja, koja u osnovi sadržava načelo razmjernosti. U ovom radu razmatra se kako je sudska praksa odgovorila na zahtjevan zadatak koji ZKP propisuje u čl. 10. st. 3. Ova odredba omogućava konvalidaciju nezakonitog dokaza iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a ako se radi o teškom obliku kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. Poseban je naglasak stavljen na kriterije konvalidacije nezakonitih dokaza u slučaju potajno snimljenih privatnih snimki s aspekta prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (prava na privatnost).

Ključne riječi: načelo razmjernosti, pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, potajno snimljene audio- i videosnimke

* Milenka Slivar, sutkinja Županijskog suda u Bjelovaru

1. UVODNA RAZMATRANJA

Pitanja dopustivosti pribavljanja i uporabe dokaza u kaznenom postupku, razmatrana s aspekta regulative te problematike u Zakonu o kaznenom postupku te s aspekta temeljnih načela o ljudskim pravima i slobodama koji proizlaze iz Ustava Republike Hrvatske i Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, smatraju se vrlo važnim pitanjima kaznenog postupka, koja izazivaju niz rasprava i sporova. Razlog takvu odnosu prema tim pitanjima nalazi se u činjenici da se u tim pitanjima prelamaju dvije tendencije suvremenog kaznenog postupka: s jedne strane tendencija učinkovitosti kaznenog postupka i s druge strane zaštite prava građana. Sudska praksa ima iznimno značajnu ulogu u kreiranju i razvijanju mjerila za uspostavljanje ravnoteže između tih tendencija. Sustav nezakonitih dokaza uvijek se i u svakoj državi razvija kroz sudsku praksu.¹

Zakon o kaznenom postupku (ZKP/08)² sadrži znatne novine u sustavu nezakonitih dokaza, od kojih posebnu pažnju zaslužuje, u novoj kategorizaciji nezakonitih dokaza, uvođenje mjerila sudovima za ocjenu zakonitosti dokaza kojima se krše određena temeljna prava i slobode. Predviđa se mogućnost konvalidacije dokaza pribavljenog povredom prava obrane, prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života te prava na ugled i čast, koja su zajamčena Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom.

Kritičko preispitivanje prodora nezakonitih dokaza *ex iudicio* u naše kazneno procesno pravo prisutno je od samog predlaganja, donošenja i početka primjene Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine. Kritike su polazile od ustavne odredbe iz čl. 29. st. 4. Ustava RH, koja zabranjuje uporabu dokaza pribavljenih na nezakonit način. Zabrana je potpuna, to jest odnosi se na sve nezakonito pribavljene dokaze, a smatra se da je i apsolutna te usmjerena na isključenje (ekskluziju) nezakonitih dokaza iz kaznenog postupka.³

Dvojbe koje se odnose na uređenje nezakonitih dokaza na način da se zabrana koja proizlazi iz Ustava nastoji korigirati načelom razmjernosti uglavnom proizlaze iz stava da takvo uređenje nije sasvim u skladu s Ustavom. Posebno se smatra dvojbenim da se konvalidacija nezakonitih dokaza može provoditi samo za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela. Neki autori smatraju da je upravo u kaznenim po-

¹ I. Bojanić, Z. Đurđević: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, HLJKPP (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 973.

² Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11 – pročišćeni tekst, 91/12 – Odluka Ustavnog suda RH, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19).

³ B. Pavišić: Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, HLJKPP (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 528.

stupcima za najteža kaznena djela, u kojima se mogu očekivati najteže kazne, krajnje dvojbeno odstupati od općeg načela da se na nezakonitom dokazu ne može temeljiti sudska odluka. Kao minimum zahtjeva ističe se da takav konvalidirani nezakoniti dokaz ne bude jedini dokaz o kaznenom djelu i krivnji.

Kritičari zakonskog rješenja iz čl. 10. st. 3. ZKP/08 izražavaju bojazan da bi nerestriktivna primjena te odredbe mogla dovesti do ozbiljnih kršenja temeljnih prava i dvojbenih presuda.⁴ Ističe se da primjena načela razmjernosti u kaznenom postupku ima posebno značenje te se traži određeno vaganje između težine procesne radnje ili mjere procesne prisile i posljedice koja se pojavljuje u pogledu zajamčenog temeljnog prava i slobode na koje se odnosi. Upozoravalo se da sudovi nisu izgradili teoriju o odvagivanju te da sudska praksa treba ići ne samo u smjeru jačanja težnje za učinkovitošću kaznenog progona već i jače zaštite ljudskih prava i prava obrane.

2. PRAVO NA NEPOVREDIVOST OSOBNOG I OBITELJSKOG ŽIVOTA

Članak 10. ZKP/08 uvodi gradaciju njihove nezakonitosti, tako da možemo govoriti o četiri grupe nezakonitih dokaza:

- dokazi pribavljeni mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem, za koje obveza izdvajanja proizlazi iz međunarodnog prava, prije svega iz čl. 3. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda
- dokazi pribavljeni povredom prava obrane, ugledi i časti te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, kojih se zakonitost utvrđuje sudskom procjenom, *ex iudicio*; upravo u odnosu na tu kategoriju dokaza ZKP/08 propisuje mjerila na temelju kojih sudovi procjenjuju njihovu dokaznu (ne)zakonitost
- dokazi koji su pojedinačno propisani u ZKP/08 kao dokazi na kojima se ne može temeljiti presuda te sudovi nisu ovlašteni propitivati učinak tako pribavljenog dokaza, nego su ga dužni izdvojiti iz dokaznog supstrata (nezakoniti dokazi *ex lege*)
- plodovi otrovne voćke; riječ je o dokazima za koje se saznalo iz drugih nezakonitih dokaza, bez obzira na to radi li se o nezakonitosti *ex lege* ili *ex iudicio*.

Pitanjem usklađenosti članka 10. stavka 3. ZKP/08 s Ustavom RH bavio se Ustavni sud u postupku za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o kaznenom postupku.⁵ Ustavni sud prije svega ističe da je institut nezakonitih dokaza

⁴ M. Svedrović: Nezakoniti dokazi kao odraz primjene načela razmjernosti u ocjenjivanju zakonitosti dokaza u kaznenom postupku, Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2009, str. 135.

⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-448/2009.

područje sukobljavanja dviju temeljnih tendencija suvremenog kaznenog postupka, bio on mješovitog ili akuzatorskog tipa. Održavanje ravnoteže između učinkovitosti kaznenog postupka i zaštite prava građana ključna je. Kako bi se ispunila obveza države u zaštiti temeljnih ljudskih prava na kojoj počivaju demokratska društva utemeljena na vladavini prava, zakon mora odrediti granice ovlasti sudaca pri odlučivanju o uporabi nezakonitih dokaza.

Ustavni sud posebno ističe da se članak 10. stavak 3. ZKP/08 odnosi samo na kategoriju nezakonitih dokaza *ex iudicio* sadržanih u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP/08. Postavlja se pitanje imaju li ta prava u svakom slučaju prednost pred općim ili javnim interesom. Ustav i Konvencija prihvaćaju model privilegiranja prava, odnosno postizanja ravnoteže, ovisno o naravi prava o kojem je riječ. Pod određenim pretpostavkama dopušta se da zaštita općeg dobra prevlada nad pojedinačnim ustavnim i konvencijskim pravima. Konvencijska se prava mogu podijeliti u nekoliko kategorija upravo prema dopuštenom stupnju njihova derogiranja i ograničavanja. Skupine konvencijskih prava prema tom kriteriju jesu:

- apsolutno zaštićena nederogabilna prava
- apsolutno zaštićena derogabilna prava
- relativno zaštićena derogabilna prava
- kvalificirana prava.⁶

Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, propisano člankom 8. Konvencije, spada u grupu kvalificiranih konvencijskih prava, u koja se država smije miješati pod propisanim uvjetima. Karakteristična je struktura propisivanja prava: najprije se pravo priznaje, a zatim se propisuje mogućnost njegova ograničavanja pod uvjetom da su ta ograničenja propisana domaćim zakonom i da je ograničenje nužno za ostvarenje ciljeva vezanih uz različite opće ili javne interese. Kod tih prava domaći sudovi važu sukobljene interese pojedinaca, odnosno privatnih osoba i zajednice. Postojanje povrede tih prava ispituje se „testom nužnosti u demokratskom društvu“.

Ustavni sud smatra da u određenim okolnostima prava iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08, koja spadaju u kategoriju relativno zaštićenih derogabilnih prava ili u kategoriju kvalificiranih prava, i opći ili javni interes nisu jednake varijable. Ovisno o okolnostima konkretnog slučaja dopušteno je vaganje jakosti i naravi povrede prava s jedne strane i težine kaznenog djela s druge strane te, ako sud pri tome zaključi da je povreda prava manja u odnosu na težinu kaznenog djela, ovlašten je prednost dati općem ili javnom interesu.

Zaključna je ocjena Ustavnog suda da je ustavnopravno prihvatljivo zakonsko propisivanje ovlasti sudova da „stave na vagu“ jakost i narav povrede prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (kao i prava obrane, prava na ugled i

⁶ J. Omejec: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zagreb, 2014, str. 838.

časť, ali ne i prava na dostojanstvo) s jedne strane i težinu kaznenog djela s druge strane. Posebno se ističe da članak 10. stavak 3. ZKP/08 ne utječe na obvezu suca da postigne pravednu ravnotežu među sukobljenim pravima i općim ili javnim interesima u svakom konkretnom slučaju u kojem je uravnoteženje moguće.⁷

Odluka Ustavnog suda potvrdila je stajališta koja su se temeljila na tvrdnjama da uvođenje načela razmjernosti prilikom ocjene zakonitosti dokaza ne relativizira ustavnu zabranu iz članka 29. stavka 3. Ustava, prema kojoj se dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu uporabiti u sudskom postupku. Ako bi u svakom slučaju kršenje procesnih formi kojima se štite temeljna ljudska prava dovodilo do izdvajanja tako pribavljenih dokaza, zapravo bi se drastično narušilo načelo razmjernosti, osobito kod teških kaznenih djela, kod kojih je posebno izražen javni interes za kaznenim progonom i kažnjavanjem.⁸

Pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života kao kvalificirano konvencijsko pravo iz članka 8. Konvencije moguće je ograničiti:

- ako je ograničenje propisano zakonom
- ako je poduzeto u legitimnom cilju
- ako je zadiranje bilo nužno u demokratskom društvu.

Pravo na poštivanje osobnog i obiteljskog života jedan je od oblika šireg pojma prava na privatnost, koje kao pojam nema općeprihvaćenu definiciju ni u hrvatskom zakonodavstvu ni na međunarodnom nivou. Pravo na privatnost jamči se raznim međunarodnim dokumentima, a njegova se zaštita osigurava nacionalnim zakonodavstvima. Razni dokumenti definiraju taj pojam različito.

Definiranje privatnosti u Republici Hrvatskoj ostavljeno je zakonima koji uređuju pitanja vezana uz privatnost. Tako Zakon o medijima⁹ definira privatnost kao „osobni i obiteljski život, a prije svega, pravo na život po vlastitom izboru i opredjeljenju“, dok pravo na privatnost definira kao pravo koje ima svaka osoba, pa i osoba koja obavlja javnu službu ili dužnost, „osim u slučajevima koji su u vezi s javnom službom ili dužnosti koju osoba obavlja“.

Pravo na privatnost zaštićeno je od zadiranja države ili drugih pojedinaca i pravnih osoba raznim temeljnim međunarodnim dokumentima. Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine propisuje da „nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom miješanju u njegov privatni život, obitelj, dom ili dopisivanje, niti napadima na njegovu časť ili ugled“ te da „svatko ima pravo na pravnu zaštitu protiv takvog napada ili miješanja.“

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine (dalje: Konvencija) jamči to pravo člankom 8. stavkom 1., koji propisuje da je svakome zajamčeno pravo na poštovanje njegova privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. Sljedećim je stavkom zabranjeno javnoj vlasti mi-

⁷ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-I-448/2009.

⁸ I. Bojanić / Z. Đurđević: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, HLJKPP (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 1000.

⁹ Zakon o medijima (Narodne novine 59/04, 84/11, 81/13).

ješanje, odnosno zadiranje u prava iz stavka 1., osim ako je takvo zadiranje nužno u demokratskom društvu radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, gospodarske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih. Ovdje je riječ o ekskluzivskoj klauzuli, čiji je sadržaj ograničavanje pojedinih temeljnih prava i sloboda, pa navedena odredba govori o mogućnosti uplitanja vlasti radi ograničavanja određenih ljudskih prava radi zaštite pojedinih legitimnih interesa.¹⁰

Članak 35. Ustava Republike Hrvatske svima jamči pravo na osobni i obiteljski život, dostojanstvo, čast i ugled. Odredba članka 16. Ustava RH propisuje da se prava i slobode građana mogu ograničiti samo zakonom radi zaštite slobode i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javnog morala i zdravlja te da svako ograničenje tih prava i sloboda mora biti razmjerno prirodi potrebe za ograničavanjem u svakom pojedinom slučaju. Iz toga se zaključuje da svako zadiranje u prava i slobode drugih ljudi mora biti opravdano s aspekta članka 16. Ustava.

3. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Stajališta Europskog suda za ljudska prava vezana za nezakonite dokaze upućuju na zaključak da Sud ne priznaje pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza ili na temelju dokaza koji nisu pribavljeni kršenjem temeljnih ljudskih prava kao posebno konvencijsko pravo, već nezakonitim pribavljanjem dokaza može doći do primjerice povrede prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života. U tom će slučaju Sud utvrditi povredu članka 8. Konvencije, a ne automatski i povredu članka 6. Konvencije, koji jamči pravo na pravično suđenje. ESLJP se ne smatra nadležnim ocjenjivati zakonitost i upotrebljivost dokaza pred kaznenim sudovima, već smatra da su za ta pitanja primarno nadležni nacionalni sudovi. Pitanje pravne dopuštenosti pribavljanja ili uporabe nekog dokaza ESLJP razmatra primjenom kriterija „pravičnog postupka“ iz članka 6. Konvencije. Dakle procjenjuje se je li se način pribavljanja ili izvođenja dokaza u nekom konkretnom slučaju odrazio na „pravičnost“ postupka u cjelini ili je tom prilikom povrijeđeno i neko drugo konvencijsko pravo.

Konvencija ne sadržava pravila o tome u kojim bi se slučajevima pribavljanje ili uporaba nekog dokaza smatralo nezakonitim, već je to isključivo u domeni nacionalnog prava država stranaka Konvencije.¹¹ To je i razumljivo ako se ima u vidu da se kaznena procesna prava država članica Vijeća Europe

¹⁰ M. Dragičević Prtenjača, Kaznena djela neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja te neovlaštenog slikovnog snimanja s osvrtom na praksu Europskog suda za ljudska prava i elaboracijom pojmova privatnosti i neovlaštenosti, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, 1/2014.

¹¹ D. Krapac: Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik PFZ, vol. 60, br. 6/2010.

u pitanjima nezakonitih dokaza jako razlikuju. Stoga ESLJP u svakom konkretnom slučaju procjenjuje je li u kaznenom postupku u stadiju pribavljanja, odnosno uporabe dokaza došlo do povrede nekog od konvencijskih prava.

S obzirom na to da se konvencijska prava, prema mogućnosti njihovih ograničavanja, razvrstavaju u različite grupe, ESLJP će različito postupati u ocjenama povreda konvencijskih prava koje mogu doći u obzir u pribavljanju i uporabi dokaza u kaznenom postupku. Kada je riječ o pravu na poštivanje privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Konvencije kao kvalificiranom konvencijskom pravu, može doći do povrede osobnog integriteta nekom radnjom ili mjerom koja ima ograničavajući utjecaj, a ograničenje nije predviđeno nacionalnim zakonom u konvencijski dopuštenom cilju ili je s njim nerazmjerno.

Razvoj judikature Europskog suda za ljudska prava u pitanju zakonitosti može se pratiti od ključne odluke Schenk protiv Švicarske iz 1988. pa do kasnijih odluka koje se bave tim pitanjem. U odluci Schenk protiv Švicarske Sud se bavio pitanjem zakonitosti privatno sačinjene snimke telefonskog razgovora okrivljenika, bez njegova znanja, koja ga inkriminira. Nacionalni sud Švicarske smatrao je da nema osnove za izdvajanje snimke iz dokaznog supstrata. Sadržaj snimke uključen je u dokazni materijal. ESLJP smatra da snimka nije nezakonit dokaz. Radilo se o kaznenom djelu pokušaja poticanja na ubojstvo, za koje je okrivljenik osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 10 godina. U presudi se izričito navodi da se prvostupanjski sud oslanjao na spornu snimku. Snimka je imala presudan utjecaj za ishod kaznenog postupka. Sud konstatira da je kazneni postupak podložan inkvizicijskom načelu; cilj je da se suđenjem utvrdi što bliže ono što se stvarno dogodilo. Cilj je kaznenog postupka utvrditi činjenice slučaja i na utvrđene činjenice primijeniti zakon. Budući da je tako, nije moguće isključiti automatski sve dokaze čiji je izvor nezakonit. Potraga za istinom ponekad je važnija od nepoštivanja prava. Svaki slučaj treba razmotriti pojedinačno i utvrditi je li nezakonitost tako ozbiljna da se nezakonito prikupljeni dokazi ne mogu upotrijebiti u dokaznom postupku. To može biti učinjeno samo odmjeravanjem interesa i prava koja su u pitanju. Dopušta se uporaba tih dokaza kada se radi o počinjenju teškog kaznenog djela. Članak 8. stavak 2. Konvencije propisuje da je miješanje javne vlasti u privatni život ili dopisivanje dopušteno u demokratskom društvu u interesu javne sigurnosti i sprečavanja nereda ili zločina. Švicarski sud u presudi konstatira da švicarski zakon dopušta povredu osobnog prava i povjerljivosti komunikacije u obliku telefonskog prisluškivanja samo ako je takvu mjeru naredilo nadležno tijelo i odobrio ga sudac. Međutim zaključak da dokazi pribavljeni neovlaštenim prisluškivanjem nikada i ni u kojem slučaju ne smiju biti korišteni kao dokaz bio bi previše dogmatski i često bi dovodio do apsurdnih rezultata. Potrebno je uravnotežiti s jedne strane interes države za provođenje kaznenog postupka i legitimnu zaštitu osobnih prava okrivljenika. Interes kaznenog postupka koji se odnosi na ubojstvo nadjačava interes za očuvanjem povjerljivosti razgovora

okrivljenika. Okrivljenik je imao prilike osporiti autentičnost snimke razgovora i suprotstaviti se uporabi, ali su ti pokušaji bili neuspješni.

ESLJP utvrđuje da je u cjelini kazneni postupak bio „pravičan“. Drugim riječima, nezakonit dokaz jest upotrebljiv ako su prilikom njegova pribavljanja i uporabe poštivana jamstva pravičnog postupka. Također je važno je li nezakoniti dokaz bio jedini temelj za osudu.

Pravna shvaćanja ESLJP-a u odnosu na pitanje uporabe nezakonitog dokaza tajnim prisluškivanjem dodatno su obrazložena u predmetu Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva iz 2000. godine. U tom predmetu Sud se bavio zahtjevom podnositelja koji je bio osuđen zbog trgovine drogom na temelju dokaza nepropisno pribavljenih pomoću prislušnog uređaja koji je instalirala policija. Sud je utvrdio da je britanska policija, prisluškujući razgovore u stanu jednog osumnjičenika, potajno snimila i razgovor podnositelja s osumnjičenikom u kojem je priznao sudjelovanje u krijumčarenju droge. Nakon što se potvrdno očitovao o utemeljenosti optužbe, podnositelj zahtjeva osuđen je na tri godine zatvora. Tijekom kaznenog postupka podnositelj je tvrdio da su snimke pribavljene nezakonito i predlagao je da se one izdvoje iz dokaznog materijala.

ESLJP je utvrdio da je podnositelju zahtjeva povrijeđeno pravo na nepovredivost privatnog života iz članka 8. Konvencije, ali nije se složio sa zahtjevom da se uporaba nezakonito pribavljenog dokaza, sama za sebe, proglašava povredom konvencijskog prava na „poštenu postupak“ iz članka 6. stavka 1. Konvencije. Sud je ponovio svoje ranije stajalište da mu cilj nije utvrđivati zakonitost ili nezakonitost dokaza prikupljenih i izvedenih prema odredbama domaćeg prava, već samo ocijeniti je li postupak u cjelini bio „pošten.“ U konkretnom slučaju potajne snimke bile su „nezakonite“ utoliko što britansko pravo nije predviđalo zakonsku osnovu za njihovu registraciju, a kao dokaz protiv podnositelja uporabljene su nakon što je sudac odbio prethodni podnositeljev prigovor nedopuštenosti i nakon što je podnositeljeva obrana dala potvrdno očitovanje o izmijenjenoj optužbi. Stoga je Sud zaključio da se u konkretnom slučaju, u uvjetima kada je englesko pravo podnositelju pružilo dovoljne mogućnosti osporavanja dopustivosti te kada su sudovi uzeli u obzir ilegalni način prisluškivanja te učinak koji su te snimke imale na postupak prema podnositelju, ne može govoriti o povredi prava na „poštenu postupak“ iz članka 6. stavka 1. Konvencije. Premda su sporne potajne snimke podnositeljeva razgovora pribavljene povredom prava na nepovredivost privatnog života iz članka 8. Konvencije, nisu bile izdvojene iz dokaznog materijala. Kratki rezime tog predmeta bio bi da je u konkretnom slučaju postojala učinkovita mogućnost osporavanja dokaza, učinkovit sudski nadzor i analiza te nije bilo dvojbe glede autentičnosti snimke. Pravna stajališta koja je ESLJP iznio u predmetu Khan¹²

¹² Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 12. svibnja 2000.

ponovljena su i razrađena u nizu drugih presuda, kao Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva¹³ i Jalloh protiv Njemačke.¹⁴

Sud ima zadaću osigurati da države poštuju prava i jamstva predviđena Konvencijom. U trenutku kada utvrdi da je neka država povrijedila jedno ili više tih prava i jamstava Sud donosi presude koje su obvezujuće za svaku državu i dovode do toga da dotične zemlje imaju obvezu postupati po njima i mijenjati svoje zakonodavstvo i praksu u velikom broju područja kako se slične povrede ne bi ponavljale u budućnosti. U odnosu na pitanja nezakonitih dokaza ESLJP ističe da je cilj Konvencije zaštititi temeljna prava, a ne ocjenjivati pravilnost primjene nekog kaznenopravnog modela za koji se odlučio nacionalni zakonodavac. Konvencija ne sadrži pravna pravila o zakonitosti ili nezakonitosti dokaza, što i sam ESLJP redovito ističe u svojim odlukama. Brojnost država članica stranaka Konvencije te različitost njihovih kaznenopravnih sustava, odnosno različita pravna pravila o nezakonitim dokazima, kao i načini- ma njihova određivanja Sudu onemogućava stvaranje minimalnih zajedničkih standarda. Notorno je da ESLJP ne može nastupati kao superrevizijski sud koji bi osude u nacionalnom kaznenom postupku, utemeljene na nezakonitim dokazima, mogao ukidati i tako im oduzeti pravnu valjanost, već temeljem članka 41. Konvencije može donijeti samo deklaratorne presude kojima se utvrđuje postojanje povrede nekog prava iz Konvencije. Pojam pravičnog postupka nastao je kao standard angloameričkog prava, a zatim je bogata praksa ESLJP-a kreirala pojedine elemente tog etičkog i pravnog načela. Konvencijska prava, pa tako i pravo na pravični postupak, pripadaju svakom čovjeku, u kaznenopravnom smislu nevinom, ali i krivom počinitelju kaznenog djela. Ponekad je to javnosti teško shvatiti, na primjer da nikome nije dozvoljeno prijetiti mučenjem.¹⁵ Kada se radi o pitanjima uporabe dokaza u kaznenom postupku koji su pribavljeni kršenjem nekog od relativno zaštićenih derogabilnih konvencijskih prava, ključno je postupanje suda u skladu s načelom razmjernosti. To načelo zabranjuje državi one korake koji nisu opravdani javnim dobrom i predstavlja zaštitu od samovoljnog i arbitrarnog postupanja. Odluka

¹³ Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 5. studenog 2002.

¹⁴ Jalloh protiv Njemačke, presuda od 11. srpnja 2006.

¹⁵ U srpnju 2005. Magnus Gafgen podnio je tužbu protiv Savezne Republike Njemačke Europskom sudu za ljudska prava jer je, nakon što je uhićen pod sumnjom da je oteo 11-godišnjeg dječaka, odbio otkriti skrovište otetog dječaka, pa mu je policijski službenik zaprijetio mučenjem. Gafgen je odao skrovište dječaka, ali dječak je već bio mrtav. Prijetnja mučenjem izrečena je zbog pretpostavke da bi se mogao spasiti život žrtve. Počinitelj je osuđen na kaznu doživotnog zatvora zbog kaznenog djela teškog ubojstva, a Sud je odbio njegovu tužbu ocijenivši da je kazneni postupak u cjelini bio pravičan, ali je naglasio da su povrijedena prava podnositelja iz članka 3. Konvencije (prijetnja mučenjem smatra se nečovječnim postupanjem). Odluka je izazvala niz rasprava i različitih mišljenja o tome smije li se iskaz osumnjičenika pribavljen prijjetnjom mučenjem iskoristiti za dokazivanje njegove krivnje.

o tome na kojim se dokazima ne može temeljiti sudska presuda, bez obzira na to donosi li je zakonodavac ili sudac, uvijek se bazira na odvagivanju dvaju interesa koji imaju rang ustavnopravnih načela.¹⁶ Ne treba zaboraviti da država, osim obveze zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda i prava obrane, ima i obvezu osigurati učinkovit kazneni progon, odnosno prevenciju kaznenih djela i kažnjavanja počinitelja. Obveza države da osigura učinkovit kazneni progon podignuta je na razinu međunarodne pravne obveze. Radi se o tzv. pozitivnoj obvezi države prema članku 3. Konvencije, razvijenoj kroz praksu ESLJP-a. U skladu s tom obvezom država članica Konvencije dužna je uspostaviti učinkovit pravni sustav, koji će sprječavati počinjenje kaznenih djela te osigurati otkrivanje i kažnjavanje počinitelja. Stoga pri uređenju sustava nezakonitih dokaza država mora naći ravnotežu, u kojoj će štititi temeljna prava građana i prava obrane, a da istovremeno ne ugrozi svoju obvezu učinkovitog kaznenog postupka i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela.

4. SUDSKA PRAKSA

Kao što je već uvedno istaknuto, Zakon o kaznenom postupku (ZKP/08) uveo je u kazneno procesno pravo znatne novine u odnosu na materiju pribavljanja i uporabe nezakonitih dokaza. Te se novine odnose prvenstveno na mogućnost konvalidacije nezakonitog dokaza, ali samo u odnosu na dokaze pribavljene povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (članak 10. stavak 2. točka 2. ZKP/08).

Prvotno je konvalidacija nezakonitog dokaza bila moguća za povrede učinjene prilikom pribavljanja dokaza i s osnova materijalnog prava (nužna obrana, krajnja nužda, zakonita uporaba sredstava prisile) i s osnova procesnog prava. Zbog poteškoća u primjeni u praksi brisana je mogućnost konvalidacije nezakonitog dokaza s osnova materijalnog prava, odnosno za radnje za koje je prema kaznenom zakonu isključena protupravnost.

Nakon učinjenih izmjena članak 10. ZKP/08 sada glasi:

- (1) *Sudske odluke ne mogu se utemeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način (nezakoniti dokazi).*
- (2) *Nezakoniti su dokazi:*
 - 1) *koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja,*

¹⁶ Bojanić/Đurđević: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Ljetopis (Zagreb), vol. 15, br. 2/2008, str. 974.

- 2) *koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast, prava na nepovredivost osobnog ili obiteljskog života, osim u slučaju iz stavka 3. ovog članka,*
 - 3) *koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka koji su izričito predviđeni ovim Zakonom,*
 - 4) *za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza.*
- (3) *Ne smatraju se nezakonitim dokazima dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. ovog članka u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava.*
- (4) *Sudska odluka ne može se temeljiti isključivo na dokazu iz stavka 3. ovog članka.*

Iz citiranog članka proizlazi načelo prema kojem se sudske odluke ne mogu temeljiti na nezakonitom dokazu. Načelo se jednako primjenjuje kada su u pitanju presude, ali i rješenja, dakle sve sudske odluke. Praktična primjena tog načela ima za posljedicu obvezu suda da u slučaju da utvrdi postojanje nezakonitog dokaza u spisu odmah izdvoji taj dokaz kako ne bi utjecao na donošenje sudske odluke. Obveza izdvajanja odnosi se na sve stadije kaznenog postupka, a o izdvajanju nezakonitog dokaza sud odlučuje rješenjem po prijedlogu strana ili po službenoj dužnosti.

Ukoliko bi, unatoč zakonom propisanoj obvezi izdvajanja nezakonitog dokaza, takav dokaz bio izveden na raspravi i na njemu bila utemeljena presuda, to bi za posljedicu imalo bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08 i ukidanje prvostupanjske presude, odnosno rješenja.

Mogućnost konvalidacije nezakonitog dokaza, kao što je već uvodno istaknuto, prvi je put uvedena u naše procesno zakonodavstvo u ZKP/08.

Primjena tog instituta ograničena je samo na dokaze navedene u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP/08, odnosno na one koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života.

Da bi se nezakonit dokaz mogao konvalidirati, odnosno pravno osnažiti i koristiti u postupku, moraju kumulativno biti ispunjene tri pretpostavke (članak 10. stavak 3. ZKP/08):

- mora se raditi o teškim oblicima kaznenih djela
- mora se raditi o djelima iz nadležnosti županijskog suda
- interes kaznenog progona i kažnjavanje počinitelja mora prevladati nad povredom prava.

Hoće li biti ispunjeni zakonski uvjeti za konvalidaciju dokaza, sud će odlučivati u svakom pojedinom slučaju odvajajući s jedne strane interese kaznenog progona i potrebe kažnjavanja počinitelja i s druge strane jačinu povrede prava počinitelja kaznenog djela. Tek ako sud utvrdi da interes kaznenog pro-

gona i potrebe kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava, takav se dokaz može koristiti u dokaznom postupku.

Potrebno je naglasiti da konvalidacija nije moguća u odnosu na dokaze iz članka 10. stavka 2. točke 1., 3., i 4. ZKP/08.

U stavku 4. propisano je značajno ograničenje u mogućnosti korištenja konvalidiranog dokaza na način da se sudska odluka ne može temeljiti isključivo na tom dokazu.

Nema sumnje da uvođenje načela razmjernosti pri utvrđivanju nezakonitih dokaza *ex judicio* nameće sudovima vrlo složenu zadaću, koja zahtijeva da se najprije utvrdi da su dokazi pribavljeni kršenjem nekih od prava navedenih u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP/08, a potom da se važe težinu povrede tih prava na jednoj strani i javnog interesa za kaznenim progonom i kažnjavanjem počinitelja kaznenih djela na drugoj strani. Tek kada utvrde da javni interes preteže nad povredom prava, takav dokaz može biti sastavni dio dokaznog supstrata. Kriteriji koje je zakonodavac postavio i koje sud treba primjenjivati pri utvrđivanju je li neki dokaz nezakonit, uz primjenu načela razmjernosti, jasno upućuju na zaključak da je primjena tog načela moguća samo kod teških kaznenih djela ili, kako Zakon izričito propisuje, kod „teških oblika kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda“. Pojam teškog oblika kaznenog djela u materijalom kaznenom pravu obično se povezuje s pojmom kvalificiranog oblika kaznenog djela. Iz takva bi se stava mogao izvesti zaključak da nije dovoljno samo postojanje otegotnih okolnosti ili drugih osobito teških okolnosti počinjenja osnovnog kaznenog djela. Takvo tumačenje dovelo bi do nerazmjera jer su kvalificirani oblici pojedinih kaznenih djela po zapriječenoj kazni lakši od osnovnog oblika nekog kaznenog djela.¹⁷ Kvalificirani oblik kaznenog djela razbojništva lakši je od osnovnog oblika kaznenog djela ubojstva. Također je iznimno važno pitanje koliki je utjecaj apstraktne težine kaznenog djela, koja se ogleda kroz zakonom zapriječenu kaznu i pojedinačne konkretne okolnosti kaznenog djela. Sudska praksa, koja je razmatrana za potrebe ovog rada, upućuje na zaključak da sudovi daju prednost pojedinim okolnostima počinjenja kaznenog djela, a ne apstraktnoj težini kaznenog djela.

Kada je riječ o potajnim snimkama (zvučnim, slikovnim ili jednim i drugim), koje nisu pribavljene u okviru dokazne radnje po nalogu suca istrage, sudska je praksa stala na stajalište da se radi o povredi prava na osobni i obiteljski život. Pristanak snimane osobe na snimanje znači da se ona odriče svoje privatnosti, a nije nevažno i na kojem se mjestu snimanje vrši. Polazi se od pretpostavke da svatko tko se nađe na javnim mjestima kao što su javne plaže, stadioni, kazališta, koncerti i slično gubi pravo na jedan dio svoje privatnosti koju ima u svom domu jer se izlaskom na javno mjesto nje dobrovoljno odre-

¹⁷ M. Carić: Novosti u sustavu nezakonitih dokaza s posebnim osvrtom na čl. 10. st. 3. i 4. ZKP/08, Ljetopis (Zagreb), vol. 17, br. 2/2010, str. 857.

kao te je moguće predvidjeti da pri boravku na takvim mjestima može biti fotografiran. Praksa ESLJP-a ide u smjeru da povreda članka 8. Konvencije postoji i u slučaju ako je javna osoba snimljena na javnom mjestu ukoliko snimka nije učinjena u javnom interesu, već radi zabavljanja javnosti.

Analiza sudske prakse upućuje na zaključak da sudovi izgrađuju kriterije koji bi trebali u najvećoj mogućoj mjeri biti sustavni i izvjesni. Poteškoće u izgradnji teorije odvagivanja u praksi neki autori povezuju s činjenicom da je naše kazneno procesno pravo izgrađeno prvenstveno kao zakonsko pravo, a ne kao precedentno, odnosno kazuističko, kao i da je obrazovanje naših pravnika u tom duhu.

U sljedećih nekoliko odabranih primjera iz sudske prakse koji se odnose na konvalidaciju nezakonitih dokaza mogu se vidjeti stajališta sudova o tome koji se kriteriji ili mjerila u praksi uzimaju kao osnova konvalidacije i svakako mogu poslužiti kao temelj za daljnju raspravu.

U kaznenom predmetu Vrhovnog suda Republike Hrvatske (VSRH) broj Kžm 12/2020 rješenjem od 23. travnja 2020. odbijena je žalba okrivljenika protiv rješenja optužnog vijeća Županijskog suda u Bjelovaru kojim je odbijen prijedlog okrivljenika da se iz spisa predmeta kao nezakonit dokaz izdvoji DVD-medij, kao i pročišćeni videomaterijal. Radi se videosnimci koju su pomoću kamere računala sačinili roditelji maloljetne oštećenice i uz potvrdu o privremenom oduzimanju predmeta predali policiji. Radi se o snimci događaja *tempore criminis*, koja nije pribavljena sukladno procesnim odredbama koje reguliraju provođenje posebnih dokaznih radnji (članak 332. do članka. 339. ZKP/08). Prvostupanjski sud jasno je i nedvosmisleno utvrdio da se radi o privatnoj snimci, koja je sačinjena u obiteljskoj kući oštećenice, sve bez znanja i pristanka okrivljenika, koji je snimkom obuhvaćen. Stoga je prvostupanjski sud ispravno zaključio da predmetna videosnimka predstavlja snimku pribavljenu povredom Ustavom, zakonom i međunarodnim pravom zajamčenog prava na nepovredivost osobnog života i stoga bi bio nezakonit dokaz u smislu članka 10. stavke 2. točke 2. ZKP/08. VSRH utvrđuje da je prvostupanjski sud pravilno ocijenio da se sporna snimka neće smatrati nezakonitim dokazom, iako je pribavljena povredom prava i sloboda iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08.

Naime, prema optužnici, okrivljenik se tereti da je počinio teško kazneno djelo spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta iz članka 166. stavka 2. u svezi s člankom 158. stavkom 5. i stavkom 1. KZ/11 na način da je zlouporabom odnosa zavisnosti izvršio sa spolnim odnosom izjednačenu spolnu radnju s posebno ranjivim djetetom mlađim od 15 godina. Navedeno svakako predstavlja teži oblik kaznenog djela iz nadležnosti županijskog suda, čime je zadovoljen prvi zakonski uvjet propisan člankom 10. stavkom 3. ZKP/08. za konvalidaciju.

Nadalje, žrtva je inkriminiranog djela djevojčica rođena 2007., kod koje postoji niz vrlo teških psihofizičkih oštećenja (obostrana gluhoća, sljepoća lijevog oka i slabovidnost desnog, nerazvijen govor, smetnje ponašanja, teška mentalna retardacija, nemogućnost obavljanja finih motoričkih radnji), uslijed kojih je ona teško samostalno pokretna i potpuno ovisna o tuđoj skrbi i pomoći, pri čemu, sukladno nalazu i mišljenju liječnika vještaka, djevojčica emocionalno i intelektualno funkcionira na razini djeteta do prve godine života.

Kada se ima na umu da je, prema inkriminaciji, teško kazneno djelo spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta počinjeno na štetu djeteta opisanog psihofizičkog stanja, tada i drugostupanjski sud nalazi da u konkretnoj situaciji interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom okrivljenikova prava na nepovredivost osobnog života i privatnosti. Naime žrtva okrivljeniku terećenog djela jest dijete koje očito nije u mogućnosti pružiti otpor ili zatražiti pomoć i zaštitu bližnjih osoba niti pak doživljeno reproducirati u svrhu kaznenog progona počinitelja. Slijedom toga interes cjelokupnog društva za prevenciju svih oblika iskorištavanja i zlostavljanja djece, kao i za pojačanu zaštitu najosjetljivijeg dijela populacije od svakog takva zlostavljanja, u svakom slučaju odnosi prevagu nad povredom okrivljenikovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08, kako to ispravno zaključuje prvostupanjski sud. To vrijedi osobito kada se ima na umu zakonska protuteža konvalidacije nezakonitog dokaza iz članka 10. stavka 4. ZKP/08, sukladno kojoj se sudska odluka ne može temeljiti isključivo na dokazu iz članka 10. stavka 3. ZKP/08.

U kaznenom predmetu VSRH I Kž-278/2014, rješenjem od 10. srpnja 2014., odbijena je žalba optuženika protiv rješenja Županijskog suda u Osijeku kojim je odbijen prijedlog optuženika da se iz spisa izdvoji kao nezakonit dokaz CD s audiozapisom razgovora oštećenice i optuženika. Oštećenica je snimila telefonski razgovor bez znanja i odobrenja optuženika i bez pisanog naloga suda te se, po stajalištu prvostupanjskog suda, radi o dokazu koji je pribavljen povredom prava i sloboda iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08, a ispunjeni su uvjeti iz članka 10. stavka 3. ZKP/08. Naime optuženik se tereti da je počinio kazneno djelo spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta – spolne zlouporabe djeteta mlađeg od 15 godina iz članka 158. stavka 5. KZ/11, kao i kazneno djelo protiv braka, obitelji i djece – rodoskrvnućem iz članka 179. KZ/11. Žrtva je kaznenog djela dijete u dobi od jedanaest godina, dok je počinitelj bliski srodnik žrtve (djed oštećenice), koji se tereti da je zaprijetio žrtvi da će ubiti nju i članove njezine obitelji, pa je ona u strahu sa sebe skinula odjeću, a optuženik ju je plegao na pod i, ne mareći što više, obavio s njom spolni odnos. Radi se o teškom obliku kaznenog djela iz nadležnosti županijskog suda, a s obzirom na okolnosti počinjenja kaznenog djela, interes je cjelokupnog društva za kazneni progon i kažnjavanje počinitelja svih oblika seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja djece kao osobito osjetljive populacije, koja uživa pojačanu

zaštitu, i taj interes preteže nad povredom optuženikovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08.

Optuženik je u žalbi isticao da se radi o privatnoj snimci, koja je nastala najkasnije u travnju 2011. godine, u vrijeme primjene ZKP/97. Po mišljenju žalitelja dokaz koji je prema zakonskim odredbama u vrijeme njegova pribavljanja bio nezakonit ne može se kasnijim izmjenama zakonskih odredbi osnažiti i postati nezakonit, odnosno odredbe članka 10. ZKP/08 mogu se primjenjivati samo na dokaze pribavljene nakon njegova stupanja na snagu, a ne i na one dokaze koji su pribavljeni prije toga. Nasuprot tim žalbenim prigovorima VSRH nalazi da je pobijano rješenje pravilno i zakonito. Zapisnik o zaprimanju kaznene prijave oštećenice Policijska postaja S. sastavila je 30. studenog 2010., potom je službenu zabilješku o preslušavanju snimke razgovora i sačinjavanju prijepisa razgovora ista policijska postaja sačinila 4. travnja 2011., a nadležno županijsko državno odvjetništvo nalogom od 22. studenog 2012. naložilo je provođenje istrage protiv optuženika. Prema tome nema dvojbe da se kazneni postupak protiv optuženika vodi prema pravilima i pod uvjetima propisanim u ZKP/08, u kojem se zakonitost dokaza procjenjuje sukladno odredbama članka 10. ZKP/08. Na tu se normu osnovano poziva i sud prvog stupnja. Nadalje, kako u vrijeme poduzimanja radnje nastanka privatne snimke kaznenog postupka nije ni bilo, to je osnovano sud prvog stupnja o zakonitosti dokaza *ex iudicio* procijenio prema odredbama ZKP/08.

U kaznenom predmetu VSRH broj I Kž 54/2017 rješenjem od 23. veljače 2017. odbijena je žalba državnog odvjetnika podnesena protiv rješenja optuženog vijeća Županijskog suda u Šibeniku o izdvajanju iz spisa DVD-medija sa snimkom telefonskog razgovora okrivljenika i oštećenice, potvrde o privremenom oduzimanju predmeta te ovjerenog prijevoda razgovora s engleskog na hrvatski jezik sačinjenog po stalnom sudskom tumaču za engleski jezik kao nezakonitog dokaza. Nije u pravu državni odvjetnik kada tvrdi da su u konkretnom slučaju ispunjeni uvjeti iz članka 10. stavka 3. ZKP/08 zbog kojih se dokazi navedeni u izreci pobijanog rješenja ne bi trebali smatrati nezakonitim dokazima. Naime u tom kaznenom predmetu nije sporno da je telefonski razgovor oštećene i okrivljenika na diktafon snimila treća osoba, bez naloga suca istrage te bez znanja i odobrenja okrivljenika, zbog čega je prvostupanjski sud zaključio da je navedena snimka nezakonit dokaz u smislu članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08.

Odredba članka 10. stavka 3. ZKP/08, na čiju se primjenu poziva državni odvjetnik, predstavlja iznimku od pravila iz stavka 1. istog članka, kojim je propisano da se sudske odluke ne mogu temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način (nezakoniti dokazi), pa je to iznimno dopušteno samo pod uvjetom da se radi o dokazima pribavljenim kršenjem određenih temeljnih prava iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08 i da se radi o kaznenom postupku

za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava.

Međutim kazneno djelo silovanja iz članka 153. stavka 1. u vezi s člankom 152. stavkom 1. KZ/11 stavljeno na teret okrivljeniku s obzirom na način počinjenja, koji ne prelazi uobičajene okvire počinjenja takvih kaznenih djela, a ni s obzirom na visinu zapriječene kazne (propisana kazna od jedne do deset godina), nema značaj teškog kaznenog djela u smislu članka 10. stavka 3. ZKP/08, a to pravilno utvrđuje i prvostupanjski sud. Takav značaj nema ni okolnost da je terećeno kazneno djelo počinjeno prema stranoj državljanki koja se nalazila na radu u Republici Hrvatskoj, na što u žalbi upozorava državni odvjetnik. Prema tome u konkretnom se slučaju ne radi o takvim okolnostima koje bi opravdavale da postupanje okrivljenika bude smatrano teškim kaznenim djelom, kod kojeg interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08 time što su snimani razgovori bez naloga suca istrage, odnosno bez okrivljenikova znanja i pristanka na takvo snimanje.

Nisu osnovani ni žalbeni navodi državnog odvjetnika da su ispunjeni uvjeti da se kazneno djelo sprječavanja dokazivanja iz članka 306. stavka 1. KZ/11 smatra teškim kaznenim djelom u smislu članka 10. stavka 3. ZKP/08 s obzirom na činjenicu zapriječene kazne te način i motiv njegova počinjenja (u svrhu dokazivanja kaznenog djela silovanja). Naime ocjena o zakonitosti dokaza u smislu potonje citirane zakonske odredbe pretpostavlja prethodno utvrđenje da je određeni dokaz nezakonit u smislu članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08, a potom nužnost ispitivanja radi li se u konkretnom slučaju, između ostalog, o kaznenom djelu iz nadležnosti županijskog suda, što je propisano odredbom članka 19.c ZKP/08. S obzirom na to da ta pretpostavka nije ispunjena, nema uvjeta ni za primjenu odredbe članka 10. stavka 3. ZKP/08.

U kaznenom premetu VSRH I Kž-Us 6/2014, koji je izazvao dosta pažnje u javnosti, prihvaćanjem žalbe Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (USKOK) preinačeno je rješenje optužnog vijeća Županijskog suda u Osijeku na način da se iz spisa neće izdvojiti diktafon na kojem je pohranjen digitalni zapis razgovora optuženika i osobe koja je snimila razgovor u službenim prostorijama Ureda gradonačelnika Grada V., a to je snimanje obavljeno bez naloga suca istrage te bez znanja i odobrenja optuženika, zbog čega je prvostupanjski sud zaključio da je navedena snimka nezakonit dokaz u smislu članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08, dok su ostali dokazi koje je izdvojio iz spisa predmeta nezakoniti u smislu članka 10. stavka 2. točke 4. ZKP/08 jer su nastali preslušavanjem digitalnog zapisa tako snimljenog razgovora.

VSRH smatra da je prvostupanjski sud pogrešno zaključio da u konkretnom slučaju nisu ispunjeni uvjeti iz članka 10. stavka 3. ZKP/08 zbog kojih se ti dokazi ipak neće smatrati nezakonitima. Optuženik se u tom postupku

tereti za počinjenje dvaju kaznenih djela protiv biračkog prava – podmićivanja zastupnika iz članka 339. stavka 2. KZ/11, za koje je, neovisno o zapriječenoj kazni (kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina), u prvom stupnju nadležan županijski sud, i to sukladno članku 19.c stavku 1. točki b) ZKP/08 u svezi s člankom 21. stavkom 2. točkom 1. i člankom 31. Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. Time je ispunjen prvi uvjet za isključenje nezakonitosti dokaza od onih propisanih člankom 10. stavkom 3. ZKP/08. Prema navodima potvrđene optužnice, optuženik se tereti da je kazneno djelo iz članka 339. stavka 2. KZ/11 počinio na način da je u svojstvu gradonačelnika, s ciljem da koaliciji predvođenoj strankom čiji je član osigura većinu u Gradskom vijeću i time omogućiti konstituiranje Gradskog vijeća, ponudio M. B., koja je izabrana s liste druge stranke, mjesto člana nadzornog odbora u jednom trgovačkom društvu, uz mjesečnu naknadu od 2000 kuna, mjesto predsjednice Komisije za europske integracije i time pravo na isplatu naknada na ime dnevnica i putnih naloga za službena putovanja u inozemstvo, kao i novčane naknade u iznosima od 10 000 kuna, 20 000 kuna ili 50 000 kuna, a sve kako bi prešla u drugu stranku ili postala nezavisni vijećnik u Gradskom vijeću i tako na Gradskom vijeću glasovala za prijedloge koalicije koju optuženik predvodi, kao i za prihvaćanje prijedloga proračuna.

Opisanim postupanjem optuženik je iskazao namjeru da svoj položaj i ovlasti koje proizlaze iz njegova svojstva gradonačelnika iskoristi u svrhu izigravanja pravnog sustava i na opisani način izmijeni izvornu volju biračkog tijela izraženu na demokratskim izborima. Naime optuženik je upravo s obzirom na svoj položaj bio odgovoran za uspostavu i očuvanje vladavine prava u društvu kao jedne od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava). Time što je svoju poziciju gradonačelnika, stečenu također na neposrednim izborima, pokušao zlorabiti na prethodno opisani način povrijedio je Ustavom zajamčenu nepovredivost suvereniteta vlasti. Sukladno članku 1. Ustava vlast u RH proizlazi iz naroda i pripada narodu kao zajednici slobodnih i ravnopravnih državljana, koju on ostvaruje izborom svojih predstavnika i neposrednim odlučivanjem. Dakle s obzirom na to da građani u RH sudjeluju u ostvarivanju vlasti preko svojih predstavnika, i to onih koji programima, idejama i ciljevima političkih stranaka čiji su članovi u najvećoj mjeri odražavaju njihovu volju kao birača, nastojanje optuženika da „kupnjom“ vijećničkog mandata članice druge političke stranke izmijeni izvornu biračku volju građana predstavlja izrazitu prijetnju demokraciji. Stoga se s pravom ističe u žalbi USKOK-a da okolnosti konkretnog slučaja, a posebno kad se ima u vidu interes cjelokupnog hrvatskog društva za prevenciju 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 2. ZKP/08 time

što je sniman razgovor bez naloga sudbene vlasti, odnosno bez optuženikova znanja i pristanka na takvo snimanje. Stoga je ocjena VSRH da se dokazi koje je prvostupanjski sud izdvojio iz spisa predmeta kao nezakonite ne smatraju nezakonitima u smislu članka 10. stavka 3. ZKP/08.

U kaznenom predmetu VSRH broj I Kž-Us 72/16 rješenjem od 2. ožujka 2017. godine odbijena je žalba optuženika protiv rješenja Županijskog suda u Zagrebu kojim je odbijen njegov prijedlog da se iz spisa predmeta izdvoji kao nezakonit dokaz snimka videozapisa s internetske stranice *www.youtube.com*. U obrazloženju rješenja navodi se da je prvostupanjski sud izveo pravilan zaključak da se videozapis s internetske stranice *www.youtube.com* može upotrijebiti u postupku kao dokaz sukladno odredbi članka 10. stavka 3. ZKP/08, koja izrijeком propisuje da se ne smatraju nezakonitim dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. istog članka u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanje počinitelja preteže nad povredom prava. Naime u pravu je žalitelj kada navodi da je odredba članka 10. stavka 3. ZKP/08 iznimka od pravila da se sudske odluke ne mogu temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način te da je stoga treba tumačiti krajnje restriktivno. Međutim i prvostupanjski je sud utvrdio da je sporna snimka nastala bez znanja i pristanka optuženika te bez naloga suda, pa je stoga sačinjena povredom Ustavom zajamčenih prava na zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, zaštićenih odredbom članka 35. Ustava RH, i da se stoga ima smatrati nezakonitim dokazom u smislu odredbe članka 10. stavke 2. točke 2. ZKP/08.

Međutim sve okolnosti slučaja upućuju na to da u konkretnom slučaju dolazi u obzir primjena odredbe članka 10. stavka 3. ZKP/08 s obzirom na to da se radi o kaznenim djelima iz nadležnosti županijskog suda, sukladno odredbi članka 19. stavka 1. točke b ZKP/08 u vezi s člankom 21. i člankom 31. Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, pri čemu nije od odlučnog značaja za ocjenu da se radi o težem obliku kaznenih djela samo raspon zapriječene kazne zatvora za svako pojedino djelo. U tom smislu treba reći da je prvostupanjski sud pravilno ocijenio da su kaznena djela počinjena s izrazito velikom količinom kriminalne aktivnosti, pri čemu se optuženik tereti da je organizirao mrežu većeg broja visokopozicioniranih soba u Ministarstvu vanjskih i europskih poslova te Ministarstvu unutarnjih poslova kako bi, s ciljem ostvarenja svog nauma, odnosno pribavljanja znatne imovinske koristi, ishodio čak 59 krivotvorenih putnih isprava i dvije krivotvorene osobne iskaznice na ime osoba koje su mahom članovi kriminalnog miljea u državama izvan RH, čime im je omogućio neometano kretanje unutar RH, a da je pri tome svoju kriminalnu djelatnost proširio i na institucije kao što su veleposlanstva i konzulati RH sa sjedištem u BIH, Republici Srbiji, pa čak i u Bruxellesu.

Sve navedeno, i po ocjeni VSRH, upućuje na zaključak da se u konkretnom slučaju radi o težim oblicima terećenih kaznenih djela, zbog kojih je primjena

odredbe članka 10. stavka 3. ZKP/08 u odnosu na zakonitost sporne video-snimke u cijelosti opravdana i na zakonu utemeljena te da upravo predmetni slučaj čini iznimku od pravila propisanog u članku 10. stavku 1. ZKP/08.

U kaznenom predmetu VSRH broj I KŽ-Us 77/2019 rješenjem od 22. kolovoza 2019. prihvaćena je žalba državnog odvjetnika te je preinačeno rješenje Županijskog suda u Osijeku na način da se iz spisa predmeta neće izdvojiti kao nezakoniti dokaz kopija i prijepis audiosnimke na CD-u/DVD-u snimljenog razgovora između okrivljenika i D. H. U obrazloženju drugostupanjskog rješenja navodi se da je odluka o izdvajanju dokaza kao nezakonitog, koju je donio prvostupanjski sud, utemeljena na pogrešnoj ocjeni o izostanku uvjeta predviđenih u članku 10. stavku 3. ZKP/08. Naime među strankama nije sporno da je snimka razgovora, koji je vođen između okrivljenika i svjedoka D. H., sačinjena bez naloga suca istrage te bez znanja i pristanka osobe čiji se razgovor snima. Tako pribavljenom snimkom razgovora izravno se povrjeđuju Ustavom zajamčena prava osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, zaštićena u članku 35. Ustava RH. S obzirom na mogućnost konvalidacije takva dokaza, propisane u članku 10. stavku 3. ZKP/08, prvostupanjski je sud ocjenjivao radi li se ovdje o teškom obliku kaznenog djela iz nadležnosti županijskog suda te je pogrešno zaključio da činjenični opis kaznenog djela davanja mita iz članka 294. stavka 1. KZ/11, onako kako je navedeno u optužnici, ni po svom načinu izvršenja ni po vrijednosti ponuđenog dara i zakonom zapriječenoj kazni ne predstavlja teški oblik tog kaznenog djela, zbog čega prvi od dva zakonska uvjeta propisana u članku 10. stavku 3. ZKP/08 nije ostvaren. Pri ocjeni treba li neki nezakoniti dokaz konvalidirati VSRH je vodio računa da uvjeti članka 10. stavka 3. ZKP/08 predstavljaju iznimku od pravila, koju treba restriktivno tumačiti, posebno kada su, kao ovdje, ugrožena ustavna prava građana na slobodu i tajnost dopisivanja te drugih oblika općenja. Tajnim i neovlaštenim snimanjem telefonskog razgovora sa svjedokom D. H. zasigurno su povrijeđena okrivljenikova ustavna prava, međutim ona nisu neprikosnoveni u situaciji kada se protiv njega vodi kazneni postupak za teško kazneno djelo iz nadležnosti županijskog suda, a interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegova prava. Žalitelj s pravom upozorava da činjenica da okrivljenik obavlja funkciju zastupnika u Hrvatskom saboru, a mito, prema optužbi, nudi novinaru u vezi s obavljanjem njegova novinarskog posla nije bitna samo s aspekta javnog interesa za progon i kažnjavanje počinitelja, već su njegova svojstva i svrha ponuđenog dara odlučni i za procjenu o kakvu se obliku kaznenog djela ovdje radi. U konkretnom slučaju okrivljeniku je stavljeno na teret da je nuđenjem mita izvršio pritisak na pravo i dužnost novinara da pravodobno izvijesti javnost o njegovim imovinskim (ne)prilikama kao saborskog zastupnika, čime je grubo ugrozio Ustavom zajamčenu slobodu tiska i drugih sredstava priopćavanja (članak 38. Ustava RH) i time ujedno pokušao prikriti informacije koje su nužne za tran-

sparentnost djelovanja državnih dužnosnika. Zbog toga, kad se uzme u obzir karakter javnog djelovanja, kako osobe koja nudi mito tako i one kojoj je mito ponuđeno, te svrhe koja se kriminalnom radnjom htjela postići, tada se, neovisno o vrijednosti ponuđenog dara, ovdje radi o koruptivnom ponašanju koje ima značaj teškog oblika kaznenog djela davanja mita iz članka 294. stavka 1. KZ/11, za koje je postupak nadležan provesti županijski sud. Slijedom toga nesumnjivo postoji interes javnosti za terećeno protupravno postupanje, posebno kada se cijene moguće posljedice za slobodu medija kao neizostavan faktor demokratizacije društva. Stoga je osnovano zaključiti da interes za progon i kažnjavanje počinitelja takva koruptivnog kaznenog djela treba staviti ispred okrivljenikova prava na slobodu i tajnost komuniciranja, tj. da javni interes u konkretnom slučaju preteže nad povredom prava privatnosti okrivljenika. Zaključno, dakle, državni odvjetnik s pravom tvrdi da je primjena članka 10. stavka 3. ZKP/08 u odnosu na zakonitost sporne snimke u cijelosti opravdana jer opisani slučaj čini iznimku od pravila propisanog u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP/08.

U kaznenom predmetu VSRH broj I Kž-Us 31/2012 rješenjem od 25. rujna 2012. odbijene su žalbe USKOK-a i optuženika R. P. protiv rješenja Županijskog suda u Osijeku kojim je izdvojen iz spisa predmeta kao nezakoniti dokaz CD-medij s tajno snimljenim razgovorom između optuženika R. P. i optuženika D. T., potvrda o privremenom oduzimanju predmeta te nalaz i mišljenje vještaka za audiovizualna djela. Iz obrazloženja rješenja proizlazi da drugostupanjski sud smatra da nije u pravu USKOK kada smatra da su izdvojeni dokazi zakoniti jer nisu pribavljeni protivno odredbama članka 10. stavka 2. ZKP/08 budući da prilikom snimanja spornog razgovora optuženik R. P. nije provodio dokazne radnje iz članka 332. stavka 1. ZKP/08, već je to učinio kao građanin, pa se prilikom ocjene zakonitosti tako pribavljenih snimki ne mogu primjenjivati odredbe Zakona o kaznenom postupku koje se odnose na provođenje posebnih dokaznih radnji. Pored toga predmetni razgovor vodio se samo između dvojice optuženika i razgovaralo se isključivo o njihovim poslovnim odnosima, bez zadiranja u privatnost, tako da nema osnove za zaključak da bi snimanje takva razgovora za optuženika dokinulo ustavne kategorije proklamirane u čl. 35. i čl. 36. Ustava RH ni one iz čl. 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, s tim da i nakon izdvajanja optuženik R. P. može iskazivati na okolnost sadržaja snimljenog razgovora, pa bi preslušavanje sporne snimke, da nije izdvojena, imalo samo svrhu kontrole vjerodostojnosti njegova iskaza. Naime u pravu je prvostupanjski sud kada smatra da je snimka razgovora sačinjena bez odobrenja suca istrage te bez znanja jednog od optuženika da se njegov razgovor snima i bez njegova pristanka na takvo snimanje, što sve nije sporno. Dakle s obzirom na to da je razgovor snimljen protivno zakonskim propisima, ta snimka ima se smatrati nezakonitim dokazom u smi-

slu članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08. Prvostupanjski sud u konkretnom slučaju, nakon pravilnog utvrđenja da se radi o nezakonitom dokazu, isto tako pravilno zaključuje da u ovom slučaju nisu ispunjeni uvjeti da se unatoč tome tako pribavljeni dokazi ne smatraju nezakonitim dokazima. Kaznena djela koja se na temelju potvrđene optužnice optuženicima stavljaju na teret – primanje mita u gospodarskom poslovanju iz čl. 294.a st. 2. KZ-a i zlorporaba položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 4. KZ-a – s obzirom na način počinjenja i zaprijećenu kaznu zapravo ne spadaju u teške oblike kaznenih djela u smislu odredbe čl. 10. st. 3. toč. 2 ZKP/08 ni po visini zaprijećenih kazni ni prema činjeničnom stanju koje se optuženicima stavlja na teret, koje ne prelazi uobičajene okvire počinjenja takvih kaznenih djela, ni po visini pribavljene imovinske koristi od oko tri i pol 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.

U kaznenom predmetu VSRH I Kž-Us 2/2016 nije bilo sporno da je svjedok snimio tri razgovora s okrivljenikom bez naloga suca istrage te bez znanja i odobrenja tog okrivljenika te se snimka razgovora ima smatrati nezakonitim dokazom u smislu odredbe članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08 jer su u odnosu na okrivljenika ti dokazi pribavljeni povredom Ustavom zajamčenih prava na zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, zaštićenih odredbom čl. 35. Ustava RH. Taj oblik Ustavom RH proklamirane zaštite osobnog života, sadržane u slobodi općenja, nije moguće derogirati činjenicom da čin snimanja nejavnog razgovora ne predstavlja kazneno djelo iz čl. 143. st. 1. KZ/11, a kako to pogrešno obrazlaže prvostupanjski sud. Također, ta zaštita nije ograničena ni na pitanje radi li se o privatnom razgovoru ili o razgovoru u okviru obavljanja neke poslovne ili službene radnje. Osim toga za ocjenu pribavljanja takva dokaza nije odlučno ni tko je autor takve snimke, odnosno je li u pitanju državno tijelo ili se radi o fizičkoj osobi, jer je smisao zakonitosti pribavljanja dokaza u odnosu na osobu koja obavlja snimanje upravo u osiguranju zaštite osobnih prava i sloboda svake osobe od neovlaštenog snimanja. Točno je da su odredbom čl. 36. st. 2. Ustava RH dopuštene iznimke od slučaja predviđenog st. 1. Ustava RH, koji propisuje da su sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja zajamčeni i nepovredivi, kada je takvo snimanje dopušteno („Samo se zakonom mogu propisati ograničenja nužna za zaštitu sigurnosti države ili provedbu kaznenog postupka“). U takvim slučajevima, odnosno kada se radi o dragovoljnom odricanju snimane osobe od Ustavom RH zaštićene privatnosti, te kada je snimanje obavljeno na temelju naloga suca istrage (pri čemu su Zakonom propisana ograničenja kada se takav nalog može donijeti), snimka se može koristiti kao dokaz, za što u konkretnom slučaju nema uvjeta. Međutim i u slučaju dopuštene snimke iz čl. 36. st. 2. Ustava RH treba napomenuti da zakonodavac ne pravi razliku između privatnog i službenog razgovora.

Nadalje, nisu ispunjene ni pretpostavke za primjenu članka 10. stavka 3. ZKP/08, tj. nije riječ o iznimci od pravila iz stavka 1. istog članka da se sudske odluke ne mogu temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakoniti način (nezakoniti dokazi). To je iznimno dopušteno samo pod uvjetom da se radi o dokazima pribavljenim kršenjem određenih temeljnih prava iz članka 10. stavka 2. točke 2. ZKP/08 i da se radi o kaznenom postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. Naime terećeno kazneno djelo ni s obzirom na način počinjenja takvih kaznenih djela (da je okrivljenik kao službena osoba zahtijevao mito za sebe i druge da izvan granica svoje ovlasti obavi službenu radnju koja bi se morala obaviti), ni s obzirom na visinu zapriječene kazne, ni s obzirom na visinu terećene imovinske koristi, koja je bez sumnje znatna, ali ne takva da bi sama po sebi dala potreban značaj teškog kaznenog djela u smislu čl. 10. st. 3. ZKP/08, ne opravdava da postupanje okrivljenika bude smatrano teškim kaznenim djelom, kod kojeg interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava.

5. ZAKLJUČAK

Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku jedno su od najsloženijih pitanja, čiji je sadržaj u stalnoj evoluciji i razvoju, primarno zbog praktične vrijednosti i kazuističke prirode. Dakle kroz analizu sudske prakse upravo se može pratiti evolucija i razvoj teorije odvagivanja, koja s jedne strane uzima u obzir javni interes kaznenog progona za teške oblike kaznenih djela, a s druge strane interes zaštite temeljnih prava i sloboda pojedinaca. Zakon o kaznenom postupku, kao i Ustav RH, postavili su granice sudačkoj diskreciji s obzirom na vezu sa zaštitom temeljnih ljudskih prava. Odvagivanje pravnih dobara u pravnom poretku postupak je kroz koji se konkretizira načelo razmjernosti. Povreda prava mora biti bitno manja od težine kaznenog djela, a konvalidacija nezakonitih dokaza ne može se odnositi na one dokaze koje zakon izričito predviđa kao nezakonite.

Mogućnost konvalidacije dokaza svakako je napredak u razvoju nezakonitih dokaza, ali ta mogućnost nameće sudovima vrlo složenu zadaću. Kao što je vidljivo iz prezentiranih primjera sudske prakse, u novije je vrijeme razvijena relativno opsežna sudska praksa u vezi s mogućnosti uporabe potajnih privatnih audio- i videosnimki u dokaznom postupku. Iznimka iz članka 10. stavka 3. ZKP/08, osobito nakon što je položila „test ustavnosti“ i nakon što je izmjenama i dopunama Zakona pojednostavljena i precizirana, omogućila je da sudovi izgrađuju teoriju odvagivanja s jedne strane povrede temeljnog ljudskog prava, a s druge strane javnog interesa za kazneni progon. Nema sumnje da je

javni interes za kazneni progon i kažnjavanje počinitelja svakako izraženiji kada se radi o teškim oblicima kaznenih djela iz nadležnosti županijskih sudova. Primjeri sudske prakse jasno pokazuju da sudovi, važući povredu prava s javnim interesom za kazneni progon i kažnjavanje počinitelja, apstraktnu težinu kaznenog djela, koja se ogleda u zaprijećenoj kazni, nadograđuju pojedinačnim konkretnim okolnostima počinjenja kaznenog djela, kao i značajem kaznenog progona za širu društvenu zajednicu.

Pojedini autori,¹⁸ polazeći od primjera u kojima je bila odbijena primjena članka 10. stavka 3. ZKP/08, izražavaju mišljenje da bi se krug kaznenih djela na koja se ta odredba može primijeniti trebao proširiti te da bi se na taj način trebalo omogućiti vaganje suprotstavljenih društvenih vrijednosti i ustavnih načela u većem broju slučajeva, jer interes kaznenog progona postoji kod svih kaznenih djela, a ne samo kod najtežih. Međutim svakako bi se trebalo prikloniti stavovima¹⁹ koji zagovaraju da se konvalidacija nezakonitih dokaza ograniči samo na teška i najteža kaznena djela.

Konačno, u primjeni odredbe članka 10. stavka 3. ZKP/08 ne treba zaboraviti korektiv koji proizlazi iz stavka 4. istog članka, a koji izrijeком propisuje da se sudska odluka ne može isključivo temeljiti na konvalidiranom dokazu.

LITERATURA

1. Bojanić, I./Đurđević, Z.: Dopusštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, HLJKPP 2/2008.
2. Carić, M.: Novosti u sustavu nezakonitih dokaza s osobitim osvrtom na čl. 10. st. 3. i 4. ZKP/08, HLJKPP 2/2010.
3. Dragičević Prtenjača, M.: Kaznena djela neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja te neovlaštenog slikovnog snimanja s osvrtom na praksu Europskog suda za ljudska prava i elaboracijom pojmova privatnosti i neovlaštenosti, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, 1/2014.
4. Krapac, D.: Kazneno procesno pravo: Institucije, Narodne novine, 7. izdanje, 2015.
5. Krapac, D.: Nezakoniti dokazi prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3/2010.
6. Martinović, I./Kos, D.: Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava, HLJKPP 2/2016.
7. Martinović, I./Tripalo D.: Zvučno i slikovno snimanje u kaznenom materijalnom i procesnom pravu – teorijski i praktični izazovi novih tehnologija i zakonskih rješenja, HKLJPP 2/2017.
8. Omejec, J.: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Novi informator, 2013.

¹⁸ I. Martinović, D. Tripalo: Zvučno i slikovno snimanje u kaznenom i materijalnom i procesnom pravu, Ljetopis (Zagreb), vol. 24., br. 2/2017, str. 518.

¹⁹ I. Bojanić, Z. Đurđević: Dopusštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Ljetopis (Zagreb), vol. 15, br. 2/2008, str. 1003.

9. Pavišić, B.: Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku – opći pregled, Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2009., Inženjerski biro, 2009.
10. Svedrović, M.: Nezakoniti dokazi kao odraz primjene načela razmjernosti u ocjenjivanju zakonitosti dokaza u kaznenom postupku (čl. 10. st. 3. toč. 2. ZKP-a), Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2009., Inženjerski biro, 2009.

Summary

USE OF SECRETLY RECORDED TECHNICAL RECORDINGS IN EVIDENTIARY PROCEEDINGS

The accelerated progress of technical disciplines brings with it great potential dangers and threatens fundamental rights. Conditions are created for penetration into the most hidden parts of human intimacy and open some fundamental questions of the admissibility and limits of the application of certain means of evidence. Technology today makes audio and video recording extremely easy and accessible to many. The recordings are easily and permanently stored in digital form, and can contain data that can seriously violate the privacy of the recorded person. On the other hand, society's aspiration to prosecute and punish perpetrators of serious crimes is particularly pronounced. Effective prosecution of perpetrators of crimes and the prevention and punishment of perpetrators are positive obligations of the state under international law, such as the obligation of the state and the protection of fundamental human rights. Striking a balance between public interest and the protection of individual rights can be achieved by applying the theory of comparison or weighing, which basically contains the principle of proportionality. This paper discusses how jurisprudence has responded to the demanding task prescribed by the CPA in Article 10, paragraph 3. This provision enables the convalidation of illegal evidence under Article 10, paragraph 2, point 2 of the CPA if it is a serious form of criminal offence within the jurisdiction of the county court, in which the interest of criminal prosecution and the punishment of the perpetrator prevail over the violation of rights. Special emphasis is placed on the criteria for the convalidation of illegal evidence in the case of secretly recorded private recordings from the aspect of the right to the inviolability of personal and family life (the right to privacy).

Keywords: principle of proportionality, right to inviolability of personal and family life, secretly recorded audio and video recordings.