

**Dr. sc. Igor Martinović\***  
**Damir Kos\*\***

## **NEZAKONITI DOKAZI: TEORIJSKE I PRAKTIČNE DVOJBE U SVJETLU PRAKSE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA**

*U početnom dijelu rada izlažu se temeljni teorijski sadržaji vezani za vrste, podrijetlo i svrhu dokaznih zabrana. U nastavku slijedi osvrt na dokazne zabrane u njemačkoj kaznenoprocenoj teoriji, zakonodavstvu i praksi. U središnjem dijelu rada raspravlja se o dokazima čija uporaba dovodi do povrede prava na pravičan postupak propisanog čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. S time u vezi ispituje se kada do ocjene Europskog suda za ljudska prava o postojanju povrede prava na pravičan postupak dovodi upotreba dokaza pribavljenog povredom čl. 3. Konvencije, a kada je ta ocjena rezultat ispitivanja pravičnosti postupka kao cjeline. U posebnom se poglavlju ispituju slučajevi povrede čl. 6. Konvencije poticanjem na kazneno djelo i primjenom „posebnih istražnih metoda“. Slijedi analiza mehanizama izvršenja presuda Europskog suda za ljudska prava, koja je u kontekstu nezakonitih dokaza osobito relevantna zbog mogućnosti obnove kaznenog postupka. U završnom se dijelu rada o nezakonitim dokazima raspravlja iz perspektive Zakona o kaznenom postupku, pri čemu se osobito uzima u obzir recentna sudska praksa. U sklopu navedenog u zasebnim se odlomcima razmatraju procesne posljedice korištenja nezakonitih dokaza i pojedine kategorije nezakonitih dokaza prema čl. 10. st. 2., nakon čega se raspravlja o odvagivanju interesa kaznenog progona i povrede prava predviđenom u čl. 10. st. 3. Zakona o kaznenom postupku. U zaključku se iznose i prijedlozi de lege ferenda.*

*Ključne riječi: nezakoniti dokazi, pravo na pravičan postupak, bitne povrede odredaba kaznenog postupka, odvagivanje interesa*

---

\* Dr. sc. Igor Martinović, docent na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

\*\* Damir Kos, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

## 1. UVOD

U području nezakonitih dokaza na poredbenom se planu pojavljuju vrlo raznolika rješenja: od skepse prema bilo kakvim dokaznim zabranama pa do ekstenzivne zakonske regulacije predmetnog pitanja. Takva šarolikost, dakako, nije tek rezultat hira pojedinog zakonodavca, već za nju postoje dublji razlozi: regulacija dokaznih zabrana odražava ocjenu zakonodavca o važnosti dviju suprotstavljenih društvenih vrijednosti. Prva je od tih vrijednosti spoznaja istine u kaznenom postupku – jer se jedino na pravilno utvrđene činjenice može nadovezati primjena materijalnog kaznenog prava, a druga zaštita individualnih prava okrivljenika, koja nameće potrebu za susprezanjem državnih tijela koja zahvaćaju u ta prava. Društvena demokratizacija dovela je do zaokreta u shvaćanju međusobnog odnosa tih dviju vrijednosti: od stava prema kojem „društveni interes zahtijeva da se ustanovi potpuna i neosporna istina o činjenicama koje tvore osnovu okrivljenikove krivične odgovornosti“<sup>1</sup> do shvaćanja da je spoznaja istine tek jedna od vrijednosti kojoj treba stremiti kazneni postupak, tj. da kazneni postupak služi „šarolikoj mješavini ciljeva“.<sup>2</sup>

Posljednja je dva desetljeća u hrvatskoj teoriji i praksi zamjetan trend pojačanog interesa za problematiku nezakonitih dokaza. U tom je smislu prekretnicu predstavljalo uvođenje čl. 9. ZKP/97, kojim je pojam nezakonitih dokaza zakonski definiran, a i sve razvijenija praksa Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP), osobito u kontekstu čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija). Sve su te promjene dovele do pojavljivanja nemalog broja nejasnoća i kontroverzi, na koje ćemo pokušati odgovoriti u ovom radu i time opovrgnuti rašireni stav, o kojem je Damaška govorio još sredinom prošlog stoljeća, da se kod nezakonitih dokaza „radi o delikatnom pitanju o kojem teorija ne može nešto određenije kazati, (...) pa se nekako rezignirano prepušta životu prava da pronade put u toj zapletenoj materiji.“<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Bayer, Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga prva, Narodne novine, 1991, str. 168.

<sup>2</sup> Damaška, Truth in adjudication, u: Faculty Scholarship Series, Paper 1575, Yale Law School, 1998, str. 305.

<sup>3</sup> Damaška, Procesne posljedice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljeni način, Naša zakonitost, 3-6/1960, str. 220.

## 2. VRSTE DOKAZNIH ZABRANA

U teoriji se dokazne zabrane dijele u dvije temeljne skupine: zabrane prikupljanja dokaza (*Beweiserhebungsverbote*) i zabrane ocjene dokaza (*Beweisverwertungsverbote*).<sup>4</sup> Cilj prve skupine zabrana, kod nas poznatih i pod imenom sprečavajuće dokazne zabrane,<sup>5</sup> jest spriječiti procesno tijelo da prikuplja određene dokaze ili da dokaze prikuplja na određeni način.<sup>6</sup> Povrijedi li procesno tijelo pojedinu sprečavajuću dokaznu zabranu (tj. prikupi li dokaz kršeći propisanu procesnu formu), postavlja se pitanje smiju li se takvi dokazi koristiti pri utvrđivanju činjenica u kaznenom postupku. Kada se na sprečavajuću nadovezuje otklanjajuća dokazna zabrana (tj. zabrana ocjene dokaza),<sup>7</sup> takvi se dokazi ne smiju koristiti (npr. kada je iskaz okrivljenika pribavljen mučenjem). Mogući su međutim i slučajevi u kojima se na sprečavajuću ne nadovezuje otklanjajuća dokazna zabrana; za takve dokaze ne postoji apriorna zabrana korištenja iako su prikupljeni na način koji je protivan propisanoj formi.<sup>8</sup>

Sagledamo li hrvatsko pozitivno pravo kroz prizmu navedene teorijske podjele, primjećuje se da zakonodavac pojmom „nezakoniti dokazi“ označava dokaze kojima se krši otklanjajuća dokazna zabrana (zabrana ocjene dokaza). Tako je taj pojam shvaćen u čl. 10. st. 2. i 3. ZKP-a. Doduše, u čl. 10. st. 1. nezakoniti dokazi definirani su kao dokazi „pribavljeni“ na nezakonit način, a sličnu odredbu sadržava i Ustav (čl. 29. st. 4.), no to ne znači da pojam nezakonitih dokaza obuhvaća sve dokaze kojima se krši sprečavajuća dokazna zabrana.<sup>9</sup> U suprotnom bi bilo zabranjeno korištenje svakog dokaza pribavljenog povredom propisane procesne forme, što je neodrživo tumačenje, uz koje Ustavni sud ne pristaje ni u jednoj od pregledanih četrdeset odluka o ustavnim tužbama u vezi

---

<sup>4</sup> U njemačkoj teoriji te se dvije skupine dokaznih zabrana dijele na daljnje podskupine, npr. na samostalne i nesamostalne zabrane ocjene dokaza (v. npr. Dencker, *Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Carl Heymann, 1977, str. 27).

<sup>5</sup> Krapac, Prilog razmatranju pojma dokaznih zabrana u suvremenom krivičnom postupku, *Pravni vjesnik*, 1/1990, str. 14.

<sup>6</sup> Opširnije Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28. izdanje, C. H. Beck, 2014, 5. poglavlje. Za jezgrovit teorijski pregled navedenih dviju vrsta dokaznih zabrana v. npr. Chao, *Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht*, Duncker & Humblot, 2009, str. 21-32. Iscrpno o tome Jäger, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, C. H. Beck, 2003.

<sup>7</sup> Zabranu ocjene dokaza možemo definirati i kao „zabranu izvlačenja zaključaka o činjenicama radi dokazivanja“ (Jäger, op. cit., str. 279).

<sup>8</sup> To, dakako, ne isključuje moguću (kaznenu ili drugu pravnu) odgovornost osobe koja je povrijedila sprečavajuću dokaznu zabranu (npr. policijskog službenika).

<sup>9</sup> Tako i Krapac, *Kazneno procesno pravo* (knjiga prva: Institucije), 7. izdanje, 2015, str. 452.

s čl. 29. st. 4. Ustava.<sup>10</sup> Prema tome čl. 29. st. 4. Ustava i čl. 10. st. 1. ZKP-a ne mogu se – usprkos nespretnom izričaju – shvatiti kao automatsko nadovezivanje otklanjajućih na sprečavajuće dokazne zabrane, nego jedino kao odredbe kojima se osnažuje zabrana kršenja otklanjajućih dokaznih zabrana.

### 3. PODRIJETLO I SVRHA DOKAZNIH ZABRANA

Istražujući genezu i svrhu dokaznih zabrana, osvrnut ćemo se, za početak, na razloge ekstenzivnog reguliranja pitanja ekskluzije dokaza u angloameričkom pravu. Kao što je poznato, o krivnji ondje ne odlučuje profesionalni sudac, nego laička porota. S obzirom na to da porota nije dužna obrazlagati pravorijek, ona ne mora pristupiti verbalizaciji svojeg procesa odlučivanja, tj. kreirati koherentan pisani narativ iz kojega bi bilo jasno kojim je dokazima poklonila vjeru. Stoga postoji velika opasnost da će na porotu presudno utjecati dokazi koji ne sadrže dovoljnu mjeru pouzdanosti. Kako upozorava Damaška, porota bi se, da nije dokaznih zabrana, pri utvrđivanju činjenica mogla povesti i za iracionalnim unutarnjim uvjerenjem jer ga ionako nikome ne mora obrazlagati. U tom smislu korektiv velikoj slobodi porote predstavljaju „prikrivena pravila o snazi dokaza“,<sup>11</sup> koja se u prvom redu svode na onemogućavanje njezina kontakta s nepouzdanim dokazima, ili pak – ako je porota već došla u dodir s takvim dokazima – na upute porotnicima od strane suca.<sup>12</sup>

Klasični inkvizitorni postupak nije se susretao sa specifičnim problemima koji proizlaze iz porotnog sudovanja. Početni zanos nakon Francuske revolucije u pogledu sudjelovanja laika u pravosuđu brzo je splasnio te je porotni sustav ubrzo zamijenjen prisjedničkim sudovanjem, u kojem je izrazito dominantan postao profesionalni sudac. Kako je sudac u takvu sustavu dužan obrazložiti svoju odluku, on ne može pobjeći od logičkih pravila, odnosno slobodu dokaza shvatiti toliko široko da bi mu omogućavala slobodu od općeljudskog iskustva. Stoga su se u kontinentalnom pravu dokazne zabrane počele pojavljivati tek po sazrijevanju svijesti da istina nije jedini cilj kaznenog postupka, nego da pozornost treba pridati i zaštiti drugih društvenih vrijednosti. Prvi njemački autor koji je uočio problematiku dokaznih zabrana početkom XX. st. bio je Beling,<sup>13</sup> koji je dokazne zabrane definirao kao samoograničenja istra-

---

<sup>10</sup> www.usud.hr, pristup 13. rujna 2016.

<sup>11</sup> Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2001, str. 3.

<sup>12</sup> Podrobnije o tome v. Damaška, *Izazovi slobodnoj ocjeni dokaza*, HLJKPP, 1/1995, str. 44-46.

<sup>13</sup> Pojam dokaznih zabrana inaugurirao je 1902. godine u monografiji pod naslovom *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*.

živanja kaznenih djela u djelatnosti kaznenog progona. Rasprava o dokaznim zabranama, protkana dubljim refleksijama o svrhama i ciljevima kaznenog postupka, traje već dulje od stoljeća. Od prvotne usredotočenosti na pitanje pouzdanosti dokaza pribavljenih kršenjem procesnih pravila, tj. od nastojanja da se osigura visoka kvaliteta procesne radnje, težište se pomaknulo k nastojanju da se zaštite ljudska prava okrivljenika i da se s njime općenito humano postupa. Iako se u kaznenom postupku kakav je njemački, čija je nit vodilja načelo materijalne istine, dokaznim zabranama i danas pristupa s određenom dozom sumnjičavosti, one su s vremenom stekle opću prihvaćenost. I njemački Savezni vrhovni sud (BGH) priklonio se stajalištu da istinu ne treba istraživati „po svaku cijenu“,<sup>14</sup> dok doktrina smatra da dokazne zabrane predstavljaju „neuralgičnu točku kaznenog postupka usklađenog s načelom pravne države“ (*rechtsstaatliches Strafverfahren*).<sup>15</sup>

Teorijske rasprave o svrsi dokaznih zabrana kreću se u više smjerova. Prvo je stajalište etički utemeljeno: prema njemu svrha je otklanjajućih dokaznih zabrana procesna „čistoća“ jer one osnažuju vjerodostojnost države kao nositelja funkcije kaznenog progona.<sup>16</sup> Potrebe održavanja sigurnosti i javnog reda u drugom su planu. Drugi autori, primjerice Otto,<sup>17</sup> svrhom zabrana smatraju ostvarenje specijalpreventivne svrhe kazne. Naime resocijalizacija počinitelja može uslijediti isključivo ukoliko je postupak koji je prethodio izricanju kazne pravičan jer počinitelj jedino rezultate takva postupka može prihvatiti kao pravedne. Počiniteljevo povjerenje u zakonitost postupka jest *condicio sine qua non* svih kasnijih specijalpreventivnih zahvata. Prema trećoj koncepciji u prvom je planu generalpreventivna svrha kažnjavanja: provođenje postupka sukladno procesnim odredbama nužno je radi uspostavljanja i reafirmacije pravne svijesti zajednice.

Sljedeća moguća funkcija dokaznih zabrana, ujedno i jedna od najspominjanijih, jest discipliniranje tijela kaznenog progona. Zagovornici te funkcije (mnogobrojni u angloameričkoj pravnoj kulturi) zadaćom dokaznih zabrana smatraju utjecaj na tijela kaznenog progona da se pridržavaju procesnih odredaba. Nesporno je da se ekskluzijom dokaza doista potiču tijela kaznenog progona, ponajprije policija, da se strogo pridržavaju zakonom propisanog načina prikupljanja dokaza. No Damaška naglašava da se djelotvornost ekskluzije u tom kontekstu često prenaplašava,<sup>18</sup> za što postoje i empirijski podaci priku-

---

<sup>14</sup> BGHSt 14, 258, 365.

<sup>15</sup> Roxin/Schünemann, op. cit., 5. poglavlje.

<sup>16</sup> Koriath, Über Beweisverbote im Strafprozeß, Peter Lang, 1994, str. 60-61.

<sup>17</sup> Otto, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1970, str. 297.

<sup>18</sup> Damaška, Procesne posljedice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljeni način, Naša zakonitost, 3-6/1960, str. 228.

pljeni istraživanjima američkih autora.<sup>19</sup> U SAD-u i nekim drugim sustavima koje karakterizira paritetni (koordinirani) model organizacije vlasti, inzistiranje na discipliniranju policije kao stožernom razlogu za postojanje dokaznih zabrana ipak ima svoju inherentnu logiku. Ondje policija nije hijerarhijski ustrojena na državnoj razini ni na razini saveznih država, nego na lokalnoj razini, zbog čega je uvođenje discipline znatno otežano. Zabacivanje dokaza stoga je često jedini način da se osigura dosljedno poštovanje procesne forme. Međutim, u zemljama u kojima je policija čvrsto hijerarhijski strukturirana, što je uobičajeno u kontinentalnom pravnom krugu, pa tako i u Hrvatskoj, discipliniranje se može provoditi na druge načine, u prvom redu pomoću nadzora viših razina nad radom nižih razina, neovisno o tome koliko će strogo biti uređen sustav ekskluzije dokaza.

I samo načelo materijalne istine predstavlja, prema nekim autorima,<sup>20</sup> jednu od svrha dokaznih zabrana. Određena su dokazna sredstva neprikladna za spoznavanje istine pa im treba onemogućiti utjecaj na sud pri utvrđivanju činjeničnog stanja. Primjerice psihički ili fizički utjecaj na svijest i volju okrivljenika nisu neprihvatljivi samo iz aspekta temeljnih prava nego i zato što predstavljaju prepreku izvođenju pouzdanog zaključka o postojanju, odnosno nepostojanju određenih činjenica. Međutim zaključak o spoznajnoj neprikladnosti vrijedi tek ograničeno: iako je na primjer iskaz iznuđen torturom u spoznajnom smislu vrlo upitan, on hipotetski može dovesti i do spoznaje istine. Prema tome, umjesto da predstavljaju oživotvorenje načela materijalne istine, dokazne zabrane češće predstavljaju njegovu protutežu. U današnjoj pravnoj doktrini stoga vrijedi pravilo da je „granica istraživanja materijalne istine ujedno i granica dokaznih zabrana“.<sup>21</sup> Činjenica da je pojedino dokazno sredstvo upitno u spoznajnom smislu može predstavljati tek dodatan razlog propisivanju određene dokazne zabrane, a samo iznimno može izbiti u prvi plan.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Krapac, Procesnopravni aspekt utvrđivanja činjeničnog stanja, *Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3-4/1981, str. 554; cit. prema: Karas/Jukić, *Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu*, HLJKPP, 2/2009, str. 611.

<sup>20</sup> Usp. Dencker, op. cit., str. 39.

<sup>21</sup> Schwaben, *Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverbotten*, Cuvillier, 2005, str. 12.

<sup>22</sup> Opširnije o svrsi dokaznih zabrana v. Kalb, *Die funktionale Begründung strafprozessualer Beweisverbote*, Verlag dr. Kovač, 2006.

#### 4. KOMPARATIVNI OSVRT: DOKAZNE ZABRANE U NJEMAČKOM PRAVU

Za razliku od zemalja *common law*a, u kojima je judikatura bila ta koja je razvila složen sustav ekskluzivskih pravila, u kontinentalnom su se sustavu – razumljivo – pojavile težnje da se to područje izrijeком zakonski uredi. Iako se pojam dokaznih zabrana (*Beweisverbote*) u doktrini pojavio još na samom početku XX. st., njemački se zakonodavac tek nakon Drugog svjetskog rata ozbiljnije prihvatio izričitog propisivanja otklanjajućih dokaznih zabrana. Prva zabrana ocjene dokaza zakonski je propisana 1950., kao reakcija na autoritarnu postupovnu praksu Trećeg Reicha. Riječ je o odredbi § 136a st. 3. StPO-a, kojom se propisuje zabrana upotrebe dokaza pribavljenog različitim oblicima fizičkog i psihičkog zlostavljanja okrivljenika. Ta je zabrana apsolutna: tako pribavljeni iskazi ne smiju se koristiti ni kada se okrivljenik s time složi. Tek u novije vrijeme, potaknut praksom Saveznog ustavnog suda, zakonodavac je toj otklanjajućoj dokaznoj zabrani pridružio još desetak drugih, koje se međusobno znatno razlikuju, kako u pogledu *ratio legis* tako i po pravnom učinku.<sup>23</sup> Neke od tih novijih zabrana relativnog su karaktera: rezultati takvih dokaznih radnji mogu se koristiti ukoliko na to okrivljenik pristane. U nomotehničkom pogledu zanimljivo je naglasiti da su one smještene unutar članaka na koje se tematski nadovezuju. Drugim riječima, zakonodavac prvo propisuje pravilnu procesnu formu i/ili sprečavajuću dokaznu zabranu, a potom u istom članku definira ograničenja u korištenju dokaza pribavljenih kršenjem sprečavajuće dokazne zabrane.

Osim *ex lege* zabrana ocjene dokaza, njemačko pravo poznaje i zabrane ocjene dokaza koje nisu izrijeком zakonski propisane. One su u njemačkom pravu u većini. U izostanku razvoja sveobuhvatnog teorijskog učenja o dokaznim zabranama, kojima bi se na jedinstven način definiralo kada dokazna zabrana pribavljanja dokaza prelazi u zabranu ocjene dokaza, taj dio materije ostao je u bitnom dijelu prepušten sudskoj praksi.<sup>24</sup> Riječ je o kontroverznoj problematici utemeljenoj na tzv. teoriji odvagivanja (*Abwägungstheorie*), koja je orijentirana prema razrješavanju pojedinačnih slučajeva.

Temelj odvagivanja predstavlja tzv. teorija pravnih krugova (*Rechtskreis-theorie*), razvijena od strane Saveznog vrhovnog suda, prema kojoj u slučaju kršenja sprečavajuće dokazne zabrane postojanje revizijskog razloga, a samim time i mogućnost korištenja dokaza, ovise o tome pogađa li povreda u bitnoj mjeri pravni krug okrivljenika ili je pak od manjeg značenja.<sup>25</sup> Ta teorija razli-

---

<sup>23</sup> Roxin/Schünemann, B., op. cit., 5. poglavlje.

<sup>24</sup> Usp. Schaal, Beweisverwertungsverbot bei informatischer Befragung im Strafverfahren, Tenea, 2002, str. 66.

<sup>25</sup> BGHSt 11, 213.

kuje tri pravna kruga: poslovni, osobni i privatni (intimni). Dokazi pribavljeni povredom prava iz kruga poslovnih aktivnosti uvijek se mogu vrednovati. Dokazi iz drugog kruga načelno su upotrebljivi, ali se podvrgavaju sudskom odvagivanju suprotstavljenih vrijednosti. Treći i najzaštićeniji krug predstavlja intimna sfera čovjeka, unutar koje je pribavljanje, izvođenje i ocjenjivanje dokaza u potpunosti zabranjeno.

Jedan od ključnih prigovora toj teoriji sastoji se u tome da je neprimjereno dijeliti procesne propise na one koji su namijenjeni zaštiti okrivljenika i na one koji to nisu jer je u interesu okrivljenika ne samo zaštita njegovih ljudskih prava tijekom procesa nego i sposobnost postupka da iznjedri pravedan ishod. Za potonje su pak bitna sva procesna pravila koja doprinose takvu ishodu, a ne samo ona koja unapređuju okrivljenikov procesni položaj. Prilagođenu verziju teorije pravnog kruga predstavlja teorija zaštitne funkcije (*Schutzwecktheorie*), koja dopušta vrednovanje dokaza čijim je prikupljanjem povrijeđena sprečavajuća dokazna zabrana, pod uvjetom da se to slaže sa zaštitnom funkcijom povrijeđene norme. Primjerice zabrana da pretragu osobe obavi osoba suprotnog spola, koja služi zaštiti od pojavljivanja osjećaja srama kod okrivljenika, iscrpljuje se – prema toj teoriji – u sprečavajućoj dokaznoj zabrani, bez mogućnosti da se na nju nadoveže otklanjajuća dokazna zabrana.

Problematici dokaznih zabrana veliku je pozornost posvetio i Savezni ustavni sud. Dok starija praksa<sup>26</sup> prava okrivljenika smatra korektivom načelu materijalne istine, novija judikatura<sup>27</sup> ide korak dalje i prava okrivljenika uzdiže na isti rang s načelom materijalne istine, tako da pri odvagivanju zahtjev za potpunim utvrđivanjem činjeničnog stanja više ne preteže *a priori* nad temeljnim pravima okrivljenika. Trend osnaživanja okrivljenikovih prava na račun interesa kaznenog progona intenzivirao se posljednjeg desetljeća. Primjer je za to odluka Saveznog ustavnog suda prema kojoj su povrede „središnjeg područja“ privatnog života (*Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung*) protivne ljudskom dostojanstvu i samim time u dokaznom smislu apsolutno nedopustive.<sup>28</sup>

Daljnje izlaganje o kriterijima odvagivanja u njemačkoj sudskoj praksi predstavljalo bi prevelik odmak od osnovne teme rada. No i relativno površan prikaz daje nam za pravo izvesti određene zaključke o kriterijima na temelju kojih Savezni sud i Savezni ustavni sud vrše odvagivanje. U svakom pojedinom slučaju koji nije zakonom izričito predviđen kao otklanjajuća dokazna zabrana, osim kada se radi o povredi „središnjeg područja“ (*Kernbereich*) privatnog života, odvaguju se suprotstavljene društvene vrijednosti: s jedne strane onih čijoj provedbi kazneni postupak služi (spoznaji materijalne istine i poslje-

---

<sup>26</sup> Npr. BVerfGE 80, 367, 375.

<sup>27</sup> Npr. BVerfG, 1 BvR 1611/96.

<sup>28</sup> BVerfG, 1 BvR 2378/98.



dičnoj primjeni materijalnog prava) te onih koje se tijekom postupka povređuju (prava okrivljenika). Riječ je o kazuističkom pristupu, koji doduše pati od svih onih boljki od kojih inače pati kazuistika, ali se istovremeno nastoji izdići iznad razine puke praktične dovitljivosti i pronaći dublje utemeljenje u osnovnim ustavnim načelima. Pogled njemačke prakse i doktrine na problematiku dokaznih zabrana sažima odluka Saveznog ustavnog suda<sup>29</sup> u kojoj se navodi da „ne postoji pravno pravilo koje bi sadržavalo neoborivu zabranu vrednovanja dokaza pribavljenih na pravno deficijentan način. Za odlučivanje o pitanju koje posljedice ima povreda kaznenoprocesnih propisa i postoji li u konkretnom predmetu zabrana ocjene dokaza nadležni su u prvom redu redovni sudovi. Njihova ustaljena, nearbitrarina praksa polazi od toga da je kaznenom procesnom pravu stran princip prema kojem svaka povreda forme pribavljanja dokaza povlači za sobom kaznenoprocesnu zabranu ocjene dokaza, te da se to pitanje uvijek treba rješavati prema okolnostima konkretnog slučaja, uzimajući u obzir, pri vaganju suprotstavljenih interesa, naročito tip zabrane i težinu povrede. (...) Zabrana ocjene dokaza predstavlja iznimku, koja se priznaje jedino ako je izričito zakonom propisana ili ako za to u pojedinom slučaju postoje izuzetno važni razlozi.“

## **5. DOKAZI ČIJA UPORABA PREDSTAVLJA POVREDU ČL. 6. KONVENCIJE U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA**

### **5.1. Nezakonit dokaz kao potencijalna povreda čl. 6. Konvencije**

Kada govorimo o praksi ESLJP-a u području dokaznih zabrana, pojam nezakonitih dokaza treba shvatiti uvjetno: taj sud ne provjerava je li određen dokaz nezakonit po nacionalnom pravu, nego je li korištenje tog dokaza protivno Konvenciji. Nezakonitost dokaza prema nacionalnom pravu relevantna je jedino ako ujedno predstavlja i povredu konvencijskog prava. ESLJP naime ne smatra svojom funkcijom „baviti se činjeničnim ili pravnim pogreškama koje je navodno počinio nacionalni sud, osim i u onoj mjeri u kojoj su te pogreške povrijedile prava i slobode zaštićene Konvencijom“ (*Schenk protiv Švicarske*, § 45; *Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 42; *Lisica protiv Hrvatske*, § 259). Iako čl. 6. Konvencije jamči pravo na pravičan postupak, on ne postavlja nikakva pravila o dopuštenosti dokaza ili načinu na koje ih treba ocjenjivati te su to stoga ponajprije pitanja koja trebaju urediti domaće pravo i domaći sudovi (*Schenk protiv Švicarske*, § 46; *Lisica protiv Hrvatske*, § 259).

---

<sup>29</sup> 2 BvR 2225/08.

Zabranu korištenja nezakonitih dokaza ESLJP ne smatra ni općim ni posebnim elementom pojma pravičnog postupka<sup>30</sup> pa mu ne preostaje drugo nego priznati da je ta problematika ponajprije predmet regulacije nacionalnog zakonodavca (*Schenk protiv Švicarske*, § 45-46; *Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 42; *Heglas protiv Češke*, § 84; *Mulosmani protiv Albanije*, § 124). Ipak, ocjenjivanje pravičnosti postupka kao cjeline (*as a whole*) pred ESLJP-om uključuje i proces pribavljanja, odnosno upotrebe dokaza. Postupak ocjenjivanja pravičnosti „uključuje ispitivanje navodne nezakonitosti te, u slučaju da postoji povreda drugog konvencijskog prava, prirode ustanovljene povrede“ (*Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 34; *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 76; *Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 42; *Jalloh protiv Njemačke*, § 94-95). Iz navedenog se može iščitati da Sud povredu čl. 6. Konvencije može ustanoviti tako da utvrdi povredu neke druge konvencijske odredbe – ponajprije čl. 3. (zabrana mučenja) ili čl. 8. (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja) – koja je u konkretnom slučaju bila takve prirode da je dovela do povrede prava na pravičan postupak, ali i u ostalim slučajevima kada ocijeni da postupak kao cjelina (*the trial as a whole*) nije bio pravičan.

## 5.2. Dokazi pribavljeni povredom čl. 3. Konvencije

Do povrede prava na pravičan postupak može dovesti u prvom redu povreda zabrane mučenja (čl. 3. Konvencije). S obzirom na to da je riječ o apsolutnom pravu (tj. pravu koje se ne može nikada, pa ni u stanju nužde, ograničiti ili ukinuti),<sup>31</sup> upotreba dokaza pribavljenih povredom te zabrane uvijek „izaziva ozbiljna pitanja glede pravičnosti takva postupka“, pa i onda kada takav dokaz nije ključan za osudu (*Harutjunjan* [eng. Harutyunyan] *protiv Armenije*, § 63; *Jalloh protiv Njemačke*, § 99 i § 105;<sup>32</sup> *Gäfgen protiv Njemačke*, § 165).

Ne dovodi ipak svaka povreda čl. 3. automatizmom do povrede čl. 6. Konvencije. Treba razlikovati iskaze od ostalih dokaza (tzv. stvarni dokazi, dokazi kojih je nositelj predmet,<sup>33</sup> *real evidence*) pribavljenih povredom čl. 3. Iskaz pribavljen povredom čl. 3. – neovisno o tome radi li se o iskazu pribavljenom mučenjem, nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem – automatski rezultira

---

<sup>30</sup> Krapac, Institucije, str. 166.

<sup>31</sup> Opširnije Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000, str. 27.

<sup>32</sup> Opširnije o predmetu *Jalloh protiv Njemačke*, uz opis činjeničnog stanja, v. Bojanić/Đurđević, *Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*, HLJKPP, 2/2008, str. 978-980.

<sup>33</sup> Kos, *Bitna povreda odredaba kaznenog postupka – nezakoniti dokazi*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, 2005, str. 195; Carić, *Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima*, HLJKPP 2/2006, str. 999.

povredom prava na pravičan postupak (*Gäfgen protiv Njemačke*, § 166; *El Haski protiv Belgije*, § 85), neovisno o dokaznoj vrijednosti iskaza i o tome je li njegova upotreba bila odlučujuća za osudu (*Ibrahim i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 254). Kod ostalih se dokaza (tj. onih koji nisu iskazi) jedino na one koji su pribavljeni mučenjem automatski nadovezuje povreda prava na pravičan postupak (*Jalloh protiv Njemačke*, § 105; *Gäfgen protiv Njemačke*, § 167). Što se pak tiče dokaza koji nisu iskazi, a koji su pribavljeni nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem, povreda čl. 6. postojat će jedino ako se pokaže da je povreda čl. 3. utjecala na ishod postupka, tj. na samu presudu ili izrečenu kaznu (*El Haski protiv Belgije*, § 85; *Gäfgen protiv Njemačke*, § 178).

Navedena ograničenja uporabe dokaza pribavljenih povredom čl. 3. Konvencije vrijede i kada je povreda počinjena prema osobi različitoj od okrivljenika (*El Haski protiv Belgije*, § 85). S time u vezi ESLJP drži da korištenje dokaza pribavljenih mučenjem predstavlja „flagrantnu negaciju pravde“ i kad se radi o dokazu pribavljenom mučenjem treće osobe (*Othman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 263 i § 267).

### 5.3. Ispitivanje pravičnosti postupka kao cjeline

Neovisno o tome je li povrijeđena i koja druga odredba Konvencije (npr. čl. 6. ili čl. 8.), ESLJP povredu čl. 6. može utvrditi i na temelju „holističkog“ pristupa, ispitujući je li pribavljanjem ili ocjenom određenog dokaza povrijeđen neki od elemenata načela pravičnog postupka i je li takva eventualna povreda bila od utjecaja na postupak kao cjelinu.<sup>34</sup> Riječ je o „elastičnoj“ praksi sankcioniranja nezakonitosti u pribavljanju dokaza, sličnoj tradiciji engleskoga prava.<sup>35</sup> Nauštrb jasno definiranih (nefleksibilnih) pravila (*bright-line rules*),<sup>36</sup> ocjena „sveukupne pravičnosti“ (*overall fairness*) (*Al-Khawaja i Tahery*, § 143) u fokusu je načina na koji ESLJP interpretira čl. 6. Konvencije.<sup>37</sup> Takva

---

<sup>34</sup> Takav pristup preuzima i Ustavni sud ističući da „zahtjevi načela pravičnog postupka uključuju način na koji se dokazi izvode i predlažu te ocjene je li postupak u svojoj cjelini, uključujući i način na koji su dokazi predloženi i izvedeni, pravičan u smislu članka 29. stavka 1. Ustava“ (U-III/2580/2011).

<sup>35</sup> Krapac, *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3/2010, str. 1213.

<sup>36</sup> Spano, *Fair trial rights and terrorism: bright-line rules or flexible procedural safeguards?*, izlaganje na seminaru održanom 29. siječnja 2016. pri ESLJP-u, <[http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20160129\\_Spano\\_JY\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20160129_Spano_JY_ENG.pdf)>

<sup>37</sup> Lemmens, *The right to a fair trial and its multiple manifestations: Article 6(1) ECHR*, u: Brems/Gerards (ur.), *Shaping Rights in the ECHR – The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, 2013, str. 312.

ocjena podrazumijeva i mogućnost da ESLJP o postojanju povrede čl. 6. odlučiti na temelju „kumulativnog“ vrednovanja različitih faktora, među kojima su i oni koji se odnose na nezakonite dokaze. Primjerice u presudi *Dvorski protiv Hrvatske* ESLJP je „utvrdio da policija nije obavijestila podnositelja zahtjeva ni o dostupnosti odvjetnika G. M. da ga savjetuje ni da je G. M. prisutan u Policijskoj postaji Rijeka; da je podnositelj zahtjeva tijekom policijskog ispitivanja priznao počinjenje kaznenih djela za koje je optužen i to je priznanje prihvaćeno kao dokaz na njegovu suđenju; i da nacionalni sudovi nisu ispravno obradili to pitanje, a posebice nisu poduzeli odgovarajuće korektivne mjere kojima bi osigurali pravičnost“ (§ 112) te, uzevši navedene okolnosti kumulativno u obzir, zaključio da je postupak kao cjelina bio nepravičan.

Budući da pravo na pravičan postupak nije apsolutno, tj. da se u određenim slučajevima smije ograničiti, samo postojanje povrede nekog elementa načela pravičnog postupka ne podrazumijeva nužno povredu čl. 6. Konvencije; ESLJP će tu povredu utvrditi jedino ako je povreda pojedinog elementa dovela do toga da postupak „u svojoj ukupnosti“ nije pravičan. U kontekstu nezakonitih dokaza do povrede čl. 6. ne dovode automatizmom ni povrede drugih odredaba Konvencije (s iznimkom određenih povreda čl. 3.; v. gore, 4. 2.): i u takvim slučajevima valja dakle primijeniti „holistički“ pristup. Primjerice u presudi *Dragojević protiv Hrvatske* ESLJP je utvrdio povredu čl. 8. jer je prisluškivanjem telefona podnositelja i tajnim nadzorom nad njime došlo do miješanja u njegovo pravo na poštivanje privatnog života i dopisivanja, a imajući u vidu da domaće pravo nije dovoljno jasno reguliralo diskreciju nadležnih tijela prilikom određivanja primjene mjera nadzora. Međutim s obzirom na to da dokazi pribavljeni mjerama tajnog nadzora nisu bili jedini dokazi na kojima je domaći sud temeljio prvostupanjsku presudu te da su domaći sudovi ispitali utemeljenost okrivljenikovih prigovora i obrazložili svoje odluke, Sud unatoč utvrđenoj povredi čl. 8. Konvencije nije utvrdio povredu prava na pravičan postupak (čl. 6.).

U okviru ispitivanja „sveukupne pravičnosti“ Sud naročito vodi računa o tome je li okrivljeniku „bila dana mogućnost osporavanja vjerodostojnosti dokaza i protivljenja njegovu korištenju“ (*Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 43; *Lisica protiv Hrvatske*, § 49 i 51).<sup>38</sup> Ta je mogućnost nužna u kontekstu ostvarenja načela jednakosti oružja.<sup>39</sup> I dokazi koji su pribavljeni i izvedeni u ranijim stadijima mogu se koristiti pri donošenju presude pod uvjetom da su (eventualna) ograničenja prava obrane u kasnijoj fazi postupka kompenzirana

---

<sup>38</sup> Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), Vijeće Europe/Europski sud za ljudska prava, 2014, str. 26.

<sup>39</sup> Paeffgen, u: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, sv. X, Carl Heymanns Verlag, 2012, čl. 6, r. br. 76.

na način da je okrivljenik dokaze mogao učinkovito osporiti (*Lüdi protiv Švicarske*, § 47).<sup>40</sup>

Pored toga ESLJP u obzir uzima i „kvalitetu dokaza“, „okolnosti u kojima je pribavljen“ i „dovode li te okolnosti u sumnju njegovu pouzdanost i točnost“ (*Bikov* [eng. Bykov] *protiv Rusije*, § 90; *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 37; *Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 43; *Lisica protiv Hrvatske*, § 49). Sud osobito uzima u obzir je li konkretan dokaz bio presudan za ishod kaznenog postupka (*Gäffgen protiv Njemačke*, § 164), uvažavajući time mogućnost da nacionalni sud tijekom postupka sanira počinjenu nezakonitost u prikupljanju dokaza, tj. onemoguću joj da prodre u konačnu odluku.<sup>41</sup> Takva „sanacija“ nije ostvarena u slučaju u kojem je domaći sud osudu okrivljenika „u znatnoj mjeri“ utemeljio na izjavama koje je okrivljenik naknadno povukao i koje su bile pribavljene dok je bio zadržan kod policije, bez nazočnosti odvjetnika (*Šebalj protiv Hrvatske*, § 263; slično i *Salduz protiv Turske*, § 58). Štoviše, u određenim slučajevima ESLJP naknadnu sanaciju nezakonitosti uopće ne smatra mogućom. Tako u presudi *Dvorski protiv Hrvatske* Sud smatra da se ni unatoč drugim pouzdanim i neosporenim dokazima protiv okrivljenika „ne može zanemariti znatan vjerojatan utjecaj njegova početnog priznanja na daljnji razvoj kaznenog postupka protiv njega“, a koje je priznanje za Sud suspektno zbog okolnosti da je policija povrijedila okrivljenikovo pravo na pristup odvjetniku prema vlastitom odabiru. Naime „objektivna posljedica postupka policije u sprečavanju odvjetnika kojega je odabrala obitelj podnositelja zahtjeva da ostvari pristup k njemu bila je takva da je potkopala pravičnost kasnijeg kaznenog postupka u onoj mjeri u kojoj je početni inkriminirajući iskaz podnositelja zahtjeva prihvaćen kao dokaz“ (§ 111). Stoga je Sud utvrdio povredu čl. 6. Konvencije i sugerirao hrvatskim pravosudnim vlastima obnovu kaznenog postupka kao način restitucije *in integrum* (v. dolje, 6.).

Ocjenjujući dovode li okolnosti u kojima je dokaz pribavljen u sumnju njegovu pouzdanost i točnost, ESLJP osobito uzima u obzir je li okrivljenik obaviješten o dokaznoj radnji te može li joj prisustvovati, pri čemu su dopuštene i određena ograničenja (npr. kada okrivljenika nije moguće obavijestiti jer postoji opasnost da predmet pretrage propadne uslijed odgode – *Lisica protiv Hrvatske*, § 58). Nadalje, kada je riječ o pretrazi, ispituje se i jesu li toj pretrazi, u slučaju izostanka okrivljenika, bili prisutni kakvi svjedoci; u suprotnom

---

<sup>40</sup> Zanimljivo je naglasiti da je ESLJP u presudi *Barberà, Messegué i Jabardo protiv Španjolske* zauzeo stajalište da se dokazi koji nisu iskazi mogu koristiti jedino ako su izneseni (*produced*) na raspravi. Paeffgen (Systematischer Kommentar StPO, čl. 6., r. br. 166) takvu odluku s pravom propituje primjećujući da nije logično da se kod „stvarnih“ dokaza traže snažnija jamstva kontradiktornosti negoli kod iskaza svjedoka.

<sup>41</sup> Loc. cit.

je pouzdanost takva dokaza upitna jer je policija, kao dio državnog aparata, „saveznik tužitelja“ (*Lisica protiv Hrvatske*, § 56).

Sve u svemu, može se zaključiti da u domeni „holističkog“ ocjenjivanja čvrstih pravila nema, nego ESLJP uzima u obzir „sve okolnosti slučaja“ (*Gäfgen protiv Njemačke*, § 165). U okviru takva fleksibilnog ispitivanja ESLJP relativno rijetko dolazi do zaključka da je primjenom (navodno) nezakonitih dokaza povrijeđeno pravo na pravičan postupak; u praksi se ti slučajevi najčešće ograničavaju na povrede čl. 3. Konvencije, korištenje agenata provokatora (*entrapment*) (v. dolje, 5. 4.) te slučajeve u kojima je izostala kontradiktornost postupka.<sup>42</sup> Tezu da ESLJP nezakonite dokaze ne smatra *a priori* protivnima Konvenciji, nego samo u iznimnim situacijama, pokazuje i presuda u predmetu *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. U toj presudi ESLJP nije pronašao povredu prava na pravični postupak bez obzira na to što je jedini dokaz u predmetu bila snimka razgovora okrivljenika koju je bez ovlasti sačinila policija. Odluku je Sud argumentirao time što je okrivljeniku pred nacionalnim sudom pružena mogućnost osporavanja tog dokaza.<sup>43</sup>

#### **5.4. Poticanje na kazneno djelo (*entrapment*) i „posebne istražne metode“**

U judikaturi ESLJP-a posebni su kriteriji razvijeni u pogledu mogućnosti korištenja dokaza pred nacionalnim sudom koji su pribavljeni „posebnim istražnim metodama“ (*special investigative methods*), a osobito „prikrivenim tehnikama“ (*undercover techniques*), kao što je korištenje prikrivenih istražitelja („anonimnih informanata“). Ocjenom dokaza pribavljenih takvim metodama (koje se u hrvatskom kaznenom procesnom pravu nazivaju posebnim dokaznim radnjama) u načelu se ne povređuje pravo na pravičan postupak, ali Sud propisuje izvjesna ograničenja.

Najopćenitiji uvjet sastoji se u tome da se spomenute metode, s obzirom na opasnost eventualnog poticanja (*incitement*) okrivljenika od strane policije, smiju primjenjivati jedino „unutar jasnih granica“ (*within clear limits*) (*Ramanauskas protiv Litve*, § 51), pa i onda kada je riječ o najtežim zločinima, jer je pravo na pravičan postupak toliko važno u demokratskom društvu da ne može biti žrtvovano razlozima probitačnosti (*Ramanauskas protiv Litve*, § 53; *Delcourt protiv Belgije*, § 25). Slučajeve koji izlaze iz dopuštenih granica poseb-

---

<sup>42</sup> Tako Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, 2012, str. 153.

<sup>43</sup> Opširnije v. Krapac, *Nezakoniti dokazi...*, str. 1226-1227.

nih istražnih metoda ESLJP naziva klopkom, tj. provokacijom (*entrapment*),<sup>44</sup> kojom se povređuje čl. 6. Konvencije.

Zanimljivo je da ESLJP u kontekstu „posebnih istražnih metoda“ razlikuje dopuštenost pribavljanja od dopuštenosti korištenja dokaza, a samim time i sprečavajuće od otklanjajućih dokaznih zabrana. Naime samo pribavljanje dokaza posebnim istražnim metodama ESLJP-u načelno nije sporno, kao ni pouzdanje tijela koja vode prethodni postupak u takve dokaze. Međutim upotreba takva dokaza pri utvrđivanju krivnje druga je stvar (*different matter*): ona je dopuštena samo ako postoje adekvatna i dovoljna procesna jamstva, a naročito jasan i predvidiv postupak autorizacije, implementacije i nadzora poduzetih posebnih mjera (*Ramanauskas protiv Litve*, § 53; *Hudobin* [eng. Khudobin] *protiv Rusije*, § 135). ESLJP najprikladnijim smatra sudski nadzor posebnih mjera, ali dopušta i mogućnost da nadzor vrši tužitelj (*Banikova* [eng. Bannikova] *protiv Rusije*, § 50).

„Jasne granice“ kojima je nužno podvrgnuti posebne istražne metode ponajprije znače zabranu korištenja dokaza koji su rezultat poticanja okrivljenika od strane policije jer bi korištenje takvih dokaza od početka izložilo okrivljenika opasnosti lišenja prava na pravičan postupak (*Teixeira de Castro protiv Portugala*, § 35, 36 i 39; *Hudobin protiv Rusije*, § 128; *Vanjan* [eng. Vanyan] *protiv Rusije* §§ 46-47; *Ramanauskas protiv Litve*, § 54). Policijskim poticanjem (*police incitement*) ESLJP smatra slučajeve u kojima se informanti, bilo da je riječ o službenim osobama ili o osobama koje postupaju po njihovim uputama, ne ograničavaju na pasivno istraživanje kriminalne djelatnosti, nego, s ciljem da poduzmu kazneni progon, utječu na okrivljenika kako bi potaknuli počinjenje kaznenog djela koje inače ne bi bilo počinjeno (*Morari protiv Moldavije*, § 31; *Teixeira de Castro protiv Portugala*, § 38; *Ramanauskas protiv Litve*, § 55). ESLJP zahtijeva da svi dokazi pribavljeni poticanjem od strane policije budu izuzeti, naročito kada je radnja provedena bez dovoljnog pravnog temelja ili adekvatnih jamstava (*Ramanauskas protiv Litve*, § 60); u suprotnom se radi o povredi čl. 6. Konvencije. U slučaju da obavijesti dostavljene od strane tijela kaznenog progona ne omogućavaju sudu da zaključi je li okrivljenik potican od strane policije, sud je dužan provjeriti jesu li prava obrane bila adekvatno zaštićena, osobito pravo na kontradiktoran postupak i jednakost oružja (*Edwards i Lewis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 46; *Ramanauskas protiv Litve*, § 61).

Kao što je već spomenuto, pri ocjeni je li policija poticala okrivljenika na kazneno djelo ključno je pitanje je li se zadržala na pasivnom istraživanju ili je prekoračila granice takva ponašanja. Ocjenjujući je li istraživanje „suštinski pasivno“, ESLJP ispituje razloge poduzimanja prikrivenih radnji i ponašanje

---

<sup>44</sup> Takav prijevod pojma *entrapment* koriste i Pajčić/Valković, *Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske zbog povrede prava na pravično suđenje* (članak 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda), HLJKPP, 2/2012, str. 768.

vlasti tijekom njihove provedbe, a osobito je li u trenutku poduzimanja mjera postojala objektivna sumnja da je okrivljenik uključen u kriminalnu djelatnost ili sklon tome da počini kazneno djelo (*Banikova protiv Rusije*, § 38). Pri promišljanju jesu li ti uvjeti zadovoljeni, ESLJP „uzima u obzir više faktora“;<sup>45</sup> drugim riječima, nisu razvijeni čvrsti kriteriji odlučivanja pa postoji razmjerno velik diskrecijski prostor. Primjerice u presudi *Teixeira de Castro protiv Portugala* Sud je uzeo u obzir da okrivljenik ranije nije bio kažnjavan niti je protiv njega bio u tijeku drugi kazneni postupak, da nije bio poznat policijskim službenicima te da vrsta i količina pronađene droge točno odgovara vrsti i količini koju su od njega tražili policijski službenici, navodeći ga time na kazneno djelo. Stoga je Sud došao do zaključka da ne postoji ništa što bi upućivalo na zaključak da bi okrivljenik i bez neprimjerenog postupanja od strane policijskih službenika počinio to kazneno djelo. Okolnostima koje upućuju na poticanje Sud smatra i ponavljanje ponude unatoč početnom okrivljenikovu odbijanju (*Ramanauskas protiv Litve*, § 67) te podizanje cijene iznad uobičajene (*Malininas protiv Litve*, § 37). Za razliku od poticanja, „pridruživanjem“ ili „infiltracijom“ kriminalne aktivnosti ne povređuje se pravo na pravičan postupak, npr. kada policija, s ciljem da se okrivljenik uhvati na djelu, da financijska sredstva i tehničku opremu za snimanje razgovora privatnoj osobi koja joj se prethodno požalila da okrivljenik od nje traži mito (*Miliniene protiv Litve*, § 38).

Daljnijim uvjetom pravičnosti postupka u slučajevima primjene „posebnih istražnih metoda“ ESLJP smatra mogućnost da okrivljenik sudu prigovori kako je prema njemu primijenjen *entrapment*. Sud je okrivljenikove tvrdnje dužan preispitati. To preispitivanje mora biti „kontradiktorno, temeljito, sveobuhvatno i konačno“ (*Banikova protiv Rusije*, § 57). Na optužbi je teret dokazivanja da nije bilo nedopuštenog poticanja, osim ako su tvrdnje obrane potpuno nevjerovatne (*Ramanauskas protiv Litve*, § 69-70).

## **6. MEHANIZMI IZVRŠENJA PRESUDA ESLJP-A U KONTEKSTU MOGUĆNOSTI OBNOVE KAZNENOG POSTUPKA**

U stručnoj javnosti posljednjih godina raste svijest o važnosti presuda ESLJP-a, ali često izostaje shvaćanje o tome koje su konkretne praktične implikacije tih presuda na nacionalni pravni poredak. Nema naime svaka presuda kojom se utvrđuje povreda neke odredbe Konvencije jednako ozbiljne reperkusije na domaće kazneno pravosuđe: neke presude zasnivaju tek obvezu države da podnositelju zahtjeva dodijeli novčanu naknadu, dok druge ustanov-

---

<sup>45</sup> Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), op. cit., str. 28.



ljuju dužnost poduzimanja mnogo dalekosežnijih mjera, među kojima posebno mjesto zauzima obnova kaznenog postupka. Stoga, kada govorimo o nezakonitim dokazima, nije svejedno koju je odredbu Konvencije povrijedio domaći sud ocjenjujući određeni dokaz; pojedine nepravilnosti povlače za sobom puno teže posljedice od drugih pa se sud s osobitim marom mora kloniti upravo tih nepravilnosti. Kako bi se razlučilo o kojim se nepravilnostima radi i koje su njihove posljedice, u nastavku će se ukratko pojasniti mehanizmi izvršenja presuda ESLJP-a.

Presuda ESLJP-a obvezujuća je za osuđenu državu. Međutim način na koji će država izvršiti presudu nije uvijek jednoznačno zadan jer se njome odluka nacionalnog suda ne ukida niti preinačuje, nego se samo utvrđuje povreda Konvencije. Utvrdi li povredu, ESLJP odlučuje o „pravednoj naknadi“ (*just satisfaction*) žrtvi povrede, čija je svrha „brisanje“ njezinih posljedica. Pojam „pravedne naknade“ (satisfakcije) ne ograničava se samo na novčanu naknadu.<sup>46</sup> Novčana naknada katkad se uopće ne dodjeljuje, ali se ni u takvim slučajevima učinak presude ne iscrpljuje u pukom utvrđenju povrede Konvencije. ESLJP je naime devedesetih godina XX. stoljeća kao oblik pravedne naknade inaugurirao i *restitutio in integrum* (povrat u prijašnje stanje, uspostava *status quo ante*). Na tom tragu u presudi *Akdivar i dr. protiv Turske* Sud „podsjeća da presuda u kojoj utvrdi povredu nameće odgovornoj državi pravnu dužnost okončati kršenje i popraviti njegove posljedice na način da uspostavi, u mjeri u kojoj je to moguće, situaciju koja je postojala prije povrede.“ U kontekstu stalno rastućeg aktivizma ESLJP-a prekretnicu je predstavljala presuda u predmetu *Scozzari i Giunta protiv Italije*, u kojoj je Sud ustanovio dužnost osuđenih država da, usporedo s novčanom naknadom, poduzimaju pojedinačne mjere (radi otklanjanja posljedica povrede konvencijskih prava u pojedinačnom slučaju) i opće mjere (radi prevencije daljnjih povreda).<sup>47</sup>

Među navedenim su mjerama u praksi najvažnije pojedinačne mjere, među kojima se – u kontekstu kaznenog pravosuđa – osobito izdvaja obnova kaznenog postupka. Mjeru ponavljanja sudskog postupka ESLJP obrazlaže u presudi *Verein gegen Tierfabriken Schweiz protiv Švicarske*: „Što se tiče ponavljanja postupka, jasno je da Sud nije nadležan naložiti takve mjere (...). Međutim, kad je pojedinac osuđen u postupku koji uključuje povrede zahtjeva čl. 6. Konvencije, Sud može naznačiti da ponovno suđenje ili ponovno otvaranje slučaja

---

<sup>46</sup> Omejec, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Novi informator, 2013, str. 287-288.

<sup>47</sup> Opširnije o pravednoj naknadi, općim i pojedinačnim mjerama v. Burić, Obveza izvršenja konačnih presuda Europskog suda za ljudska prava – u povodu odluke i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III/3304/2011 od 23. siječnja 2013., Zagrebačka pravna revija, 1/2013, str. 109-124.

(*retrial or the reopening of the case*), ako se zahtijeva, u načelu predstavlja prikladan način ispravljanja povrede (...). U ovom je slučaju vijeće smatralo da bi ponavljanje postupaka na domaćoj razini moglo činiti važan aspekt izvršenja presuda Suda. Veliko vijeće dijeli to stajalište.“ Na sličan način u presudi *Dvorski protiv Hrvatske* ESLJP „primjećuje da članak 502. Zakona o kaznenom postupku dopušta mogućnost obnove kaznenog postupka. Stoga odbija zahtjev podnositelja za pravednu naknadu.“

Kao što je vidljivo iz citiranih presuda, ESLJP se zasad libi izričito naložiti osuđenim državama da, na zahtjev ovlaštenika, omoguće ponavljanje sudskog postupka, no to ipak čini „između redaka“, prepuštajući realizaciju svojih implicitno iskazanih intencija Odboru ministara Vijeća Europe, koji je nadležan nadzirati izvršenje presuda i, prema potrebi, primijeniti politički pritisak prema državi koja ne izvrši presudu na način koji Odbor smatra prikladnim. Način i dinamika izvršenja presude, pa i sama spremnost da se presuda izvrši, ovise o različitim pravno-političkim osobitostima pojedine države, pa je i uputa Suda u kojoj se od države očekuje ponavljanje postupka namjerno fluidna. Zoran primjer u kojem se „između redaka“ nalaže omogućavanje obnove kaznenog postupka jest presuda *Dvorski protiv Hrvatske*, gdje ESLJP odbija zahtjev podnositelja za novčanom naknadom upravo zato što u čl. 502. st. 2. ZKP-a postoji mogućnost obnove postupka na temelju presude ESLJP-a; takvom odlukom, koja se naizgled iscrpljuje u tome što konstatira povredu Konvencije, strazburški sud zapravo daje do znanja hrvatskim pravosudnim vlastima da od njih ne očekuje puku naknadu štete podnositelju zahtjeva, nego „povrat u prijašnje stanje“ – a to je u konkretnom slučaju obnova kaznenog postupka. Indikativna je u tom smislu i presuda *Šebalj protiv Hrvatske*, u kojoj Sud „smatra potrebnim upozoriti da presuda u kojoj je utvrđena povreda Konvencije ili njezinih Protokola nameće tuženoj državi pravnu obvezu ne samo platiti dotične iznose koji su dosuđeni na ime pravične naknade nego i odabrati, podložno nadzoru Odbora ministara, opće i/ili, ako je to prikladno, pojedinačne mjere koje treba primijeniti u domaćem pravnom poretku kako bi okončala povredu koju je utvrdio Sud i izvršila sav izvediv popravak posljedica te povrede na takav način da, koliko je god to moguće, vrati situaciju u stanje kakvo je bilo prije povrede. U slučaju povrede članka 6. Konvencije podnositelji zahtjeva trebaju u najvećoj mogućoj mjeri biti stavljani u položaj u kojem bi bili da nisu bili zanemareni zahtjevi Konvencije“ (§ 272). U tom kontekstu Sud „primjećuje“ da ZKP „predviđa mogućnost ponavljanja domaćeg postupka ako Sud utvrdi povredu Konvencije“ (§ 273), čime vrlo jasno aludira na obnovu kaznenog postupka.

U prethodnom je odlomku istaknuto da hrvatski pravni sustav omogućuje obnovu kaznenog postupka na temelju presude ESLJP-a (čl. 502. st. 2. ZKP-a). Za razliku od pojedinih drugih europskih zemalja koje ne poznaju

takvu zakonsku mogućnost, Hrvatska time pokazuje da je „lojalan igrač u sustavu ESLJP-a.“<sup>48</sup> Međutim ta lojalnost ne znači da je u svakom slučaju u kojem ESLJP utvrdi povredu Konvencije potrebno dopustiti obnovu kaznenog postupka: takvo što zakon ne nalaže niti to očekuje sam Sud. Ako Sud upravo obnovu postupka smatra prikladnim mehanizmom otklanjanja povrede Konvencije, on će to najčešće sam (eksplicite ili implicite) naglasiti u presudi kojom utvrđuje povredu prava na pravičan postupak (čl. 6.); u ostalim je slučajevima obično primjerenije poduzeti mjere koje su manje invazivne za cjelokupni pravni poredak. Navedeno promišljanje prihvaća i Ustavni sud (U-III-5081-2015) kada odbija ustavnu tužbu podnositelja u odnosu na njegove prigovore vezane uz postupak za izmjenu pravomoćne sudske odluke koji je pokrenuo u povodu presude ESLJP-a *Dragojević protiv Hrvatske*. Ustavni sud primjećuje da „ESLJP u predmetu Dragojević protiv Hrvatske nije odredio obnovu kaznenog postupka (kao pojedinačnu mjeru za izvršenje presude ESLJP-a) zbog utvrđene povrede članka 8. Konvencije, već je podnositelju odredio pravično obeštećenje koje je dužna isplatiti Republika Hrvatska“ te da „ESLJP u tom predmetu nije utvrdio povredu članka 6. Konvencije.“ Drugim riječima, Ustavni sud uviđa da obnovom postupka ne treba rezultirati svaka utvrđena povreda Konvencije.

Nakon što ESLJP utvrdi povredu i, u koordinaciji s Odborom ministara, sugerira nacionalnim vlastima obnovu postupka kao prikladan mehanizam restitucije *in integrum*, nacionalni sud bit će suočen s očekivanjem da, na zahtjev osuđenika, dopusti obnovu postupka sukladno čl. 502. st. 2. ZKP-a. Kako je takav oblik naknadne restitucije bolan za nacionalno pravosuđe u cjelini, mnogo je bolje prevenirati takvu povredu negoli djelovati *a posteriori*, tj. suočavati se s mogućom obnovom postupka. Imajući na umu da ne ostavljaju sve povrede Konvencije jednako ozbiljne posljedice za nacionalno pravosuđe, domaća sudska praksa u domeni nezakonitih dokaza naročitu pozornost treba pridati izbjegavanju onih povreda Konvencije koje mogu uroditi obnovom kaznenog postupka, a to su upravo povrede čl. 6. Konvencije (v. gore, 4.).

---

<sup>48</sup> Turković/Omejec, Croatia: Commitment to reform: Assessing the impact of the ECtHR's case law on reinforcing democratization efforts in Croatian legal order, u: Motoc/Ziemle (ur.), *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe – Judicial Perspectives*, Cambridge University Press, 2016, str. 127.

## 7. NEZAKONITI DOKAZI PREMA ZAKONU O KAZNENOM POSTUPKU

### 7.1. Procesne posljedice korištenja nezakonitih dokaza

Zabrana ocjene dokaza u hrvatskom se pravnom sustavu ostvaruje izdvajanjem zapisnika o nezakonitom dokazu iz spisa predmeta. Tu dužnost ZKP propisuje u više stadija postupka – od istrage (čl. 86.) pa sve do pravnih lijekova (čl. 474. st. 3.). Izdvajanjem zapisnika nastoji se spriječiti da se sud upozna s kontaminiranim dokaznim materijalom jer jednom kad se to dogodi, presuditelj takve dokaze ne može jednostavno „izbrisati“ iz svojeg pamćenja.

Propisi o izdvajanju smanjuju, ali ne otklanjaju u cijelosti mogućnost da se donositelj odluke upozna s dokazima čija mu je upotreba zabranjena. Postavlja se stoga pitanje kako postupiti u slučaju kada se nezakonit dokaz „provuče kroz sito“ zakonskih odredaba koje naređuju njegovo ranije izdvajanje, tj. kada se raspravni sud s takvim dokazom ipak upozna. Odgovor na to pitanje daje čl. 10. st. 1. ZKP-a, u kojem je propisano da se na takvu dokazu ne smije temeljiti sudska odluka, kao i čl. 468. st. 2. ZKP-a, koji predviđa bitnu povredu odredaba kaznenog postupka za slučaj da se presuda temelji na nezakonitom dokazu. No što točno znači da se presuda „temelji“ na nezakonitom dokazu?

Prema novijoj praksi naših sudova, presuda se temelji na nezakonitom dokazu ako je on izveden na raspravi, a potom nije izdvojen kao nezakonit. Čim je sud u obrazloženju presude reproducirao i analizirao nezakonit dokaz, presuda se, prema stajalištu prakse, temelji na takvu dokazu (tako npr. VSRH, III Kr-14/11, navodeći kako je „očito da se [presuda] zasniva na [nezakonitim] dokazima“ u slučaju u kojem je prvostupanjski sud „u obrazloženju svoje presude reproducirao i ocjenjivao iskaze ovih svjedokinja“; slično VSRH, I Kž-655/11), pa čak i ako bi i bez takva dokaza hipotetski bila donesena ista presuda.<sup>49</sup> Štoviše, praksa smatra da se presuda temelji na nezakonitom dokazu koji je izveden na raspravi, a nije izdvojen iz spisa, čak i onda kad sud u obrazloženju uopće ne analizira takav nezakoniti dokaz ili kad izričito navede da taj dokaz zbog njegove nezakonitosti ne uzima u obzir. VSRH je takav stav jasno izrazio

---

<sup>49</sup> Po tome se aktualni ZKP razlikuje od ZKP/93, koji bitnu procesnu povredu nije predviđao u slučaju da je, „s obzirom na druge dokaze, očito da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda“ (čl. 354. st. 1. toč. 8. ZKP/93). U njemačkoj se teoriji i praksi i danas, bez obzira što tamošnji ZKP ne sadržava odredbu koja bi bila pandan citiranoj odredbi ZKP/93, smatra da se presuda temelji na nezakonitom dokazu samo ako postoji uzročna veza između nezakonitog dokaza i presude, tj. ako bi bez spornog dokaza presuda bila drugačija. Pritom se ne traži sigurnost, nego je dovoljna i mogućnost drugačije presude; ta mogućnost ipak ne smije biti „samo teorijska“. V. Roxin/Schünemann, op. cit., 10. poglavlje. Iz navedenog slijedi da hrvatski pravni sustav, u usporedbi s njemačkim, problematici nezakonitih dokaza pristupa s većom strogoćom.

u odluci I Kž-874/12, utvrdivši bitnu povredu jer se presuda temelji na nezakonitom dokazu u slučaju u kojem je sud propustio izdvojiti raniji iskaz privilegiranog svjedoka koji nije pozvan na raspravu. Vrhovni sud u toj presudi navodi sljedeće: „kada je [prvostupanjski sud] kod izrade pobijane presude uočio taj propust, pokušao ga je sanirati isticanjem da isti nije utjecao na presudu jer ga nije analizirao niti na njemu temeljio presudu. Međutim, time što je navedeni dokaz izveden protivno izričitoj odredbi ZKP (čitanjem iskaza privilegiranog svjedoka koji nije pozvan na glavnu raspravu) – on je postao nezakoniti dokaz jer je trebao biti izdvojen iz spisa i na njemu se nije mogla temeljiti sudska odluka.“<sup>50</sup> Ipak, da bi se za presudu u takvim slučajevima moglo reći da se temelji na nezakonitom dokazu, nije dovoljno samo da je dokaz izveden, nego i da postoji, barem načelna, tematska veza između izvedenog dokaza i presude, koje nema ako izvedeni dokaz uopće „nije ni u vezi s kaznenim djelom“ (npr. kada se u zapisniku samo opisuju okolnosti uhićenja) (VSRH, III Kr-110/15).

S druge strane zapisnici i obavijesti koji su pribavljeni na nezakonit način i koji su, sukladno tome, trebali biti izdvojeni iz spisa, načelno se neće smatrati nezakonitim dokazima na kojima se temelji presuda ako nisu izvedeni na raspravi ili ako su izvedeni i potom izdvojeni, uz uvjet da nisu reproducirani i ocijenjeni u presudi. Takvi se zapisnici smatraju tek „pomoćnim sredstvima“ (VSRH, I Kž-165/10), koja nisu utjecala na presudu. Takvo rezoniranje očituje se npr. u odluci (VSRH, III Kr-56/13) u kojoj se navodi kako „okolnost da iz spisa nisu izdvojene obavijesti predviđene u čl. 86. st. 3. ZKP/08, ne ukazuje na bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 2. ZKP/08, budući da sudovi svoju presudu nisu temeljili na policijskim zabilješkama o obavljenim informativnim razgovorima s građanima, već na personalnim dokazima izvedenim tijekom glavne rasprave.“

## **7.2. Pojedine kategorije nezakonitih dokaza prema čl. 10. st. 2. ZKP-a**

U čl. 10. st. 2. ZKP-a zakonodavac propisuje četiri kategorije nezakonitih dokaza. Riječ je o dokazima koji se ne smiju koristiti (ocjenjivati) pri utvrđivanju činjenica, tj. dokazi u pogledu kojih postoji otklanjajuća dokazna zabrana (zabrana ocjene dokaza). Nezakoniti su sljedeći dokazi: (1) dokazi koji su

---

<sup>50</sup> Donedavno je u praksi prevladavalo tumačenje da se presuda temelji na nezakonitom dokazu samo ako je taj dokaz izrijeком korišten u argumentaciji sporne odluke (v. npr. VSRH, I Kž-850/03; VSRH, I Kž-94/00; VSRH, I Kž-160/01), a ne i ako je nezakoniti dokaz izveden na raspravi, nije izdvojen iz spisa do završetka dokaznog postupka, ali nije korišten u argumentaciji odluke. V. Kos, Bitna povreda odredaba kaznenog postupka – nezakoniti dokazi, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, 2005, str. 189-229. Promjena u tumačenju na tragu je trenda ojačavanja prava okrivljenika nauštrb interesa kaznenog progona.

pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja; (2) dokazi koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, osim ako su takvi dokazi pribavljeni u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava; (3) dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ZKP-om; (4) dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza.

(Ad 1) Prvu kategoriju nezakonitih dokaza (čl. 10. st. 2. toč. 1.) predstavljaju dokazi pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja. Bitna povreda postojat će uvijek kada je takav dokaz izveden na raspravi, a nije izdvojen iz spisa. Što predstavlja „mučenje, okrutno ili nečovječno postupanje“, ostaje sudu utvrditi kao činjenično pitanje, o kojem ovisi valjanost pribavljenog dokaza. Pri tome je osobito važna praksa ESLJP-a razvijena na temelju čl. 3. Konvencije. Opširnije o tome v. gore, 5. 2.

(Ad 2) U drugu kategoriju nezakonitih dokaza (čl. 10. st. 2. toč. 2.) spadaju dokazi pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. Prava koja su ovom odredbom zaštićena širokog su obuhvata pa je teško iz teorijske perspektive deducirati kriterije temeljem kojih bi se odredilo koje točno procesne povrede povređuju ta prava. U razradi tih kriterija odlučujuću uloga stoga ima praksa. Pod „pravom obrane“ valja razumjeti pravo na formalnu i materijalnu obranu.<sup>51</sup> Ako žalbeni sud za neki od dokaza izvedenih na raspravi utvrdi da je pribavljen povredom prava propisanih u čl. 10. st. 2. toč. 2., a taj dokaz ne bude „konvalidiran“ u smislu čl. 10. st. 3., takva će presuda biti ukinuta u smislu čl. 468. st. 2. ZKP-a. Naravno, i ovdje je riječ o činjeničnom pitanju koje se utvrđuje u svakom pojedinom predmetu.<sup>52</sup>

(Ad 3) U treću kategoriju (čl. 10. st. 2. toč. 3.) spadaju dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ZKP-om. Riječ je o kategoriji koju je poznavalo još jugoslavensko zakonodavstvo, a danas je pod utjecajem novijih shvaćanja o zaštiti ljudskih prava dodat-

---

<sup>51</sup> Krapac, Institucije, str. 457; Carić, Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima, HLJKPP 2/2006, str. 993-1033, str. 998.

<sup>52</sup> Treba napomenuti da se kod dokaza iz toč. 1. i 2. ne radi o nezakonitim dokazima *ex iudicio* u pravom smislu riječi. Oni predstavljaju svojevrsnu mješavinu (*mixtum compositum*) nezakonitih dokaza *ex iudicio* (zbog visoke razine apstraktnosti koju sud treba konkretizirati) i nezakonitih dokaza *ex lege* (zbog toga što ih izrijeком predviđa zakon, ne navodeći pritom – izuzev slučajeva iz čl. 10. st. 3. – potrebu za bilo kakvim sudskim odvagivanjem). Zbog činjenice da imaju širok domet poput nezakonitih dokaza *ex iudicio*, a jednoznačno zadan pravni učinak poput nezakonitih dokaza *ex lege*, zakonodavac treba biti oprezan pri njihovu propisivanju.

no nabujala.<sup>53</sup> Izričito propisani nezakoniti dokazi nomotehnički se smještaju neposredno uz članke koji propisuju pravilnu procesnu formu. Obično se ističe kako je kod ove skupine dokaza sam zakonodavac donio odluku da će, sukladno načelu razmjernosti, propisati ekskluzijsko pravilo u određenom slučaju.<sup>54</sup> Budući da je primarna svrha propisivanja zabrane ocjene dokaza zaštita individualnih prava (najčešće prava okrivljenika), zakonodavac njihovom izričitom propisivanju pristupa tek kad utvrdi da interesi zaštite tih prava u konkretnom slučaju nepobitno pretežu nad interesom utvrđivanja istine (tj. interesom učinkovitog javnog progona). Kako je odvagivanje suprotstavljenih vrijednosti već provedeno od strane zakonodavca, ne postoji potreba za sudskim odvagivanjem. Brojni primjeri u kojima je zakonodavac određena postupanja protivna odredbama ZKP-a sankcionirao utvrđenjem da se radi o nezakonitom dokazu predstavljaju rezultat težnje zakonodavca da već na normativnoj razini osigura pravičnost postupka kakvu u svojim odlukama traži ESLJP, odnosno da *ex lege* nezakonitima označi dokaze koji su rezultat postupanja protivnih Ustavu, zakonima ili međunarodnom pravu, a za koja smatra da predstavljaju povredu propisa o zabrani mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili povredu zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast ili prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. Tako izvedeni dokazi nikada ne mogu konvalidirati u zakonite, a njihovo izvođenje na raspravi (pod uvjetom da zapisnici o takvim dokazima nisu izdvojeni iz spisa) uvijek rezultira utvrđenjem bitne povrede odredaba kaznenog postupka iz čl. 468. st. 2. ZKP-a.

(Ad 4) Četvrtu kategoriju nezakonitih dokaza (čl. 10. st. 2. toč. 4.) predstavljaju dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza (tzv. plodovi otrovne voćke, *fruit of the poisonous tree*). Institut za koji je Damaška svojedobno tvrdio da kontinentalnom pravniku zvuči kao da dolazi iz mašte<sup>55</sup> pronašao je naposljetku put do hrvatskog kaznenog procesnog prava. ZKP/97 propisao je apsolutan sustav izdvajanja takvih dokaza. Novi ZKP zadržao je takav „rigidni sustav“ unatoč tome što čak i „američka praksa koja je poslužila kao uzor našem zakonodavcu propisuje mnogobrojne iznimke od primjene ove doktrine.“<sup>56</sup> Njemačka pak doktrina o plodovima otrovne voćke raspravlja u okviru problematike tzv. daljinskog djelovanja zabrane ocjene dokaza (*Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten*). Apriornu zabranu ocjene *fruit of the poisonous tree* ondje odbijaju i sudska praksa i glavnina teorije, a iznimke od

---

<sup>53</sup> Za opširan prikaz ove kategorije dokaza v. Carić, op. cit., str. 993-1033.

<sup>54</sup> Bojanić/Đurđević, op. cit., str. 999.

<sup>55</sup> Damaška, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, University of Pennsylvania Law Review, 1972, str. 522.

<sup>56</sup> Obradović/Župan, „Plodovi otrovne voćke“ u hrvatskom i poredbenom pravu, HLJK-PP, 1/2011, str. 138.

načelnog odbijanja obuhvaćaju vrlo ograničen broj slučajeva.<sup>57</sup> U kontekstu daljnjeg razvoja hrvatskog kaznenog procesnog prava relativizacija zabrane plodova otrovne voćke nameće se kao moguće rješenje. Ipak, treba naglasiti da se i u apsolutnom sustavu ekskluzije plodova otrovne voćke, kakav trenutačno postoji u hrvatskom pravu, o plodu otrovne voćke radi jedino ako je izvorni nezakoniti dokaz isključivi izvor saznanja za izvedeni dokaz; ako pak postoji više izvora saznanja za izvedeni dokaz, od kojih su samo neki nezakoniti, izvedeni dokaz neće biti nezakonit.<sup>58</sup> Drugim riječima, „plod otrovne voćke“ jest „samo onaj dokaz koji nužno po prirodi stvari izvire iz nezakonitog dokaza“; ako se pak dokaz „zasniva na nizu ostalih dokaza koji su prikupljeni tijekom trajanja postupka na valjan i zakonit način“, neće se raditi o plodu otrovne voćke (VSRH, I Kž-559/06).

## **8. ODVAGIVANJE INTERESA KAZNENOG PROGONA I POVREDE PRAVA *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA***

Sukladno čl. 10. st. 3. ZKP-a ne smatraju se nezakonitima dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz čl. 10. st. 2. toč. 2. u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. Ipak, sudska odluka ne može se temeljiti isključivo na takvu dokazu (st. 4.).

Taj je institut u vrijeme donošenja ZKP-a iz 2008. godine, kada je prvi put uvršten u zakon, trpio brojne kritike. Prigovaralo se da je potrebno prvo utvrditi da se radi o izvorno nezakonitom dokazu, npr. dokazu koji je prikupljen povredom Ustavom zajamčenih prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, da bi potom sudsom odlukom bila „uklonjena koprena“ spoznaje da je dokaz pribavljen protivno Ustavu i tako ga se osnažilo kao zakonit dokaz. Međutim takvo normativno rješenje prošlo je i kontrolu Ustavnog suda, koji je svojom odlukom od 19. srpnja 2012. godine (Odluka i rješenje U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011) problematizirao samo pitanje mogućnosti konvalidacije dokaza pribavljenih povredom prava na dostojanstvo. Slijedom toga pravo na dostojanstvo – kao nederogabilno pravo, koje nije podložno vaganju – Zakonom o izmjenama i dopunama ZKP-a (NN 143/12) brisano je iz čl. 10. st. 2. toč. 2.

---

<sup>57</sup> V. npr. Roxin/Schünemann, op. cit., str. 169-171. Ipak, pojedini njemački autori mišljenja su da rasprava o „daljinskom djelovanju“ dokaza u njemačkoj teoriji, ali i u judikaturi, uvelike zaostaje za angloameričkom doktrinom *fruit of the poisonous tree*. V. npr. Pitsch, *Strafprozessuale Beweisverbote*, Verlag dr. Kovač, 2009, str. 413-414.

<sup>58</sup> Tako i Carić, op. cit., str. 1017.



Iako vrlo ograničenog dometa, ta zakonska odredba (koje nije bilo u KZ/97) predstavlja znatan pomak jer je njome u kontekstu dokaznih zabrana prvi put zakonom propisano odvagivanje između povrede prava i interesa kaznenog progona.<sup>59</sup> Doduše, i ZKP/97 sudu je prepuštao ocjenu o tome hoće li određenu povredu procesne forme smatrati nezakonitim dokazom (osobito kod apstraktno definiranih povreda, npr. povrede „prava obrane“), no pri tom odlučivanju zakon sudu nije nalagao vaganje navedenih dvaju suprotstavljenih procesnih interesa. Drugim riječima, postojao je „binarni sustav“ odlučivanja o postojanju nezakonitih dokaza; ako bi sud primjerice ustanovio da je dokaz pribavljen kršenjem zakonom propisanog prava obrane, on tu povredu okrivljenikovih prava nije mogao staviti u relaciju s interesima javnog progona, nego je morao automatski, bez odvagivanja, zaključiti da je riječ o nezakonitom dokazu. Takvu situaciju aktualni ZKP mijenja, ali samo u odnosu na jednu kategoriju dokaza – one iz čl. 10. st. 2. toč. 2. Uzimajući u obzir da je odvagivanje propisano samo za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, u velikoj većini slučajeva ono se ni nadalje neće moći primjenjivati.

Uvođenjem čl. 10. st. 3. ZKP-a hrvatsko se pravo u području uređenja dokaznih zabrana približilo pravnim sustavima koji zahtijevaju sveobuhvatno vaganje suprotstavljenih vrijednosti kako bi se došlo do ocjene o dopustivosti pojedinog dokaza. Postavlja se međutim pitanje je li opravdano vaganje ograničavati samo na najteža kaznena djela jer potreba za balansiranjem individualnih prava i interesa okrivljenika i interesa kaznenog progona postoji kod svih kaznenih djela, a ne samo kod najtežih. Stoga smatramo da sudsko vaganje suprotstavljenih interesa treba omogućiti u što većem broju slučajeva, zadržavajući pritom apsolutne dokazne zabrane gdje je to nužno. Apsolutna svakako treba ostati dokazna zabrana iz čl. 10. st. 2. toč. 1. ZKP-a jer takav dokaz krši temeljna prava okrivljenika (a najčešće predstavlja i povredu čl. 6. Konvencije; v. gore, 5. 2.). I dokazna zabrana iz čl. 10. st. 2. toč. 3. treba ostati apsolutna jer je vaganje ondje već provedeno od strane samog zakonodavca. Naprotiv, dokaze iz čl. 10. st. 2. toč. 2. trebalo bi *de lege ferenda* podvrgnuti mogućnosti sudskog odvagivanja bez obzira na težinu kaznenog djela.

---

<sup>59</sup> Kao argument u prilog „vaganju“, a nasuprot sustavu apsolutne ekskluzije, vrijedi parafrazirati davnašnju Vasiljeviću misao, prema kojoj bi potpuno oduzimanje vrijednosti svakom dokazu pribavljenom na nepropisan način značilo za propust procesnog tijela kazniti cijelu društvenu zajednicu (Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, 2. izdanje, Zavod za izdavanje udžbenika SR Srbije, 1971, str. 304).

## 9. ZAKLJUČAK

U teoriji kaznenog procesnog prava naširoko je pisano o suprotstavljenosti interesa kaznenog progona i interesa okrivljenikove obrane u kaznenom postupku te o potrebi da se ta dva interesa na razborit način uravnoteže. U tom kontekstu posljednjih je desetljeća u hrvatskom i komparativnom pravu zamjetna tendencija jačanja prava okrivljenikove obrane nauštrb interesa kaznenog progona. Na europskom kontinentu tu tendenciju osobito osnažuje aktivnost ESLJP-a, koji ekstenzivnim („dinamičnim“) tumačenjem Konvencije inaugurira i zaštićuje opsežan fundus prava okrivljenika, među kojima prominentno mjesto zauzima pravo na pravičan postupak.

Ocjena pravičnosti postupka kao cjeline, koju provodi ESLJP, uključuje i proces pribavljanja, odnosno upotrebe dokaza. Iako je u nekim segmentima dokaznih zabrana judikatura ESLJP-a relativno razvijena (npr. u kontekstu poticanja na kazneno djelo u okviru „posebnih istražnih metoda“ – tzv. *entrapment*), treba imati na umu da ESLJP zabranu korištenja nezakonitih dokaza ne smatra ni općim ni posebnim elementom pojma pravičnog postupka, nego tu problematiku ponajprije smatra predmetom regulacije nacionalnog zakonodavca. Uostalom, nezakonitost dokaza prema nacionalnom pravu za ESLJP je relevantna jedino ako ona ujedno predstavlja i povredu konvencijskog prava, pa je i u tom smislu doseg judikature tog suda ograničen.

Uzmemo li u obzir obuhvatnost definicije nezakonitih dokaza koju sadržava ZKP, mehanizam njihove procesne eliminacije (izdvajanje iz spisa predmeta) i činjenicu da praksa ekstenzivno tumači odredbu o bitnoj povredi kaznenog postupka koja se odnosi na upotrebu nezakonitih dokaza, dolazimo do zaključka da hrvatsko zakonodavstvo načelno pruža viši standard zaštite prava okrivljenika u području nezakonitih dokaza od onoga koji kao minimum zahtijeva ESLJP. Povrede prava na pravičan postupak koje se tiču materije nezakonitih dokaza, a koje je ESLJP utvrdio u pojedinim hrvatskim kaznenim postupcima, nisu dakle posljedica neodgovarajućih sistemskih rješenja na normativnoj razini, nego pojedinačnih povreda općih ili posebnih elemenata pravičnog postupka (npr. prava na obranu uz branitelja po vlastitom izboru u presudi *Dvorski protiv Hrvatske*). Te povrede za sobom po logici stvari povlače neupotrebljivost dokaza čijim su pribavljanjem prouzročene (u konkretnom slučaju neupotrebljivost priznanja koje je okrivljenik dao policiji).

S aspekta konvencijskog i ustavnog prava ni u čemu nije sporan čl. 10. st. 3. ZKP-a, kojim je kod najtežih kaznenih djela pri odlučivanju o zakonitosti dokaza iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a uvedeno odvagivanje interesa kaznenog progona i povrijeđenog prava. Takvo je vaganje uobičajeno u mnogim prominentnim pravnim porecima, pa i njemačkom, a ne dovodi ga

u pitanje ni ESLJP. Štoviše, smatramo da bi *de lege ferenda* trebalo otići i korak dalje te sve dokaze iz čl. 10. st. 2. toč. 2. podvrgnuti mogućnosti sudskog odvagivanja, čime bi se hrvatsko kazнено procesno pravo ponovno približilo uobičajenom kontinentalnom poimanju svrha kaznenog postupka. Daljnja potencijalna zakonska izmjena odnosi se na dokaze iz čl. 10. st. 2. toč. 4. ZKP-a. Doktrina plodova otrovne voćke, po uzoru na koju je uvedena ta zakonska odredba, čak je i u američkom pravu ograničena doktrinom neizbježnog otkrića, prema kojoj se ekskluzija ne primjenjuje ako bi tijela kaznenog progona do „ploda otrovne voćke“ svejedno došla i da su se držala zakonitog načina pribavljanja dokaza. Inspirativan u tom smislu može biti čl. 141. st. 4. švicarskog ZKP-a, koji zabranu upotrebe takva dokaza predviđa samo ako se za njega ne bi saznalo bez prethodnog pribavljanja izvornog nezakonitog dokaza.

Prema mišljenju autora, ovakve bi zakonske izmjene doprinijele uravnoteženijem pristupu složenoj problematici dokaznih zabrana. U nemogućnosti da procesna morfologija istodobno odgovori na sve suprotstavljene zahtjeve koji se pred nju postavljaju, treba nastojati pronaći „srednji“ put, koji će pomiriti razvitak doktrine ljudskih prava s činjenicom da svaka dokazna zabrana smanjuje mogućnost utvrđivanja istine, a time i mogućnost pravilne primjene kaznenog materijalnog prava.

---

## Summary

### ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE: THEORETICAL AND PRACTICAL DILEMMAS IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

In its introductory part, the paper presents some basic theoretical content related to the types, origins and purpose of the exclusion of evidence. Then comes a presentation of the various types of exclusion of evidence in the German theory of criminal procedure, legislation and case law. In the central part of the paper, the authors discuss evidence whose presentation leads to a violation of the right to a fair trial prescribed by Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In relation to this, they analyse when the use of evidence obtained by a violation of Article 3 of the Convention leads to an assessment by the ECtHR on the existence of a violation of the right to a fair trial, and when this assessment is the result of reviewing the fairness of the procedure in its entirety. A special section deals with cases of violation of Article 6 of the Convention by incitement to a criminal offence and by applying “special investigative techniques”. This is followed by an analysis of the mechanisms of enforcing judgments of the ECtHR, which is particularly relevant in the context of illegally obtained evidence due to the possibility of renewing criminal proceedings. The final part of the paper discusses illegally obtained evidence from the perspective of the

Criminal Procedure Act, also paying particular attention to the recent case law. Separate sections consider the procedural consequences of using illegally obtained evidence and particular categories of illegally obtained evidence pursuant to Article 10.2, followed by a discussion on weighing the interests of criminal prosecution against the violation of the law provided for in Article 10.3 of the Criminal Procedure Act. *De lege ferenda* proposals are given in the conclusion.

Keywords: illegally obtained evidence, right to a fair trial, serious violations of the provisions of criminal procedure, weighing of interests