

Dr. sc. Igor Martinović*
Dražen Tripalo**

ZVUČNO I SLIKOVNO SNIMANJE U KAZNENOM MATERIJALNOM I PROCESNOM PRAVU - TEORIJSKI I PRAKTIČNI IZAZOVI NOVIH TEHNOLOGIJA I ZAKONSKIH RJEŠENJA

Rad se sastoji od dva dijela. U prvom se obrađuju kaznena djela neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja (čl. 143. KZ-a) i neovlaštenog slikovnog snimanja (čl. 144. KZ-a). Daje se osvrt na novosti u odnosu na ranije zakonsko uređenje, nakon čega se prelazi na tumačenje odredaba svakog od navedenih dvaju zakonskih članaka i daju prijedlozi de lege ferenda. U drugom dijelu rada raspravlja se o mogućnosti uporabe snimke kao dokaza u kaznenom postupku. Pozornost se usmjerava osobito na tzv. privatne zvučne i slikovne snimke, uz prikaz slučajeva iz sudske prakse. Razmatra se i čl. 10. st. 3. ZKP-a, koji predstavlja relativizaciju odredbe o nezakonitim dokazima iz čl. 10. st. 2, kao i novosti u vezi s mogućnošću upotrebe snimke ispitivanja osumnjčenika pred policijom kao dokaza u kaznenom postupku.

Ključne riječi: neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje, neovlašteno slikovno snimanje, dokaz snimkom, privatna snimka

1. UVOD

Donedavno je zvučno i slikovno snimanje bilo privilegij malobrojnih pojedinaca koji su posjedovali nezgrapne tehničke naprave: videokamere, fotoaparate, magnetofone i sl. Međutim današnja tehnologija omogućuje zvučno i slikovno snimanje u mnogo većem obujmu nego ikada ranije. Snimanje se vrlo lako obavlja, a snimke se jednostavno i trajno pohranjuju u digitalnom obliku. One mogu sadržavati podatke koji mogu ozbiljno narušiti privatnost snimljene osobe, pa je logično da je Kazneni zakon¹ (dalje: KZ) određena ponašanja u

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

** Dražen Tripalo, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

¹ Kazneni zakon, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

ovoj domeni propisao kao kaznena djela (čl. 143. i 144.). Dakako, nove tehnologije ne donose samo probleme sa zaštitom privatnosti nego i nove mogućnosti u pronalasku i kažnjavanju počinitelja kaznenih djela. S time u vezi postavlja se pitanje mogućnosti upotrebe različitih kategorija snimki kao dokaza; naročito je kontroverzna mogućnost upotrebe zapisa koje su snimili građani na vlastitu inicijativu, a zakonska je novost i mogućnost dokazne ocjene snimke ispitivanja osumnjičenika pred policijom.

S obzirom na širinu normativnog okvira, rad je podijeljen u dva dijela: prvi dio bavi se kaznenim djelima neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja (čl. 143. KZ-a) i neovlaštenog slikovnog snimanja (čl. 144. KZ-a), a u drugom se dijelu obrađuje problematika mogućnosti upotrebe snimke kao dokaza u kaznenom postupku.

2. ZVUČNO I SLIKOVNO SNIMANJE U KAZNENOM MATERIJALNOM PRAVU

2.1. Kazneno djelo neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja (čl. 143. KZ-a)

Ovo djelo čini tko neovlašteno zvučno snimi nejavno izgovorene riječi drugoga ili tko posebnim napravama neovlašteno prisluškuje nejavno izgovorene riječi drugoga koje mu nisu namijenjene (st. 1.), odnosno tko snimljene riječi iz st. 1. uporabi ili učini dostupnim trećoj osobi ili tko prisluškivane riječi iz st. 1. doslovce ili u bitnim crtama javno iznese (st. 2.). Djelo iz čl. 134. KZ-a sljednik je kaznenog djela neovlaštenog snimanja i prisluškivanja iz čl. 131. st. 2. i 3. Kaznenog zakona iz 1997.² (dalje: KZ/97). Pravni kontinuitet, s obzirom na sličnost zakonskih opisa, najčešće nije sporan, ali se on ne podrazumijeva u svim slučajevima jer je određenih, manjih zakonskih izmjena ipak bilo: formulacija „razgovor ili izjavu koji mu nisu namijenjeni“ (čl. 131. st. 2. KZ/97) zamijenjena je u novom zakonu izrazom „nejavno izgovorene riječi“, što znači da sada za ovo djelo odgovara i počinitelj koji je neovlašteno snimio razgovor u kojem je i sam sudjelovao. Daljnja novost u odnosu na KZ/97 sastoji se u propisivanju razloga isključenja protupravnosti (čl. 143. st. 4. KZ-a).

² Kazneni zakon, NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 143/12.

2.1.1. Djelo iz st. 1.

Zaštićeno pravno dobro jest *nejavno izgovorena riječ*³ kao sastavni dio prava na privatnost. Štiteći to dobro, zakonodavac nastoji osigurati da riječi koje su jednokratno izgovorene ne ostanu trajno zabilježene i podložne reprodukciji, čime omogućava slobodu nejavne usmene komunikacije. Penalizirajući i prisluškivanje, zakonodavac je otišao korak dalje i zaštitio sadržaj komunikacije od osoba kojima nije namijenjena i u slučajevima u kojima se ne vrši snimanje.

Izgovorena riječ jest svaki artikulirani glas ili skup glasova koji ima neko značenje. Drugi izgovoreni zvukovi (npr. smijeh) ne ulaze u pojam izgovorene riječi. U taj pojam ne ulaze ni geste, ali ulaze artikulirane pjevane riječi. Povjerljivost i sadržaj izgovorenih riječi nisu važni, kao ni jezik na kojem su izgovorene. Izgovorene su riječi *nejavne* kada nisu usmjerene ni neposredno razumljive neograničenom krugu osoba ili širem krugu međusobno nepovezanih osoba. Iz prisutnosti pojedinaca koje govornik nije zamijetio ne slijedi nužno da su izgovorene riječi javne. Riječi ne čini javnima već to što su izgovorene na javnom mjestu ili to što se odnose na teme koje nisu strogo privatne. Ocjena o tome jesu li riječi izgovorene javno ili nejavno ovisi o tome kome je sam govornik namijenio riječi, ali i o objektivnim okolnostima slučaja. Za tu ocjenu nije važan broj osoba kojima su riječi upućene, već zatvorenost tog kruga osoba; nejavne, prema tome, mogu biti i riječi upućene većem broju osoba, npr. na poslovnim, stranačkim ili sindikalnim sastancima koji su zatvoreni za javnost. Nejavno izgovorene mogu biti i riječi službenih osoba i državnih dužnosnika. Riječi koje su glasno izgovorene na javnom mjestu, tj. koje bez posebnih naprava mogu čuti i druge osobe, gube svojstvo nejavnosti.⁴

Mora se raditi o riječima *drugoga*. Stoga za djelo ne odgovara tko zvučno snimi isključivo samoga sebe (VSRH, I Kž-1092/06). Međutim odgovara za djelo iz st. 2. tko uporabi ili učini dostupnim trećoj osobi snimku na kojoj je druga osoba snimala samu sebe ili na kojoj je ovlašteno snimala tuđe nejavno izgovorene riječi; u tim se slučajevima radi o riječima drugoga jer je počinitelj onaj tko je uporabio snimku ili je učio dostupnom trećim osobama, a ne onaj tko ju je snimio.

Zvučno snimanje jest bilježenje izgovorenih riječi na nosač zvuka ili medij za pohranu podataka koji omogućava svakodobnu akustičku reprodukciju. Za ovu radnju odgovara i tko snima vlastiti razgovor s drugom osobom bez njezi-

³ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (dalje: MK)-*Graf*, § 201., r. br. 2.

⁴ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch (dalje: Lackner/Kühl)-*Kühl*, § 201., r. br. 2; MK-*Graf*, § 201., r. br. 14, 15, 17, 18.

na pristanka.⁵ Skrivenost uređaja za snimanje nije obilježje djela.⁶ Pod pojam snimanja ne potpada umnožavanje već stvorene snimke, no takvu je radnju pod određenim uvjetima moguće podvesti pod djelo iz st. 2.

Prisluškivanje je ciljano radnja počinitelja koja nadilazi puko pasivno slušanje. Stoga nije riječ o prisluškivanju kad netko iskoristi slučajno ili od strane treće osobe stvorenu mogućnost slušanja tuđih riječi (npr. slušanje bivšeg sugovornika koji je zaboravio prekinuti telefonski razgovor). Osoba koja se nađe u prilici slušanja tuđeg razgovora nije se dužna udaljiti ili na drugi način onemogućiti slušanje

Prisluškivanje je kažnjivo jedino kada se vrši *posebnim napravama*. To su naprave koje pojačavanjem zvuka ili njegovim daljinskim prijenosom pojačavaju ili omogućuju čujnost izgovorenih riječi. U pojam su uključene i naprave za prisluškivanje telefonskih razgovora. Ne mora se raditi o napravama čije je posjedovanje zabranjeno.⁷ Nije kažnjivo prisluškivanje koje se odvija bez pomagala, npr. slušanjem kroz zid ili zatvorena vrata. Kod prisluškivanja se mora raditi o riječima koje *nisu namijenjene počinitelju*. O tome kome su riječi namijenjene odlučuje onaj tko ih izgovara.

U st. 1. propisano je da snimanje, odnosno prisluškivanje, mora biti *neovlašteno*. Tom se riječju naglašava da kod ovog kaznenog djela dolazi u obzir isključenje bića djela (uslijed pristanka snimane osobe), odnosno protupravnosti (zbog postojanja nekog od razloga isključenja protupravnosti).

2.1.2. Djelo iz st. 2.

Radnje počinjenja opisane u st. 2. jesu uporaba ili činjenje dostupnim snimljenih riječi iz st. 1. trećoj osobi i javno iznošenje prisluškivanih riječi iz st. 1. u bitnim crtama. Uporabiti ili učiniti dostupnim mogu se neovlašteno, ali i *ovlašteno* snimljene zvučne snimke nejavno izgovorenih riječi drugoga. Ovo djelo čini dakle i tko bez pristanka snimljenih osoba uporabi ili učini dostupnim trećoj osobi snimku koja je ovlašteno snimljena, npr. računalni tehničar koji na tuđem računalu pronađe zvučnu snimku razgovora koji je ovlašteno snimao jedan od sugovornika, pa tu snimku proslijedi trećim osobama. To se tumačenje temelji na okolnosti da su objekt radnje iz st. 2. „snimljene riječi iz stavka 1.“, dakle *snimljene nejavno izgovorene riječi drugoga*; zakon ne traži da te riječi budu snimljene neovlašteno. Drugačije bi tumačenje i s teleološkog

⁵ Tako i Turković i dr., Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, 2013 (dalje: Turković i dr.), str. 195; Derenčinović (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013 (dalje: Derenčinović [ur.] - *Munivrana Vajda*, str. 124.

⁶ Srzentić i dr., Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine, Savremena administracija, 1986 (dalje: Srzentić i dr.), str. 218.

⁷ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch (dalje: NK) - *Kargl*, §. 201., r. br. 17.

aspekta bilo neprihvatljivo jer bi ostavljalo značajne zakonske praznine koje bi omogućavale nekažnjeno javno iznošenje ljudske privatnosti.

Pod pojmom *uporabe* podrazumijeva se akustička reprodukcija snimke. Snimku uporabljuje i tko umnoži neovlašteno sačinjenu snimku pa reproducira tu kopiju; to slijedi iz okolnosti da zakon sankcionira uporabu snimljenih riječi, a ne uporabu konkretnog nosača zvuka na koji je snimka prvi put zabilježena. Snimljene riječi čini dostupnim trećemu tko mu pruži mogućnost da presluša snimku. Nije nužno da treća osoba snimku doista i presluša.⁸ Snimljene riječi čini dostupnim trećemu i tko mu u bitnim crtama prepriča sadržaj snimke. *Javno iznijeti* prislušivane riječi znači učiniti ih dostupnim većem, individualno neodređenom krugu osoba. Riječi mogu biti iznesene usmeno i pisano, uključujući i internetsku komunikaciju. Prislušivane riječi ne moraju biti iznesene doslovno.

2.1.3. Pristanak i razlozi isključenja protupravnosti

Pristanak isključuje biće kaznenog djela iz čl. 143. KZ-a. On je valjan jedino ako su ga dale sve osobe koje sudjeluju u snimanom ili prislušivanom razgovoru. Pristanak većine sudionika u razgovoru nije dovoljan. On može biti i konkludentan; indicij postojanja takva pristanka jest okolnost da govornik zna za snimanje i unatoč tome govori. Međutim riječ je samo o indiciju jer ta okolnost ne znači uvijek da govornik pristaje na snimanje.⁹

Nekoliko je tipičnih razloga isključenja protupravnosti kod ovog kaznenog djela. Primjerice radi se o nužnoj obrani kad žrtva snima riječi počinitelja kojima je on iznuđuje. U slučajevima trajne opasnosti¹⁰ treba priznati krajnju nuždu. To je opasnost kod koje se napad može nastaviti u svakom trenutku. Primjerice žrtva koju počinitelj kontinuirano vrijeđa ili joj prijeti putem telefona smije „iz predostrožnosti“ snimati telefonske razgovore s počiniteljem i u slučaju da uvrede ili prijetnje u konkretnom razgovoru još nisu započele ili su već prestale. Takvo je zvučno snimanje prikladan način otklanjanja opasnosti kad se ima u vidu mogućnost identifikacije počinitelja.¹¹ Neovlaštenost (protupravnost) zvučnog snimanja i prislušivanja može biti isključena i na temelju Zakona o kaznenom postupku (dalje: ZKP)¹² ili drugih zakona.

⁸ Tako i Derenčinović (ur.)-*Munivrana Vajda*, 125.

⁹ NK-*Kargl*, § 201., r. br. 23-24.

¹⁰ Opširnije o trajnoj opasnosti Martinović, Trajna opasnost kao oblik istodobne opasnosti u okvirima krajnje nužde, HLJKPP 2/2010, str. 867-891.

¹¹ MK-*Graf*, § 201., r. br. 50; NK-*Kargl*, § 201., r. br. 25-26.

¹² Zakon o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.

Zakonodavac je u čl. 143. st. 4. KZ-a propisao *poseban razlog isključenja protupravnosti*, koji je konceptijski sličan krajnjoj nuždi i predstavlja njezinu nadopunu. Prema toj odredbi nema kaznenog djela ako su radnje iz stavka 1. i 2. ovoga članka učinjene u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežniji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe. Ovaj je razlog isključenja protupravnosti šireg opsega od krajnje nužde jer se ne traži postojanje istodobne opasnosti. Razlog iz st. 4. vrijedi za sve radnje opisane u st. 1. i 2. *Javni interes* koji preteže nad interesom zaštite privatnosti jest u prvom redu *interes progona kaznenih djela* i drugih kažnjivih ponašanja.¹³ Interesi progona obuhvaćaju interese *otkrivanja* i *dokazivanja* kaznenih djela i drugih kažnjivih ponašanja. Dok krajnja nužda obuhvaća samo slučajeve u kojima se još nije realizirala opasnost nastupanja povrede pravnog dobra, razlog isključenja protupravnosti iz st. 4. obuhvaća i slučajeve u kojima je povreda pravnog dobra već nastupila, tj. u kojima je djelo *već dovršeno*, ali još nije otkriveno, ili je otkriveno, ali još nije dokazano. Odvagivanje interesa kaznenog progona s interesom zaštite privatnosti vrši se u svakom pojedinom slučaju. Rezultat odvagivanja umnogome ovisi o težini počinjenog djela. Osim interesa kaznenog progona, u obzir dolaze i *drugi javni interesi*. Ti interesi mogu se odnositi na saznavanje istine o prošlim događajima ili na sprečavanje budućih štetnih događaja. Osim kada je riječ o interesu progona kažnjivih ponašanja, javni interes za saznavanjem istine o prošlim događajima rijetko kad može prevagnuti nad interesom zaštite privatnosti, npr. radi dokazivanja sukoba interesa državnih dužnosnika.

Pitanje javnog interesa postavlja se naročito u kontekstu *medijskih sloboda*. O značenju medijskih sloboda ESLJP navodi sljedeće: „Iako mediji ne smiju prijeći određene granice, osobito u pogledu zaštite ugleda i prava drugih, njihova je zadaća pružati – na način koji je sukladan njihovim obvezama i odgovornostima – informacije i ideje o svim predmetima javnog interesa. (...) Ne samo da mediji imaju zadaću pružanja takvih informacija i ideja; javnost ima pravo primiti ih. U suprotnom mediji ne bi bili u mogućnosti obavljati svoju ulogu ‘javnog psa čuvara’“. Međutim zaštita medijskih sloboda „može ustupiti pred zahtjevima čl. 8. kada je informacija o kojoj je riječ privatne ili intimne prirode i ne postoji javni interes njezine diseminacije“ (*Couderc i Hachette Filipacchi Associés protiv Francuske*, presuda od 10. XI. 2015., § 89.). U praksi ESLJP-a razvijeni su sljedeći kriteriji odvagivanja medijskih sloboda, zaštićenih u okviru čl. 10. EKLJP-a, i prava na privatnost, zaštićenog u okviru čl. 8. EKLJP-a: doprinos konkretnog medijskog sadržaja debati od javnog interesa, stupanj poznatosti žrtve, tema izvještavanja, prijašnje ponašanje žrtve te sadržaj, oblik i posljedice publikacije (*ibid.*, § 93.). Ti kriteriji mogu se koristiti i u domaćoj praksi pri utvrđivanju pretežnog interesa u smislu čl. 143. st. 4. KZ-a.

¹³ Tako i Turković i dr., str. 195.

2.2. Kazneno djelo neovlaštenog slikovnog snimanja (čl. 144. KZ-a)

2.2.1. *De lege lata*

Djelo iz čl. 144. st. 1. KZ-a čini tko drugoga koji se nalazi u stanu ili prostoru posebno zaštićenom od pogleda neovlašteno slikovno snimi ili takvu snimku uporabi ili učini dostupnom trećoj osobi i na taj način povrijedi njegovu privatnost. Pravno dobro koje se štiti jest privatnost; u usporedbi sa zvučnim snimanjem, ona se štiti u suženom obujmu jer slikovno snimanje drugoga na mjestima koja nisu posebno zaštićena od pogleda ne predstavlja kazneno djelo iz čl. 144. KZ-a. Sekundarno se štite i komercijalni interesi raspolaganja vlastitom slikovnom snimkom.¹⁴

Kažnjivost je sužena u odnosu na KZ/97, koji je u čl. 131. st. 1. inkriminirao svako slikovno snimanje koje je učinjeno „neovlašteno i kriomice“. Takav je potez predlagatelj zakona argumentirao time što „nikakvo snimanje na javnom mjestu ne može biti kažnjivo, jer je ono postalo socijalno prihvatljivo; pretpostavlja se da je svatko samim tim što se pojavio u javnosti pristao na snimanje.“¹⁵ U usporedbi s KZ/97, kažnjivost je u jednom segmentu i proširena jer je ranije kazneno djelo postojalo jedino ako je snimanje počinjeno kriomice. Danas se taj uvjet ne traži, pa obilježja djela ostvaruje npr. i počinitelj koji u stanu snima osobu koja je svjesna snimanja, ali mu se protivi.

Stan je skup prostorija namijenjenih trajnijem boravku pojedinca ili skupine pojedinaca. Pojam stana blizak je pojmu doma, ali ne i istovjetan; u pojam stana ulaze i npr. neuseljeni stanovi. Za ocjenu radi li se o stanu nije ključno je li u funkciji, nego je li prostorno izdvojen (omeđen zidom ili sl.). Stan ne mora biti zaštićen od pogleda pa su ovim kaznenim djelom obuhvaćeni i stanovi čija je unutrašnjost vidljiva izvana, npr. stanovi koji imaju velike prozore.¹⁶ Žrtva se mora nalaziti u samom stanu, dok se počinitelj može nalaziti u stanu, ali i izvan njega, npr. u slučaju snimanja kroz otvoren prozor ili uz pomoć *web*-kame. Nebitno je u čijem je stan vlasništvu.

Žrtva se može nalaziti i u drugom *prostoru posebno zaštićenom od pogleda*. Takav prostor ne mora biti zatvoren u smislu da je prodiranje u njega npr. prepriječeno zidom; od pogleda su posebno zaštićeni i prostori kao što su svlačionice na plažama, pa i kada je njihova unutrašnjost uz stanoviti napor promatrača vidljiva, npr. odozgo. Posebno zaštićeni od pogleda jesu i prostori kao što su solariji, svlačionice u trgovačkim centrima, automobili sa zamračenim staklima, kamp-prikolice s navučenim zavjesama, hotelske sobe itd.¹⁷ Takav

¹⁴ Tako Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (dalje: Sch/Sch)-*Lenckner/Eisele*, § 201.a, r. br. 2.

¹⁵ Ministarstvo pravosuđa, Konačni prijedlog Kaznenog zakona, Zagreb, listopad 2011.

¹⁶ NK-*Kargl*, § 201.a, r. br. 4.

¹⁷ MK-*Graf*, § 201.a, r. br. 24.

je prostor i dvorište zaklonjeno od pogleda, pri čemu ono može biti i vidljivo iz zraka. S obzirom na to da zakonodavac nije predvidio samostalnu radnju kojom bi, makar u izvanrednim situacijama, inkriminirao snimanje ljudske intime na javnom prostoru, pojam prostora posebno zaštićenog od pogleda treba tumačiti *ekstenzivno*, na način da obuhvaća i prostore koji su od pogleda zaštićeni samom udaljenošću ili prirodnim pokrovom (npr. osamljeni čamci koji plove pučinom; zabačeni dijelovi prirode); u suprotnom bi bilo dopušteno npr. snimati i objavljivati slikovne snimke nudista na skrivenoj nudističkoj plaži ili para koji spolno opći na skrivenom mjestu. Nasuprot tome načelno se ne mogu smatrati posebno zaštićenima od pogleda zatvoreni prostori u koje javnost u svakom trenutku smije slobodno ulaziti, npr. restorani. No i takve prostore treba smatrati posebno zaštićenima od pogleda kada se u njima održavaju privatne proslave i sl., pod uvjetom da je pristup dopušten ograničenom krugu osoba. I poslovni prostor u određenim se slučajevima može smatrati prostorom posebno zaštićenim od pogleda, osobito ako je zaključan ili ako je pristup dopušten samo poimenično određenim osobama.

Objekt slikovnog snimanja mora biti *druga osoba*. Tko snimi mrtvu osobu ne odgovara za neovlašteno slikovno snimanje, ali može odgovarati za povredu mira pokojnika (čl. 332. KZ-a).¹⁸ Mora se raditi o stvarnoj slikovnoj snimci, a ne o crtežima, računalno generiranim prikazima i sl. Snimljena osoba ne mora biti u potpunosti prepoznatljiva, ali se mora moći identificirati.¹⁹ Dovoljno je da na slici bude prikazan dio tijela osobe, ali uz uvjet da je na temelju tog dijela tijela moguće identificirati osobu.

Pojam *slikovnog snimanja* obuhvaća sve radnje kojima se optički spoznatljive informacije pohranjuju na nosač slike ili medij za pohranu podataka. Pod pojam snimanja ne potpada umnožavanje već pohranjene snimke, no takvu je radnju pod određenim uvjetima moguće podvesti pod druge modalitete djela. Puko promatranje tehničkim pomagalicama, npr. dalekozorom ili kamerom, ne može se podvesti pod pojam snimanja ako pritom ne dolazi do pohranjivanja slike.

Djelo čini i tko *takvu snimku uporabi ili učini dostupnom trećoj osobi*. Riječ „takvu“ u sintagmi „takvu snimku“ odnosi se na slikovnu snimku drugoga koji se nalazi u stanu ili prostoru posebno zaštićenom od pogleda. Zakon ne traži da ta snimka bude snimljena neovlašteno, pa objekt ovih radnji mogu biti neovlašteno, ali i *ovlašteno* snimljene slikovne snimke drugoga, npr. seksualno eksplicitne fotografije vlasnika koje je vlasnik sam snimio, a do kojih je počinitelj nezakonito došao i objavio ih na internetu.

¹⁸ Neprihvatljiv je stav iz Konačnog prijedloga Kaznenog zakona (2011.) da neovlašteno slikovno snimanje obuhvaća i snimanje mrtvih osoba jer čovjek koji je mrtav u trenutku snimanja ne predstavlja *drugoga*.

¹⁹ Sch/Sch-Lenckner/Eisele, § 201.a, r. br. 4.

Uporaba slikovne snimke podrazumijeva iskorištavanje tehničkih mogućnosti snimke, npr. njezino presnimavanje, umnožavanje, prerađivanje pomoću računalnih alata, preuzimanje s interneta itd. Počinitelj uporabe ne mora biti ista osoba koja je izvršila snimanje. Uporabu ne predstavlja puko gledanje snimke;²⁰ suprotan bi zaključak bio neodrživ jer bi tada gledanje osoba na snimkama bilo kažnjivo, dok bi promatranje istih osoba uživo uz pomoć tehničkih pomagala (npr. dalekozora ili kamere) bilo nekažnjivo.²¹ Snimku čini dostupnom trećemu tko mu pruži mogućnost da pregleda tu snimku. Nije nužno da treća osoba tu snimku doista i pregleda. Snimku ne čini dostupnom trećemu tko ga pisanim ili usmenim putem izvijesti o sadržaju snimke.

Obilježja djela ostvarena su samo ako je prouzročena *povreda privatnosti* snimljene osobe kao posljedica djela. Iz zakonskog izričaja proizlazi da se radnjama opisanima u st. 1. ne povređuje uvijek privatnost snimljene osobe. Za ocjenu o tome radi li se u konkretnom slučaju o povredi privatnosti bitno je razlikovati *intimnu, privatnu, socijalnu i javnu sferu* žrtve; opširnije v. dolje, 3.2.

Riječ *neovlašteno* koja je sastavni dio zakonskog opisa upućuje na mogućnost isključenja bića kaznenog dijela, zbog pristanka snimane osobe, odnosno protupravnosti, zbog postojanja nekog od razloga isključenja protupravnosti. Ona je u konačnici suvišna jer bi ista pravila vrijedila i kad ne bi bila dio zakonskog opisa.

Pristanak isključuje biće djela. Pristanak vlasnika stana, odnosno prostora posebno zaštićenog od pogleda, nije relevantan; potreban je pristanak snimane osobe. On je valjan samo ako su ga dale sve snimane osobe; pristanak većine nije dovoljan. Pristanak može biti i konkludentan.

Riječ „neovlašteno“ upućuje i na mogućnost postojanja *razloga isključenja protupravnosti*, primjerice nužne obrane ili krajnje nužde. Neovlaštenost (protupravnost) zvučnog snimanja i prislušivanja može biti isključena i na temelju ZKP-a ili drugih zakona. Kod neovlaštenog slikovnog snimanja ne postoji poseban razlog isključenja protupravnosti po uzoru na čl. 143. st. 4.

2.2.2. *De lege ferenda*

Sužavanje kažnjivosti u odnosu na KZ/97 predlagatelj zakona obrazložio je time što „nikakvo snimanje na javnom mjestu ne može biti kažnjivo, jer je ono postalo socijalno prihvatljivo; pretpostavlja se da je svatko samim tim što se pojavio u javnosti pristao na snimanje“ (v. gore, 2.2.1.). Međutim takvo je stajalište veoma dvojbeno kad se imaju u vidu neugodni događaji koji čovjeka – često i bez njegove krivnje – mogu zadesiti na javnom mjestu, npr. prometne nesreće, manifestacije tjelesnih i duševnih bolesti (povraćanje, krvarenje, defe-

²⁰ Tako i Derenčinović (ur.)-*Munivrana Vajda*, str. 128.

²¹ Sch/Sch-*Lenckner/Eisele*, § 201.a, r. br. 15.

kacija, halucinacije, *delirium tremens*, umiranje) itd. Snimanje takvih događaja ne može se *de lege lata* podvesti pod kazneno djelo neovlaštenog slikovnog snimanja, što je kriminalnopolitički problematično jer je povreda privatnosti u takvim slučajevima neupitna.

Potpuno otklanjanje kaznenopravne odgovornosti za slikovna snimanja na javnim mjestima nije na tragu standarda zaštite privatnosti razvijenima u okviru prakse ESLJP-a. Taj je sud u nekim slučajevima objavljivanja slikovnih zapisa snimljenih na javnim mjestima utvrdio povredu prava pojedinca na vlastitu sliku, koje je sastavni dio prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8. EKLJP-a). Povredu čl. 8. ESLJP-a utvrdio je primjerice u slučaju objavljivanja slikovne snimke pojedinca koji je, bolujući od depresije, hodao ulicom s kuhinjskim nožem u ruci u namjeri počinjenja samoubojstva (*Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. I. 2003.); u slučaju fotografiranja novorođenčeta bez pristanka roditelja (*Reklos i Davurlis* [eng. Davourlis] *protiv Grčke*, presuda od 15. I. 2009.); u slučaju objavljivanja fotografija podnositeljice zahtjeva (inače javne osobe) kako igra tenis, kupuje, jede u restoranu, vozi bicikl, skija itd. (*von Hannover protiv Njemačke*, presuda od 24. VI. 2004.).

I u komparativnom pravu postoje mnogi primjeri proširenja kažnjivosti na određena snimanja koja su izvršena na javnom mjestu. Primjerice u § 201.a njemačkog Kaznenog zakonika inkriminira se snimanje (uključujući i na javnom mjestu) druge osobe u stanju bespomoćnosti, kao i slučajevi u kojima je snimka prikladna značajno naštetiti reputaciji snimane osobe. Prema čl. 138. st. 1. slovenskog Kaznenog zakonika kažnjivost postoji glede svih slikovnih snimki snimljenih bez pristanka snimanoga ako se time „osjetno zadire u njegovu privatnost“.

3. SNIMKA KAO DOKAZ U KAZNENOM POSTUPKU

3.1. Polazna razmatranja

ZKP kao dokaznu radnju predviđa *dokaz snimkom* (čl. 330.), ali je uređuje vrlo sumarno: u čl. 330. st. 1. navodi se da se snimka koja služi za utvrđivanje činjenica pribavlja primjenom odredaba glave XVIII., u čl. 330. st. 2. propisuju se mjere za očuvanje integriteta snimke, u čl. 330. st. 3. propisuje se da se sadržaj snimke utvrđuje njezinim reproduciranjem, a u čl. 330. st. 4. da snimku reproducira stručna osoba. U teoriji ne postoji konsenzus o pitanju je li dokaz snimkom podvrsta dokaza ispravom (što bi proizlazilo iz definicije isprave iz čl. 87. st. 15. KZ-a, prema kojoj je isprava svaki predmet koji sadrži zapis, znak ili sliku koji je podoban ili određen da služi kao dokaz neke činjenice koja ima vrijednost za pravne odnose) ili je riječ o posebnoj vrsti dokaza²² (što bi

²² Tako npr. Krapac, *Kazneno procesno pravo: Institucije*, Narodne novine, 7. izdanje, 2015, str. 515.

proizlazilo iz okolnosti da snimke ne sadrže zapise učinjene pismom). ZKP je prihvatio drugu koncepciju, premda bi se snimka mogla podvesti i pod pojam isprave.

Kada uređuje dokaz snimkom, zakon se ne bavi pitanjem *nastanka* snimke. Snimku može sačiniti službena osoba koja provodi određenu procesnu radnju (npr. snimka nastala u okviru primjene posebnih dokaznih radnji, snimka očevida, snimka ispitivanja okrivljenika itd.), građanin koji sudjeluje u posebnoj dokaznoj radnji (pouzdanik), ali i građanin koji samoinicijativno, bez sudjelovanja državnih tijela, provodi zvučno ili slikovno snimanje. Upravo je posljednji slučaj naročito zanimljiv jer se dotiče mnogih kontroverznih teorijskih i praktičnih pitanja.

Što se tiče snimki koje su samoinicijativno zabilježili građani, one se u kaznu građu mogu uključiti na način da ih sukladno odredbama ZKP-a pribavi ovlašteno tijelo (npr. fotografija pribavljena pretragom okrivljenikova računala ili snimka nadzorne kamere koju je trgovački lanac predao državnom odvjetniku na njegov zahtjev), ali i tako da ih priloži sam građanin, npr. potkrepljujući snimkom kaznenu prijavu ili svoj svjedočki iskaz. Iako potonju varijantu ZKP ne spominje u čl. 330., jer ondje govori samo o snimkama koje se pribavljaju dokaznim radnjama, takvi dokazi nisu *a priori* isključeni.²³

Privatne su snimke stvorene od strane osoba koje ni *in abstracto* nisu ovlaštene provoditi dokazne radnje. Slikovnim i zvučnim snimanjem te osobe ne krše procesnu formu koju traži ZKP jer se ta forma zahtijeva isključivo od državnih tijela. Za privatnu osobu koja snima tuđi razgovor kako bi njime npr. potkrijepila kaznenu prijavu protiv jednog od sudionika tog razgovora ne može se reći da postupa protivno ZKP-u, tj. da samim snimanjem krši zabranu pribavljanja dokaza, pa makar to snimanje predstavljalo i kazneno djelo. Drugo je međutim pitanje može li se takva „privatna“ snimka upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku. Na to pitanje nije moguće unaprijed dati odgovor; neke se privatne snimke smiju upotrijebiti kao dokaz, a druge ne smiju. U njemačkoj se teoriji u potonjem slučaju govori o „samostalnoj zabrani ocjene dokaza“ (*selbstständiges Verwertungsverbot*); te su zabrane samostalne jer se ne nadovezuju na neku konkretnu zabranu pribavljanja dokaza propisanu procesnim normama.²⁴ Analogno tome u hrvatskom bismo pravu takve nezakonite dokaze mogli nazvati *samostalnim* nezakonitim dokazima.

Kao što je rečeno, samostalnim nezakonitim dokazima ne povređuju se procesni propisi o formi provođenja dokaznih radnji. Katkad se međutim u

²³ Takve dokaze dopuštenima smatra i Krapac (*op. cit.*, str. 517), navodeći da se kao dokaz smiju koristiti i snimke nastale izvan kaznenog postupka, pri čemu nije važno obavlja li takvu registraciju državno tijelo, pravna ili fizička osoba.

²⁴ Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, Beck, 26. izdanje, 2009, str. 169.

sudskim odlukama pri obrazloženju nezakonitosti određenih snimaka susreću generalizacije prema kojima se privatne snimke ne mogu koristiti kao dokaz u postupku jer su pribavljene na način koji je protivan procesnim odredbama; takva obrazloženja ne stoje jer bi iz njih slijedilo da je u kaznenom postupku kao dokaze moguće ocjenjivati jedino snimke koje su sastavila državna tijela, a privatne snimke jedino ako je njihovo pribavljanje – posredovanjem državnih tijela – „presvučeno“ u formu dokazne radnje (npr. privatna snimka koja je otkrivena pretragom računala, ali ne i privatna snimka koju je oštećenik samoinicijativno priložio uz kaznenu prijavu). Legitimna je argumentacija suda kada ocjenu o nezakonitosti snimke razgovora kao dokaza obrazlaže time da je sačinjena „bez znanja optuženika da se njegov razgovor snima i bez njegova pristanka na snimanje“, ali je – s obzirom na položaj „običnog“ građanina kao osobe koja nije adresat procesnih odredbi o dokaznim radnjama – suvišna daljnja argumentacija da takva snimka „može biti dokaz u kaznenom postupku samo onda ako je snimanje izvršeno u skladu s odredbama zakona u kojemu je propisano kada i pod kojim uvjetima je moguće ograničenje ustavnih prava građana na nepovredivost komuniciranja na daljinu i kada tehnička snimka razgovora može biti dokaz u kaznenom postupku“ (VSRH, I Kž-252/08; slično VSRH, I Kž-981/02; VSRH, III Kr-11/17).

S obzirom na to da se pribavljanjem samostalnih nezakonitih dokaza ne krše procesni propisi, ocjena takvih dokaza ne može biti protivna čl. 10. st. 1. toč. 3. ZKP-a, u kojem se predviđa nezakonitost dokaza „koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ovim Zakonom“. Međutim ocjena takvih dokaza može predstavljati povredu čl. 10. st. 2. toč. 1. ZKP-a, npr. kada privatna osoba snimku pribavi mučenjem okrivljenika, ili čl. 10. st. 2. toč. 2., npr. kada privatna osoba tehničkom napravom snimi razgovor muža i žene u bračnoj postelji, a onda i povredu čl. 10. st. 2. toč. 4. (plodovi otrovne voćke). To je i stajalište sudske prakse, npr. u odluci VSRH (I Kž Us-31/12) u kojoj taj sud otklanja žalbene navode USKOK-a da se na privatne snimke ne primjenjuje odredba čl. 10. st. 2. ZKP-a iz razloga što se na građane ne mogu primjenjivati odredbe ZKP-a koje se odnose na provođenje posebnih dokaznih radnji; navedenoj argumentaciji USKOK-a nema se što prigovoriti kada je riječ o dokazima iz čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP-a, ali je sud u pravu kada zakonitost privatnih snimki propituje kroz prizmu čl. 10. st. 2. toč. 2. jer se ta odredba – za razliku od toč. 3. – odnosi i na samostalne nezakonite dokaze.

3.2. Zakonitost privatne snimke kao dokaza u kontekstu prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a)

Zvučna ili slikovna snimka, sukladno čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a, predstavlja nezakonit dokaz ako se njezinim pribavljanjem povređuje pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života zajamčeno Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom.

Neprijeporno je da nezakonit dokaz u smislu čl. 10. st. 2. toč. 2. predstavlja snimka pribavljena počinjenjem kaznenog djela neovlaštenog zvučnog snimanja i prislušivanja (čl. 143. KZ-a) ili neovlaštenog slikovnog snimanja (čl. 144. KZ-a). Nije nužno da se radi o kaznenom djelu u pogledu kojeg postoji pravomoćna osuda; dovoljno je da u tom smjeru postoji stupanj sumnje koji je dovoljan da dovede do nužnosti zabacivanja dokaza temeljem načela *in dubio pro reo*. O kaznenim djelima iz čl. 143. i 144. KZ-a opširnije v. gore, 2.

Međutim, čak i kada je nedvojbeno da snimka nije pribavljena na način koji predstavlja kazneno djelo, to još uvijek nije dovoljno za ocjenu da je takav dokaz zakonit. U tom smislu Vrhovni sud pravilno navodi da ustavnu zaštitu osobnog života, koja se manifestira propisivanjem dokaznih zabrana iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a, „nije moguće derogirati činjenicom što čin snimanja nejavnog razgovora ne predstavlja kazneno djelo iz čl. 143. st. 1. KZ/11“ (VSRH, I Kž Us-2/16; slično i VSRH, I Kž Us-151/15; Županijski sud u Zagrebu, Kž-436/16). Na drugoj „stepenici“ ocjene o zakonitosti snimke kao dokaza treba razmotriti sukladnost njezina pribavljanja normama Ustava i međunarodnog prava; tek ako i ta „prepreka“ bude prijeđena, dokaz se može smatrati zakonitim u smislu čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a.

U sudskoj praksi pitanje zakonitosti privatnih snimki kao dokaza raspravlja se u nekoliko tipskih situacija. Pitanje zakonitosti u praksi se i ne postavlja (osim kada postoje uvjeti za primjenu iznimke iz čl. 10. st. 3.) u slučajevima u kojima postoje jasne indicije na moguće počinjenje kaznenog djela od strane snimatelja, npr. u hipotetskom slučaju kada bi netko iz znatiželje snimao tuđi razgovor i slučajno na snimci zabilježio uvrede koje je jedan od sugovornika iznio na račun treće osobe. Ono se, naprotiv, često postavlja u slučajevima u kojima je sigurno ili vjerojatno da snimanje ne predstavlja kazneno djelo, ali je uporaba dokaza svejedno sporna s aspekta ustavnih normi.²⁵ Kada se radi o

²⁵ Krapac već iz same činjenice da snimanje određenog razgovora *ne predstavlja kazneno djelo* zaključuje da se snimka takva razgovora *smije* upotrijebiti kao dokaz. On naime smatra da iz okolnosti da određeno snimanje nije kazneno djelo slijedi da takvo snimanje nije dokinulo ustavno pravo osumnjičenika na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (Krapac, *op. cit.*, str. 518). Međutim takvo stajalište previđa da povreda ustavnih normi, pa tako i one koja se odnosi na navedeno ustavno pravo, ne mora uvijek podrazumijevati počinjenje kaznenog

zvučnim snimkama, kontroverze izaziva mogućnost dokazne ocjene zvučnih snimki vlastitih ili tuđih razgovora koje je bez pristanka govornika sačinila privatna osoba. Kada je riječ o slikovnim snimkama, postavlja se pitanje dopustivosti ocjene snimki zabilježениh od strane nadzornih kamera i općenito na mjestima koja ne spadaju u domenu zaštićenih prostora u smislu čl. 144. KZ-a.

O mogućnosti uporabe *privatnih snimki vlastitih ili tuđih razgovora* razvijena je u novije vrijeme relativno opsežna sudska praksa. Vrhovni je sud dosljedan u obrani stajališta prema kojem je, izuzmemo li iznimku iz čl. 10. st. 3., dokazna uporaba takvih zvučnih snimki dopuštena *jedino kada je snimljena osoba pristala na snimanje* (VSRH, Kzz 16/01; I Kž-252/08; I Kž-981/02; I Kž Us-9/11; Kzz-38/11; I Kž Us-31/12; I Kž Us-2/16; I Kž Us-151/15; I Kž-54/17; Županijski sud u Zagrebu, Kž-436/16) s obrazloženjem da se snimana osoba samo u tom slučaju odrekla ustavnog prava „na tajnost takvog načina ophođenja“ (VSRH, I Kž-252/08; slično VSRH, I Kž Us-9/11), odnosno „na nepovredivost komuniciranja“ (VSRH, I Kž-981/02). Kao osnovu za takvo tumačenje praksa uzima čl. 35. Ustava, koji propisuje da se svakome jamči „štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti“, kao i čl. 36. st. 1. Ustava, koji jamči slobodu i tajnost svih oblika općenja. Doduše, odredba čl. 36. st. 2. Ustava propisuje mogućnost zakonskog ograničenja tajnosti općenja kada je to nužno za provedbu kaznenog postupka, no Vrhovni sud smatra da je ta odredba primjenjiva jedino kada se snimanje općenja vrši na temelju naloga ili kada je snimanje dobrovoljno (VSRH, I Kž Us-2/16). Nevažno je gdje se vodio snimani razgovor, npr. u radnom prostoru okrivljenika (VSRH, I Kž Us-151/15) ili u kafiću i automobilu (VSRH, I Kž Us-2/16). Irelevantno je i je li riječ o privatnoj ili službenoj, odnosno poslovnoj komunikaciji (VSRH, I Kž Us-151/15; Županijski sud u Zagrebu, Kž-436/16); pravo na tajnost komuniciranja imaju i službene osobe (VSRH, I Kž Us-9/11). Međutim kao dokaz se može koristiti zvučna snimka same sebe koju je sačinila službena osoba jer je „zaštita privatnosti (...) ustanovljena (...) da priječi neosnovano zadiranje u privatni život druge osobe“, a ne u pogledu vlastitih postupaka (VSRH, I Kž-1092/06). Kada snimka razgovora predstavlja nezakonit dokaz, načelno nema zapreka da se snimatelj kao svjedok ispita o sadržaju razgovora (VSRH, I Kž Us-9/11; I Kž-246/13).

djela. Sve i kada bi Krapčeva teza bila točna, ona ne bi vrijedila u primjeru koji se navodi u citiranom djelu, a to je potajno snimanje vlastitog razgovora s drugom osobom. Sama činjenica da je takav razgovor namijenjen upravo osobi koja snima ne lišava tu osobu potencijalne kaznene odgovornosti; prema KZ/97 kazneno je djelo postojalo jedino u pogledu razgovora koji nisu namijenjeni snimatelju, no sada za djelo iz čl. 143. KZ-a može odgovarati i počinitelj koji je neovlašteno snimio razgovor u kojem je i sam sudjelovao, tj. riječi koje su upravo njemu namijenjene.

Niži sudovi katkad zauzimaju i drugačija stajališta upotrebljavajući kao dokaze i određene snimke sastavljene *bez pristanka* snimljene osobe (npr. Županijski sud u Bjelovaru, Kž-10/07, koji dopušta uporabu privatne snimke prijetnje koju je snimio oštećenik s obrazloženjem da snimanje razgovora ili izjave upućene osobi koja snima „ne predstavlja neovlašteno snimanje u smislu kaznenog djela“ iz čl. 131. st. 2. KZ/97), a državni odvjetnik u žalbama često ističe stav da bi i zvučne snimke sačinjene bez pristanka okrivljenika u određenim slučajevima trebalo dokazno valorizirati. Međutim Vrhovni sud, a i većina nižih sudova, takva tumačenja otklanjaju, pa i kada oštećenik snima prijetnju koju mu upućuje okrivljenik (Županijski sud u Zagrebu, Kž-436/16).

U pogledu mogućnosti primjene *privatnih slikovnih snimki* kao dokaza u kaznenom postupku u praksi se primjenjuju liberalniji kriteriji. Nesporna je dopustivost dokazne ocjene snimki nadzornih kamera na javnim mjestima, npr. na benzinskim postajama, ispred trgovina, na ulicama, parkiralištima, mostovima, tunelima i sl. (VSRH, I Kž-450/09; I Kž-450/09; I Kž-246/13; Županijski sud u Zagrebu, Kž-1114/16), ali i drugih snimki javnih mjesta. Mogućnost upotrebe takvih snimki postoji neovisno o tome postoji li obavijest o snimanju i neovisno o pristanku snimane osobe, i to stoga što se takvim snimanjem „ne zadire u privatnost osoba koje se tu kreću“ (VSRH, I Kž-450/09). Na javnom su mjestu „snimane osobe svakome dale mogućnost da ima uvid u njihova djelovanja, pa i mogućnost da ih se tamo snimi“; sud ne prihvaća argumentaciju okrivljenika da je dokaz nezakonit već samim time što snimka nije pribavljena sukladno odredbama glave XVIII. ZKP-a (Županijski sud u Zagrebu, Kž-382/14). Katkad se, pri obrazlaganju zakonitosti dokaza, Vrhovni sud zadovoljava zaključkom da je kod takvih snimki „razvidno“ da nije riječ o nezakonitom dokazu temeljem čl. 10. st. 2. ZKP-a (VSRH, I Kž-2009). I Visoki prekršajni sud prihvaća kao dokaz u prekršajnom postupku snimke na javnim mjestima, npr. snimke nadzornih kamera na utakmicama (VPSRH, Jž-5330/10; Jž-24000/12). Videosnimke sačinjene u privatnim stanovima dopuštene su kao dokaz ako je postojao (makar i konkludentan) pristanak snimljene osobe, npr. snimka konzumiranja droge u stanu (VSRH, I Kž-1039/09).

Kao što je vidljivo iz navedenih primjera, u praksi hrvatskih sudova postoji stanoviti disparitet između dokazne valorizacije zvučnih i slikovnih privatnih snimki. S jedne strane kod zvučnih se snimki ograničavanje mogućnosti dokazne ocjene argumentira pozivanjem na čl. 35. Ustava te se naglašava da bi bilo kakvo dokazivanje pomoću takvih snimki – osim u slučajevima kada se provodi dokazna radnja sukladno ZKP-u, kada postoji pristanak snimane osobe ili su zadovoljeni uvjeti iz čl. 10. st. 3. ZKP-a – bilo protivno temeljnim ustavnim principima. Nezakonitost dokaza kao što su snimke prijetnji koje je sačinio oštećenik obrazlaže se i time što su one sačinjene protivno odredbama ZKP-a, koje propisuju kada je dopušteno tajno snimanje. S druge strane kod slikovnih se snimki sudovi obično ne upuštaju u analizu ustavnih odredbi,

nego kratko navode da osobe koje su na javnom mjestu pristaju na to da budu promatrane, snimane i sl. Činjenica da se takve radnje provode izvan forme koju je propisao ZKP ovdje se ne problematizira. Ispravno bi međutim i kod zvučnih i kod slikovnih snimki pri ocjeni dopustivosti određenog dokaza u svim slučajevima u kojima postoji ozbiljna vjerojatnost da je počinjeno kazneno djelo iz čl. 143. ili 144. KZ-a negirati mogućnost uporabe takvih snimki kao dokaza, a kad ne postoje indiciji da se radi o kaznenom djelu, takve dokaze izuzeti i kada postoji neki drugi oblik povrede prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života iz čl. 35. Ustava. Imajući u vidu da privatna osoba ionako ne može na vlastitu inicijativu provoditi dokazne radnje, suvišna je argumentacija odluka o nezakonitosti dokaza time što su zvučne snimke pribavljene protivno odredbama ZKP-a koje reguliraju dokazne radnje; proširenje takve logike na slikovne snimke dovelo bi do apsurdnog zaključka o nemogućnosti uporabe snimaka sačinjenih na javnim mjestima jer ni te snimke (ako nisu „presvučene“ u dokaznu radnju, npr. pretragu kojom se izuzima CD na kojem se nalazi snimka nadzorne kamere) nisu sačinjene na temelju odredaba koje uređuju dokazne radnje. U pravu je Karas kada tvrdi da bi „dosljedna primjena ovakve sudske prakse dovela (...) do hipotetičkih konstrukcija koje u odnosu na građane zanemaruju odredbe KZ-a i prednost daju ZKP-u (npr. nezakonita pretraga umjesto provale).“²⁶

U okviru ovog poglavlja preostaje još propitati kako domaće zakonodavstvo i sudska praksa u ovoj domeni korespondiraju sa stranim zakonodavstvima i usporednom procesnom teorijom, koja se bavi nezakonitošću dokaza. Kao primjer uzet ćemo njemačko pravo. U toj je zemlji svega nekoliko *ex lege* zabrana ocjene dokaza; najpoznatija je ona iz § 136.a st. 3. njemačkog ZKP-a, kojom se propisuje zabrana upotrebe dokaza pribavljenog različitim oblicima fizičkog i psihičkog zlostavljanja okrivljenika, a druge su zabrane pridodate tek u novije vrijeme.²⁷ Izvan vrlo uskog kruga slučajeva *ex lege* zabrana njemačko pravo poznaje i zabrane ocjene dokaza koje nisu izrijekom zakonski propisane; o postojanju takvih zabrana odlučuje sudska praksa vodeći se principom odvagivanja (*Abwägung*).

Temelj odvagivanja predstavlja tzv. teorija pravnih krugova (*Rechtskreistheorie*), prema kojoj mogućnost korištenja dokaza ovisi o tome pogađa li povreda u bitnoj mjeri pravni krug okrivljenika ili je manjeg značenja.²⁸ Teorija razlikuje tri pravna kruga: poslovni, osobni (privatni) i intimni, a primjenjuje se u slučajevima nesamostalnih zabrana ocjene dokaza (tj. u slučajevima

²⁶ Karas, Sudska praksa o zakonitosti dokaza: tajno snimanje sugovornika; vaganje nezakonitih dokaza; snimka nadzora, Policijska i sigurnost 4/2015, str. 350.

²⁷ Roxin/Schünemann, *op. cit.*, 5. poglavlje.

²⁸ BGHSt 11, 213.

kada je zabrana ocjene dokaza rezultat kršenja propisane procesne forme).²⁹ Kod samostalnih zabrana ocjene dokaza, u koje spadaju i zabrane koje se tiču upotrebe privatnih zvučnih i slikovnih snimki, primjenjuju se izravno ustavni kriteriji koji se odnose na zaštitu osobnosti, a koji su vrlo slični teoriji pravnih krugova. Pravo osobnosti dijeli se u njemačkoj teoriji i praksi na četiri sfere: (1) *intimnu sferu* (u koju ulazi nedodirljivo područje osobnosti, u kojem je isključeno svako odvagivanje s javnim interesima, tj. svaka državna prisila;³⁰ riječ je npr. o području spolnosti), (2) *privatnu sferu* (koja obuhvaća usku životnu zonu pojedinca, osobito unutar obitelji i kruga bliskih prijatelja, a koja se može ograničiti samo pod strogim uvjetima, npr. u interesu kaznenog progona, imajući pritom u vidu načelo razmjernosti),³¹ (3) *socijalnu sferu* (koja obuhvaća uobičajene društvene aktivnosti pojedinca, npr. poslovne razgovore, a koju je moguće ograničiti pod manje strogim uvjetima) i (4) *javnu sferu* (koja obuhvaća slučajeve u kojima se pojedinac svjesno izlaže javnosti, npr. kada daje izjavu medijima).

Na temelju navedenog možemo zaključiti da je *odvagivanje* interesa kaznenog progona (tj. interesa utvrđivanja istine) s povredom prava okrivljenika *središnja značajka* njemačkog sustava dokaznih zabrana. Ono se u kontekstu samostalnih nezakonitih dokaza primjenjuje uvijek osim kada se radi o intimnoj sferi pojedinca, koja je apsolutno zaštićena, zbog čega se uporaba dokaza pribavljenih povredom te sfere ne može dopustiti ni pod kojim uvjetima. Veliku ulogu pri odvagivanju ima težina kaznenog djela koje je predmet optužbe; primjerice kao dokaz je prihvaćena snimka koju je sudu priložila privatna osoba koja je tajno snimila svoj razgovor s okrivljenikom u kojem on opisuje planirano potpaljivanje požara,³² no privatna je snimka odbijena kao dokaz kada je predmet optužbe bilo davanje lažnog iskaza.³³ Kao dokazno neproblematične ocijenjene su tajne fotografije inspektora koji je u kockarnici sebi uzimao novčanice.³⁴ U pogledu tajno snimljenih privatnih zvučnih snimki Savezni ustavni sud ocijenio je da interesi zaštite pojedinca ustupaju pred javnim interesima u slučajevima teškog kriminala, kod ugrožavanja temeljnih principa demokratskog društva, kao i u slučajevima snimki koje idu u prilog okrivljeniku.³⁵ Zanimljiv je u ovom kontekstu i švicarski slučaj u kojem je sud, slijedom teorije odvagivanja, a imajući u vidu i krug kaznenih djela glede kojih

²⁹ Opširnije v. Martinović/Kos, *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*, HLJKZP 2/2016, str. 317-319.

³⁰ BVerfGE 6, 32, 41.

³¹ BVerfGE 101, 361, 386.

³² BGHSt 36, 167.

³³ BGHSt 14, 358.

³⁴ OLG Schleswig NJW 80, 352

³⁵ BVerfGE 34, 238, 249.

je tijelima kaznenog progona dopušteno snimanje i prisluškivanje okrivljenika, kao zakonit dokaz ocijenio snimku prijjetnji smrću koje je okrivljenik upućivao svojoj ženi, a koje je ona potajno snimila.³⁶

S druge strane sustav dokaznih zabrana u hrvatskom pravu temelji se na čl. 10. st. 2. ZKP-a, koji je u toč. 2. vrlo krut jer ne dopušta odvagivanje izvan vrlo uskog kruga slučajeva propisanih u čl. 10. st. 3. *De lege lata*, to znači da se u hrvatskom pravu snimke kojima se povređuje intimna sfera okrivljenika, ali i one kojima se zadire u njegovu *privatnu sferu*, pa čak i *društvenu sferu*, izvan slučajeva iz čl. 10. st. 3. ZKP-a ne mogu ocjenjivati kao dokaz u kaznenom postupku. U tom je kontekstu jedino javna sfera okrivljenika (jer je zadiranje u nju neinvazivno po privatnost okrivljenika) mogući izvor dokaza kada je riječ o privatnim zvučnim ili slikovnim snimkama. Stoga u kontekstu postojećeg normativnog okvira treba odobriti sudsku praksu koja zakonitim dokazima (ne računajući slučajeve iz čl. 10. st. 3. ZKP-a) smatra jedino privatne slikovne snimke zabilježene na prostoru koji nije zaštićen u smislu čl. 144. KZ-a ili u slučajevima kada je snimanje obavljeno uz pristanak okrivljenika. Isto se odnosi i na praksu u vezi sa zvučnim snimkama, prema kojoj je (izvan slučajeva iz čl. 10. st. 3. ZKP-a) kao dokaz prihvatljiva samo privatna snimka koja je sačinjena uz pristanak okrivljenika, čemu treba pridodati i slučajeve u kojima se snimka odnosi na javnu sferu okrivljenika (izjave za medije, javni govori, javna predavanja i sl.).

3.3. Iznimka iz čl. 10. st. 3. ZKP-a *de lege lata* i *de lege ferenda*

Prema čl. 3. 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.

Zakon o kaznenom postupku iz 1997.³⁷ navedenu iznimku nije poznao. Ona je uvedena stupanjem na snagu aktualnog ZKP-a (NN 80/11); predlagatelj zakona smatrao je da se time „zabrana uporabe nezakonito pribavljenih dokaza nastoji uskladiti s cjelinom pravnog sustava i korigirati načelom razmjernosti.“³⁸ Prvotni je zakonski tekst, koji je u okviru čl. 10. st. 3. ZKP-a omogućavao vaganje i u pogledu prava na dostojanstvo, Ustavni sud (U-I-448/2009) ocijenio nesuglasnim s Ustavom u dijelu koji se odnosi na to pravo; razlog za to je što je dostojanstvo nederogabilno pravo, dok ostala prava čije je vaganje bilo

³⁶ Der Bund, Rechtsstreit um eine heimlich aufgenommene Todesdrohung, 28. 9. 2011.

³⁷ Zakon o kaznenom postupku, NN 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 62/03, 178/04, 115/06.

³⁸ Ministarstvo pravosuđa, Prijedlog Zakona o kaznenom postupku, Zagreb, lipanj 2008.

predviđeno u čl. 10. st. 3. ZKP-a spadaju u krug derogabilnih prava. Što se tiče tih preostalih prava (prava obrane, prava na ugled i čast i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života), Ustavni je sud ocijenio da je vaganje njihove povrede s interesom kaznenog progona kao općim interesom ustavnopravno prihvatljivo.

U praksi je iznimka iz čl. 10. st. 3. ZKP-a, osobito nakon što je s uspjehom položila „test ustavnosti“, višekratno primjenjivana. Teškim oblikom kaznenog djela iz nadležnosti županijskog suda sud je smatrao npr. spolnu zlorabu djeteta mlađeg od petnaest godina (čl. 158. st. 5. KZ-a) koju je počinio djed jedanaestogodišnje žrtve (VSRH, I Kž-278/14). Najznačajnija odluka, koja je imala i medijski odjek, bila je odluka VSRH (I Kž Us-6/14) u kojoj je čl. 10. st. 3. ZKP-a primijenjen u odnosu na okrivljenika za podmićivanje zastupnika (čl. 339. st. 2. KZ-a), koji je kao gradonačelnik, s ciljem da osigura većinu u gradskom vijeću, ponudio mjesto člana nadzornog odbora i druge pogodnosti gradskoj vijećnici, a koja je taj razgovor snimila. Pri ocjeni da interes kaznenog progona preteže nad povredom prava iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a Vrhovni se sud vodio okolnošću da je optuženik „iskazao namjeru da svoj položaj i ovlasti koje proizlaze iz njegovog svojstva gradonačelnika (...) iskoristi u svrhu izigravanja pravnog sustava (...). 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), a time što je svoju poziciju gradonačelnika stečenu također na neposrednim izborima pokušao zlorabiti na prethodno opisani način, povrijedio je Ustavom zajamčenu nepovredivost suvereniteta vlasti. (...) Nastojanje optuženika da ‘kupnjom’ vijećničkog mandata članice druge političke stranke izmijeni izvornu biračku volju građana (...) predstavlja izrazitu prijetnju demokraciji.“ Nasuprot tome VSRH (I Kž Us-2/16) smatrao je da ne postoje uvjeti za primjenu čl. 10. st. 3. ZKP-a u pogledu snimke u kojoj je viši stručni suradnik u gradskom uredu za obrazovanje, kulturu i sport, okrivljen za primanje mita iz čl. 293. st. 2. KZ-a, tražio 1750 eura mjesečno njemu i drugim službenim osobama kao protuuslugu za zaključenje ugovora s gradom. Takav je stav sud obrazložio time da terećeno kazneno djelo „s obzirom na način počinjenja ne prelazi uobičajene okvire počinjenja ovakvih kaznenih djela (...) ni s obzirom na visinu zapriječene kazne (propisana kazna zatvora od jedne do osam godina), a niti po visini 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 (...).“ U još jednom je slučaju koruptivnog kaznenog djela (trgovanje utjecajem iz čl. 295. st. 1. KZ-a) VSRH (I Kž Us-151/15) zaključio da nisu ispunjene pretpostavke za primjenu odredbe čl. 10. st. 3. ZKP-a, pri čemu je uzeo u obzir da visina primljenog mita, druge posebne okolnosti, kao ni zapriječena kazna za to kazneno djelo „ne daju karakteristike postupanja težeg značaja koji je uvjet za primjenu odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08.“

Kad se ima u vidu *lex lata*, koji primjenu čl. 10. st. 3. ZKP-a ograničava na teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, rezoniranje sudske prakse treba odobriti. Međutim, kako s aspekta komparativne pravne teorije, tako i iz perspektive konkretnih slučajeva u kojima je, sukladno slovu zakona, bila odbijena primjena čl. 10. st. 3. ZKP-a, postavlja se pitanje ne bi li krug kaznenih djela iz čl. 10. st. 3. ZKP-a trebalo proširiti i na taj način omogućiti vaganje suprotstavljenih društvenih vrijednosti i ustavnih načela u većem krugu slučajeva jer potreba za balansiranjem individualnih prava i interesa okrivljenika i interesa kaznenog progona postoji kod svih kaznenih djela, a ne samo kod najtežih. Time bi se dokinuo „binarni sustav“ odlučivanja o postojanju nezakonitih dokaza, koji okolnost da je dokaz pribavljen kršenjem derogabilnog prava iz čl. 2. st. 2. toč. 2. ZKP-a ne može staviti u relaciju s interesima javnog progona, već mora automatski, bez odvagivanja, zaključiti da je riječ o nezakonitom dokazu. Argument u prilog „vaganju“, a nasuprot sustavu apsolutne ekskluzije, dao je još Vasiljević napisavši da bi potpuno oduzimanje vrijednosti svakom dokazu pribavljenom na nepropisan način značilo za propust procesnog tijela kazniti cijelu društvenu zajednicu.³⁹ Sadašnje ograničenje vaganja suprotstavljenih interesa samo na *teške oblike teških kaznenih djela* čini primjenu te odredbe mogućom samo kod iznimno malog broja kaznenih djela; izvan dosega te odredbe ostaje i vrlo ozbiljan (npr. koruptivni) kriminal, koji ugrožava same temelje vladavine prava. Ako ni zbog čega drugog, mogućnost primjene čl. 10. st. 3. ZKP-a treba proširiti i iz čisto logičkih razloga jer se trenutačno ta odredba može primijeniti na teže oblike lakših kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda (npr. teži pojavni oblik razbojništva), ali ne i na „lakše“ ili „uobičajene“ oblike najtežih kaznenih djela (npr. „lakši“ pojavni oblik genocida).

3.4. Snimka ispitivanja osumnjičenika kao dokaz prema VII. noveli ZKP-a

Usporedno s razvojem i širenjem tehnologije snimanja razvijala se i svijest o mogućnosti korištenja te tehnologije pri provođenju dokaznih radnji u kaznenom postupku. Očigleda prednost snimanja kao načina konzerviranja sadržaja provedenih dokaznih radnji u odnosu na tradicionalno zapisničko bilježenje jest u otklanjanju subjektivnosti osobe koja vodi zapisnik, uslijed čega otpadaju i potencijalni kasniji prigovori o savjesnosti te osobe, kao i o pouzdanosti onoga što je zabilježeno kao izvora saznanja o činjenicama, a koji su se često pojavljivali u doba kada se policijski zapisnik o iskazu osumnjičenika u nazoč-

³⁹ Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Zavod za izdavanje udžbenika SR Srbije, 2. izdanje, 1971, str. 304.

nosti branitelja mogao koristiti kao dokaz u kaznenom postupku (čl. 177. st. 6. Zakona o kaznenom postupku iz 1997.).

Za razliku od navedenog zakona aktualni je ZKP, uvevši državoodvjetničku istragu, policijskom prikupljanju obavijesti od osumnjičenika otklonio dokaznu snagu, čime je vratio svako takvo policijsko ispitivanje u stadij neformalnih izvida, koji su zadržali samo spoznajni značaj, pri čemu je u praksi bio izražen i stav da nije dopušteno ni posredno utvrđivati sadržaj obavijesnih razgovora, npr. ispitivanjem u svojstvu svjedoka osoba koje su ih obavljale. Međutim u stručnim su krugovima uslijedile rasprave o mogućnosti ponovnog uvođenja dokazne valorizacije sadržaja osumnjičenikova iskaza, pri čemu je upravo mogućnost snimanja poslužila kao argument u prilog takvu rješenju. Navedene su rasprave koincidirale s donošenjem Direktive 2013/48/EU o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku i u postupku na temelju europskog uhidbenog naloga te o pravu na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima (dalje: Direktiva), kojom je ustanovljena obveza država članica da u pravne sustave ugrade učinkovite mehanizme koji će osobi osumnjičenoj da je počinila kazneno djelo jamčiti ne samo da bude poučena o pravu na odvjetnika nego i da ona to pravo praktično ostvari već od trenutka stjecanja svojstva osumnjičenika. Direktiva, doduše, ne propisuje dokaznu snagu ispitivanja osumnjičenika, već samo jamstva ostvarenja njegovih prava, ali se, uz implementaciju prava okrivljenika na pristup branitelju prije prvog ispitivanja, postavilo pitanje smislenosti zadržavanja policijskog ispitivanja osumnjičenika na razini dosadašnjih obavijesnih razgovora, odnosno pitanje ima li razloga ne prihvatiti i takvo ispitivanje, kada je ono obavljeno uz poštivanje svih osumnjičenikovih prava, kao valjani dokaz.

Navedena su promišljanja rezultirala donošenjem VII. novele ZKP-a,⁴⁰ kojom je ponovno uvedena mogućnost upotrebe takva iskaza kao dokaza (čl. 208., 208.a i 208.b), s time da je dokazna snaga ovog puta priznata i iskazu osumnjičenika koji je pravilno upozoren na pravo na branitelja, a koji se izričito odrekao tog prava. Naime nepriznavanje dokazne snage i takvu ispitivanju bilo bi nelogično i otvorilo bi „dvostruki kolosijek“, u kojem bi mogućnost kasnijeg dokaznog korištenja jedne radnje u postupku, izvedene na isti način i po jednakim pravilima, ovisila isključivo o volji osumnjičenika da uzme branitelja.

I komparativna iskustva govore u prilog teze da ne postoje opravdani razlozi isključenja dokazne snage iskaza osumnjičenika pribavljenog ispitivanjem pred policijom uz poštivanje svih njegovih prava koja ima u kaznenom postupku. Primjerice u Njemačkoj se pod pojmom „obavijesnog ispitivanja“

⁴⁰ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, NN 70/2017.

(*informativische Befragung*) podrazumijevaju situacije u kojima se građani pred policijom preliminarno ispituju kako bi se utvrdilo imaju li kakve korisne informacije vezane za kazneno djelo. Pojavi li se sumnja da je građanin koji se ispituje počinitelj kaznenog djela, policija mu odmah mora dati odgovarajuće pouke. O mogućnosti dokazne uporabe saznanja dobivenih obavijesnim ispitivanjem (prije pouke) ne postoji jedinstven stav: praksa upotrebu takvih saznanja načelno dopušta,⁴¹ iako se dobar dio autora s time ne slaže smatrajući da se time krši pravo okrivljenika da odluči o tome hoće li iskazivati ili se braniti šutnjom.⁴² S druge strane nedvojbeno se kao dokaz mogu upotrijebiti saznanja dobivena policijskim ispitivanjem koje je uslijedilo nakon odgovarajućih pouka, kao i spontane (samoinicijativne) izjave koje je – pa i prije negoli mu se stigla izreći pouka – građanin (kasnije okrivljenik) dao policiji.⁴³ Sukladno § 168.b st. 1. njemačkog ZKP-a, sadržaj ispitivanja policija je dužna bilježiti na isti način kao i državno odvjetništvo; riječ je o dužnosti (uvjetno rečeno) potpunog i jasnog zapisničkog bilježenja, ali ne i o dužnosti snimanja ispitivanja, premda i takva zakonska mogućnost postoji.⁴⁴ Saznanja do kojih je policija došla ispitivanjem osumnjičenika uključuju se u dokaznu građu posredno, u obliku raspravnog ispitivanja osobe koja je provela ispitivanje kao svjedoka. Upotreba takva dokaza opravdava se time što je sud dužan pravilno i potpuno utvrditi činjenice, a pritom ne postoji dokazna zabrana koja bi izrijeком isključila takav dokaz. S druge strane izvođenje dokaza čitanjem zapisnika o policijskom ispitivanju, sukladno § 254. st. 1. tamošnjeg ZKP-a, nije dopušteno; *ratio legis* jest da se spriječi pretvaranje raspravnog ispitivanja okrivljenika i svjedoka u puko čitanje ranije sastavljenih zapisnika. Zapisnik se, doduše, na raspravi može koristiti (pa i djelomično pročitati) kako bi se njime osvježilo pamćenje okrivljenika ili svjedoka, no na njegovu se sadržaju ne smije temeljiti presuda, pa ni u slučaju da se okrivljenik ili svjedok ne prisjeti onoga što je navedeno u zapisniku ili da iskazuje drugačije nego što ondje stoji.⁴⁵ Ograničenja iz § 254. st. 1. ne odnose se međutim na audio-videosnimke jer su one mnogo pouzdanije od zapisnika; uostalom, njihovom reprodukcijom sud ne može zaobići dužnost temeljitog i okolnosnog ispitivanja okrivljenika, a što je moguće kod čitanja zapisnika. Stoga se takva snimka može upotrijebiti kao dokaz u postupku.⁴⁶

⁴¹ Npr. OLG Bamberg 28. 2. 2011 – 3 Ss OWi 40/11, NStZ-RR 2012, 83 (84).

⁴² Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung-*Köbel*, § 163.a, r. br. 11; Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz-*Erb*, § 163.a, r. br. 21a.

⁴³ Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung-*Köbel*, § 163.a, r. br. 12.

⁴⁴ Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung-*Köbel*, § 163.a, r. br. 44.

⁴⁵ Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung-*Kreicker*, § 254., r. br. 30-31.

⁴⁶ Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung-*Kreicker*, § 254., r. br. 32.

Opisana njemačka iskustva potvrđuju pravilnost odluke hrvatskog zakonodavca da ponovno uvede mogućnost dokaznog vrednovanja iskaza osumnjičenika pred policijom, pa i bez branitelja ako se okrivljenik tog prava odrekao, s time da se opravdanim pokazuje i inzistiranje na snimanju umjesto zapisničkog bilježenja kao uvjeta dokazne upotrebe takva iskaza. Naime prihvatanje kao dokaza policijskog zapisnika o ispitivanju osumnjičenika bez branitelja, ako bi taj zapisnik bio jedini dokaz o toj radnji, otvorilo bi mogućnost kasnijeg okrivljenikova osporavanja pravilnosti takva ispitivanja, a to bi imalo za posljedicu potrebu izvođenja dokaza radi provjere zakonitosti policijskog postupanja. To bi značajno opteretilo dokazni postupak pred sudom iscrpljivanjem kako suda u izvođenju raspoloživih dokaza o prvom ispitivanju tako i policijskih službenika koji bi u slučaju osporavanja zakonitosti morali o spornoj radnji svjedočiti.

Može se predvidjeti da će novo zakonsko uređenje (izmijenjeni čl. 208. i novouvedeni čl. 208.a i 208.b) u praksi izazivati određene prigovore obrane, u prvom redu da je policija, prije nego što je pristupila formalnom ispitivanju osumnjičenika koje je snimljeno, a samim time i prije nego što ga je poučila o njegovim pravima, s njime „neformalno“ razgovarala (primjerice tijekom dovođenja u policijsku postaju). Takvo postupanje policije, iako bi predstavljalo povredu odredaba o ispitivanju osumnjičenika, samo za sebe ne bi, u pravilu, imalo utjecaja na tijek postupka, jer sve ono što bi osumnjičenik tada i rekao ne bi ni na koji način (više ni kroz formu „službene zabilješke o obavljenom obavijesnom razgovoru“) moglo doći do suda.

Kao mogući problem pojavljuje se i miješanje procesnih uloga, tj. slučaj u kojem se tijekom obavijesnog razgovora s građaninom kojeg policija smatra presumptivnim svjedokom (jer u vrijeme započinjanja tog razgovora ne postoje okolnosti koje bi upućivale na to da je on počinitelj) pojave osnove sumnje da je upravo on počinitelj (tog ili kojeg drugog) kaznenog djela. Taj problem VII. novela rješava novom odredbom čl. 208. st. 5., prema kojoj će policija tada prekinuti prikupljanje obavijesti, a tu osobu policija može ispitati u svojstvu osumnjičenika prema odredbama čl. 208.a. U suprotnom, ako bi policija nastavila ispitivati tu osobu kao građanina, dokazi za koje bi od njega saznala u nastavku takva neformalnog ispitivanja bili bi nezakoniti.

Konačno, reinauguracija iskaza osumnjičenika kao dokaza u postupku nametnula je potrebu za propisivanjem *ex lege* dokaznih zabrana, što je učinjeno u čl. 208.a st. 8. ZKP-a, gdje se nezakonitost ispitivanja osumnjičenika propisuje kao posljedica propusta policije da osumnjičenika pouči ne samo pravu na branitelja nego i o drugim njegovim pravima, uključujući i obavijest o osnovama sumnje protiv njega.⁴⁷

⁴⁷ Opširnije o ispitivanju osumnjičenika u kontekstu VII. novele ZKP-a v. Tripalo, Snimanje ispitivanja osumnjičenika i snimanje rasprave prema Prijedlogu ZID ZKP iz 2017. (7. novela), *Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2017.*, VSRH i Pravosudna akademija, str. 75-86.

4. ZAKLJUČAK

Zvučno i slikovno snimanje danas su prisutniji nego ikada u povijesti, pa je obrada te problematike postala imperativ u teoriji kaznenog materijalnog i procesnog prava. Materijalnopравни aspekt ove problematike uređen je u čl. 143. (neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje) i čl. 144. KZ-a (neovlašteno slikovno snimanje). Inkriminiranje neovlaštenog snimanja nije novost u hrvatskom kaznenom pravu, ali je aktualni zakon unio nemale promjene u odnosu na KZ/97. Može se očekivati da će, unatoč tome što se osnovni oblici djela iz čl. 143. i 144. KZ-a progone po prijedlogu, kazneni postupci s vremenom postati sve učestaliji, pa će se sve češće javljati i praktične dvojbe o kojima je zauzeto stajalište u ovom radu (npr. koje sve riječi ulaze u krug nejavno izgovorenih, je li kažnjiva i neovlaštena uporaba ovlašteno snimljenih riječi, što sve ulazi u pojam javnog ili drugog pretežnog interesa u smislu čl. 143. st. 4. KZ-a, koji sve prostor valja smatrati posebno zaštićenim od pogleda itd.; v. gore, 2.1. i 2.2.1.). *De lege ferenda*, treba razmisliti o proširenju kažnjivosti slikovnog snimanja na određene slučajeve snimanja na javnim mjestima (v. gore, 2.2.2.).

Kada je riječ o mogućnosti upotrebe snimki kao dokaza u kaznenom postupku, najveće se kontroverze u praksi pojavljuju u pogledu mogućnosti korištenja tzv. privatnih snimki (onih koje su sačinjene samoinicijativno od strane građana). Postojeća odredba čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a rigorozna je u tome što, osim u slučaju iz čl. 10. st. 3., kao dokaz isključuje svaku snimku koja je pribavljena povredom prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. To znači da se privatne zvučne snimke kao dokaz mogu koristiti jedino kada njihovim snimanjem uopće nije povrijeđena privatnost snimane osobe, a to su slučajevi u kojima postoji pristanak snimanoga ili u kojima su riječi namijenjene javnosti. Slikovne se snimke također mogu koristiti jedino kada su načinjene na javnom mjestu ili uz pristanak snimane osobe (v. gore, 3.1. i 3.2.). Krutost hrvatskog zakonodavca pri propisivanju dokaznih zabrana ublažena je odredbom čl. 10. st. 3. ZKP-a, ali je problem to što se ondje propisano vaganje interesa kaznenog progona i (derogabilnih) povreda okrivljenikovih prava može primijeniti samo u iznimno uskom krugu teških kaznenih djela. U komparativnom je pravu pak uobičajeno da se vaganje provodi kod mnogo šireg kruga kaznenih djela, o čemu bi *de lege ferenda* trebao promisliti i hrvatski zakonodavac (v. gore, 3.3.). Aktualnost snimke kao dokaza u kaznenom postupku dodatno je narasla donošenjem VII. novele ZKP-a, kojom je uvedena mogućnost korištenja iskaza osumnjičenika pred policijom kao dokaza u postupku, i to neovisno o tome je li osumnjičenik uzeo branitelja ili se odrekao tog prava (v. gore, 3.4.).

LITERATURA

1. Der Bund, Rechtsstreit um eine heimlich aufgenommene Todesdrohung, 28. rujna 2011.
2. Derenčinović (ur.), Posebni dio kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013.
3. Karas, Sudska praksa o zakonitosti dokaza: tajno snimanje sugovornika; vaganje nezakonitih dokaza; snimka nadzora, Policijska i sigurnost 4/2015, str. 348-359.
4. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Nomos, 5. izdanje, 2017.
5. Krapac, Kazneno procesno pravo: Institucije, Narodne novine, 7. izdanje, 2015.
6. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Beck, 28. izdanje, 2014.
7. Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, De Gruyter, 26. izdanje, 2006-2014.
8. Martinović, Trajna opasnost kao oblik istodobne opasnosti u okvirima krajnje nužde, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2010, str. 867-891.
9. Martinović/Kos, Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 2/2016, str. 311-338.
10. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Beck, 3. izdanje, 2014-2018.
11. Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Beck, 2014-2018.
12. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, Beck, 26. izdanje, 2009.
13. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Beck, 29. izdanje, 2014.
14. Srzentić i dr., Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine, Savremena administracija, 1986.
15. Tripalo, Snimanje ispitivanja osumnjičenika i snimanje rasprave prema Prijedlogu ZID ZKP iz 2017. (7. novela), Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2017., VSRH i Pravosudna akademija, str. 75-86.
16. Turković i dr., Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, 2013.
17. Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Zavod za izdavanje udžbenika SR Srbije, 2. izdanje, 1971.

Summary

AUDIO AND VIDEO RECORDING IN CRIMINAL SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL LAW: THEORETICAL AND PRACTICAL CHALLENGES ARISING FROM NEW TECHNOLOGIES AND LEGISLATIVE SOLUTIONS

The paper has two parts. The first part addresses criminal offences relating to unauthorised audio recording and eavesdropping (Article 143 of the Criminal Code (CC)) and unauthorised video recording (Article 144 CC). It presents novelties in comparison to the earlier legislation, and follows this with an interpretation of the provisions of each of the two mentioned articles and proposals *de lege ferenda*. The second part of the paper discusses the possibility of using recordings as evidence in criminal proceedings. The paper focuses on so-called private audio and video recordings and presents the relevant case law. An examination is also made of Article 10.3 of the Criminal Procedure Act, which relativises the provision on illegal evidence referred to in Article 10.2, and attention is drawn to novelties concerning the possibility of using the recording of police interrogations of suspects as evidence in criminal proceedings.

Key words: unauthorised audio recording and eavesdropping, unauthorised video recording, recording as evidence, private recording