

*Nezir Pivić*1*

*Lejla Zilić-Čurić*2*

NEZAKONITI DOKAZI U KRIVIČNOM POSTUPKU U EVROPSKOM KONVENCIJSKOM SISTEMU ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Sažetak

Ocjena i izdvajanje nezakonitih dokaza predstavlja jedno od najkompleksnijih pitanja u krivičnom postupku. Države evropsko-kontinentalnog pravnog sistema usvojile su raznolika pravna rješenja u pogledu načina ocjene i sistema izdvajanja nezakonitih dokaza iz spisa predmeta. Evropski sud za ljudska prava nema nadležnost da odlučuje o pravnoj upotrebljivosti dokaza u nacionalnim krivičnim postupcima. Umjesto toga, Evropski sud za ljudska prava na temelju “holističkog pristupa” *in concreto* odlučuje da li je nacionalni krivični postupak u cjelini bio pravičan uzimajući u obzir način pribavljanja i ocjene dokaza. Rad istražuje i analizira ključna stajališta ovog suda u predmetima koji se tiču upotrebe i izdavanja nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u nacionalnim pravnim sistemima. Ključna stajališta strasburškog suda treba da služe kao putokazi u primjeni nacionalnog prava u državama članicama Vijeća Evrope. Rad može da posluži kao koristan alat u daljnjem istraživanju usklađenosti primjene domaćeg prava sa standardima Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: nezakoniti dokazi, krivični postupak, evropsko konvencijsko pravo, Evropski sud za ljudska prava.

1. Uvodne napomene i metodološki okvir istraživanja

Savremeni krivični postupci nastoje uspostaviti balans između efikasnog krivičnog progona i zaštite ljudskih prava u krivičnom postupku. Ove dvije vrijednosti se najčešće konfrontiraju na polju zakonitosti dokaza, odnosno pitanju ocjene i izdvajanja nezakonitih dokaza u krivičnom postupku. Pitanje zakonitosti dokaza predstavlja jedan od ključnih segmenata krivičnog postupka. Upotreba nezakonitih dokaza u krivičnom postupku spada u najkompleksnija pitanja krivičnog postupka koja imaju različita rješenja kako u evropsko-kontinentalnom tako i *common law*³ pravnom sistemu. Pitanje

¹ Redovni profesor na Pravnom fakultet Univerziteta u Zenici

² Magistrica prava, viša asistentica i doktorantica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici

³ *Common law* i *civil law* sistemi imaju različite korijene i različit evolutivni put. *Civil law* nastao je i razvijao se na evropskom tlu, procesom kodifikacije dok je *Common law* sistem

upotrebe nezakonitih dokaza u krivičnom postupku otvara brojna pitanja zaštite ljudskih prava osumnjičenih odnosno optuženih osoba, u prvom redu prava na privatnost, prava na zabranu mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja kao i prava na pravično suđenje.⁴

Norme kojima se reguliše upotreba i ocjena dokaza, odnosno norme koje propisuju ograničenja za izvođenje dokaza, u nauci krivičnog procesnog prava najčešće se nazivaju dokazne zabrane i dijele se u dvije velike skupine: (a) zabrana prikupljanja (korištenja, upotrebe) dokaza i (b) zabrana ocjene dokaza.⁵ Prva skupina podrazumijeva pravna pravila kojima se postavljaju zabrane u smislu pribavljanja dokaza na određen način, (npr. zabrana primjene sile, raznih pritisaka kojima se utječe na volju osumnjičene osobe pri davanju iskaza) dok druga skupina predstavlja pravila po kojima se određeni dokazi, koji se načelno mogu upotrebljavati, zbog određenih nepravilnosti odnosno grešaka pri pribavljanju, ne mogu ocjenjivati u krivičnom postupku.⁶ S tim u vezi, među državama evropsko-kontinentalne i *common law* pravne tradicije razvili su se različiti modeli izdvajanja nezakonitih dokaza iz krivičnog postupka (ekskluzijsko pravilo, eng. *exclusionary rule*).⁷ Razlikujemo

nastao i razvio se u Engleskoj, a kasnije je prihvaćen u Sjedinjenim Američkim Državama, Kanadi, Novom Zelandu i drugim državama Commonwealth-a. Za razliku od *civil law* sistema koji se razvijao kodifikovanjem, *common law* sistem se nije razvijao kodifikovanjem nego se razvijao u sudskoj praksi, dakle po principu slijeđenja ranije donesenih presuda odnosno presedana. Čitaj dalje u: C. Pajovic, "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", *Victoria University of Wellington Law Review*, 32/2001, 818. i dalje.

⁴ Evropski sud za ljudska prava u svojoj bogatoj sudskoj praksi, na temelju holističkog pristupa odlučivao je da li je *in concreto* način pribavljanja ili upotreba nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u nacionalnim pravnim sistemima dovela do kršenja prava na pravično suđenje ili drugih konvencijskih prava. Čitaj dalje u: D. Krapac, „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Evropskog suda za ljudska prava“, Izvorni naučni rad, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 60 (3), 2010, 1209.

⁵ M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 203.

⁶ Cilj obje navedene skupine dokaznih zabrana, u prvom redu, jeste sprječavanje organa gonjenja da se služe određenim neetičkim ili nehumanim metodama prilikom prikupljanja dokaza u krivičnom postupku, a potom poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda osumnjičene odnosno optužene osobe. Regulativa dokaznih zabrana ovisi o stavu legislativne vlasti u pogledu važnosti dvije suprotne tendencije u krivičnom postupku – utvrđivanje istine u krivičnom postupku i zaštite ljudskih prava osumnjičene odnosno optužene osobe. U tom kontekstu, pojam nezakonitih dokaza te kategorizacija dokaznih zabrana se razlikuje u angloameričkom i evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu – šta više, unutar evropsko-kontinentalnog pravnog sistema postoje veoma različita pravna rješenja.

⁷ Riječ je pravilu po kome se iz krivičnog postupka izdvajaju nezakoniti dokazi, nastali kršenjem procesnih pravila i/ili ljudskih prava. Ovaj institut je nastao u precedentnoj praksi američkih sudova, a kasnije je transponovan, u punom ili djelimičnom obimu, u brojne pravne

zabranu ocjene dokaza i potpuno izdvajanje nezakonitih dokaza u krivičnom postupku. Zabrana ocjene dokaza kao koncept češće je zastupljena u evropsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji, dok je sistem potpunog odvajanja dokaza, koje može biti apsolutno i relativno, češće zastupljeniji u *common law* pravnim sistemima.⁸ Unutar evropsko-kontinentalne pravne tradicije, države imaju vrlo raznolika rješenja u pogledu prihvatljivosti nezakonitih dokaza. Pojedine države su prihvatile koncept apsolutne ekskluzije nezakonitih dokaza, dok su se neke države odlučile za sistem zabrane ocjene dokaza.

Predmet ovog istraživanja je praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) u oblasti povrede konvencijskih prava zbog upotrebe nezakonitih dokaza u nacionalnim krivičnim postupcima. Istraživanje ima intenciju da sagleda i analizira ključna stajališta strasburške prakse u predmetnoj oblasti. Rad također može poslužiti kao koristan alat u daljnjem istraživanju usklađenosti domaće sudske prakse u pogledu ocjene i izdvajanja nezakonitih u krivičnom postupku sa zahtjevima ESLJP. Za potrebe istraživanja autori su prikupili i analizirali primarne podatke, odnosno presude ESLJP objavljene na zvaničnoj stranici ovog suda. Za potrebe dublje naučne spoznaje, autori su konsultovali domaću naučnu i stručnu literaturu koja obrađuje predmetnu problematiku, kao i relevantnu literaturu iz država regiona.⁹

Metodološki okvir istraživanja sastoji se od nekoliko korištenih metoda. Metodom analize sadržaja i metodom apstrakcije prikupljeni su podaci, analiziran sadržaj presuda i izdvojeni pojedini elementi odnosno ključni stavovi ESLJP. Metodom klasifikacije autori su sudsku praksu razvrstali prema povredi konvencijskog prava. U radu je korištena i genetička analiza kako bi se razumio evolutivni put sudske prakse i nastanak ključnih stajališta današnjice.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u sisteme država evropske pravne tradicije. Čitaj dalje u: L. Zilić-Čurić, „Ekskluzijsko pravilo i zaštita ljudskih prava u krivičnom postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2023, str. 240 – 242.

⁸ Vidi M. Simović/A. Hrustić, „Zakonitost dokaza u krivičnom postupku“, u akademik prof. dr. Miodrag N. Simović (ur), *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta (norma i praksa)*, Trebinje, 2020., 430.

⁹ U domaćoj naučnoj i stručnoj literaturi postoji tek nekoliko naučnih radova koji tretiraju pitanje ocjene i izdvajanja nezakonitih dokaza, od čega se jedan rad dominantno bavi problematikom zakonitosti dokaza u domaćem krivičnom postupku, dok ostali radovi istražuju praksu ESLJP i kretanja u uporednom pravu. Riječ je o sljedećim radovima: A. Lukač, „Zakonitost dokaza u bosanskohercegovačkom i poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 1/2021, 117 – 149; M. Simović/A. Hrustić, „Zakonitost dokaza u krivičnom postupku“, u akademik prof. dr. Miodrag N. Simović (ur), *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta (norma i praksa)*, Trebinje, 2020; Dž. Mahmutović/I. Iveljić, „Zakonitost dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u kontekstu člana 6. i člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, 1/2019.

daljnjem tekstu: EKLJP) ne sadrži pravila o prihvaljivosti dokaza niti ESLJP može postupati kao sud četvrte instance pa odlučivati o pravnoj upotrebljivosti dokaza u nacionalnim krivičnim postupcima. ESLJP na temelju „holističkog pristupa“ u svakom pojedinačnom slučaju odlučuje da li je postupak u cjelini bio pravičan s obzirom na način pribavljanja i upotrebu dokaza u nacionalnom krivičnom postupku. Stajališta ESLJP treba da posluže kao putokaz domaćim pravosudnim organima u primjeni prava.

2. Pravo na zabranu mučenja, nehumanog postupanja i kažnjavanja

Zabrana mučenja ima status *jus cogens* norme u međunarodnom pravu¹⁰, što znači da obavezuje sve subjekte prava da je poštuju i ne podliježe derogaciji u bilo kojoj situaciji.¹¹ Zabrana mučenja propisana je Konvencijom o zabrani mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1984. godine¹², potom Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima iz 1948. godine¹³, Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine¹⁴ te Ženevskom konvencijom o zaštiti žrtava rata iz 1949. godine.¹⁵ Na regionalnom nivou, kada govorimo o evropskom tlu, zabrana mučenja propisana je članom 3. EKLJP.

¹⁰ Međunarodni sud pravde je u predmetu *Belgija protiv Senegala* iz 2012. godine, zauzeo stav da zabrana mučenja spada u peremptorne norme međunarodnog prava, odnosno da predstavlja *jus cogens* normu. Takav status, prema mišljenju Međunarodnog suda pravde, proizilazi iz bogate međunarodne prakse i *opinio juris* država u međunarodnoj zajednici. Vidi: Međunarodni sud pravde, Pitanja koja se odnose na obavezu procesuiranja ili ekstradicije, *Belgija protiv Senegala*, presuda od 20.07.2012. godine, para 99.

¹¹ Član 53. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora definiše *jus cogens* normu kao normu „što ju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica država kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmijeniti samo novom normom općega međunarodnog prava iste prirode.“ Ujedinjene nacije, Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, 23.05.1969. godine, Serija Ugovora, Broj 1155, 331.

¹² Generalna Skupština Ujedinjenih nacija, Konvencija o zabrani mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, 10.12.1984. godine, Serija Ugovora, Broj 1465, 85.

¹³ Generalna Skupština Ujedinjenih nacija, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, 10.12.1948. godine, Serija Ugovora, 217 A (III). Član 5. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima propisuje zabranu mučenja, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja.

¹⁴ Generalna Skupština Ujedinjenih nacija, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 16.12.1966. godine, Serija Ugovora, Broj 999, 171. Član 7. propisuje pravo na zabranu mučenja, nehumanog postupanja i kažnjavanja.

¹⁵ Međunarodni Odbor Crvenog Križa (ICRC), Ženevska konvencija o zaštiti civilnih osoba u ratu (Četvrta Ženevska konvencija), 12. 8.1949. godine, 75 UNTS 287. Član 3. Četvrte Ženevske konvencije propisuje zabranu mučenja.

Pravo na zabranu mučenja iz člana 3. EKLJP je apsolutno ljudsko pravo, što znači da ga država nema pravo ograničiti pa čak ni u onim situacijama kada je u pitanju prijetnja opstanku cijele nacije.¹⁶ Ovo pravo je temelj civilizacijskih vrijednosti demokratskog društva, stoga se javna vlast u krivičnom postupku mora suzdržati od svih akata suprotnih ovom pravu, kako bi u konačnici presuda imala i moralni i vrijednosni legitimitet. S druge strane, u korpus prava predviđenih članom 3. EKLJP spada i zabrana nečovječnog ili nehumanog postupanja i zabrana kažnjavanja, koje podrazumjevaju akte manjeg intenziteta od mučenja.¹⁷

Pred ESLJP u dva predmeta postavila su se kompleksa pitanja prihvatljivosti dokaza u krivičnom postupku dobijenih aktima za koje su aplikanti smatrali da su suprotni zahtjevima iz člana 3. EKLJP. U predmetu *Jalloh protiv Njemačke*¹⁸ istražni organi u Njemačkoj naredili su nadležnom ljekaru da nasilnim putem, upotrebom emetika, izazove povraćanje kod osumnjičene osobe (podnositelja predstavke) kako bi isti povratio paketić psihoaktivne supstance koji je progutao. Nadležni ljekar je osumnjičenoj osobi ubrizgao emetik u nos, koji je prouzrokovao povraćanje kod osumnjičene osobe prilikom čega je ista povratila paketić sa sadržajem psihoaktivne supstance. Predmetni paketić poslužio je kao dokaz u krivičnom postupku protiv podnositelja predstavke, a u konačnici imao i utjecaj na osuđujuću presudu u pomenutom krivičnom postupku pred nacionalnim sudom.

Kako pred njemačkim sudovima nije uspio u svojoj žalbi, gospodin *Jalloh* je podnio predstavku ESLJP tvrdeći da mu je navedenim aktom iz istrage, povrijeđeno, prije svega, njegovo pravo na zabranu mučenja jer je akt izvršen prisilno i jer je kod njega izazvao negativne zdravstvene posljedice u vidu poteškoća sa respiratornim organima. Pored navedenog, gospodin *Jalloh* je u svojoj predstavki tvrdio da je navedenim aktom prekršeno i njegovo pravo na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja, koje garancije spadaju

¹⁶ Vidi naprimjer presude *Chahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 15. novembra 1996. godine, para. 76., *Aksoy protiv Turske*, Aplikacija br. 100/1995/606/694, presuda od 18.12.1996. godine, para 62.

¹⁷ Osnovna razlika između akata koji predstavljaju mučenje i akata koji predstavljaju neljudski ili ponižavajući tretman jeste u stepenu intenziteta patnje koju doživljava žrtva. Mučenje predstavlja namjerno izazivanje vrlo ozbiljne i okrutne fizičke i psihičke boli i patnje. Nehumano postupanje mora dosegnuti minimalan stepen ozbiljnosti i uzrokovati fizičke ili psihičke boli ili patnje i ne mora biti namjerno. Ponižavajući tretman podrazumijeva akte koji degradiraju ljudsko biće i također ne moraju biti namjerno počinjeni. Vidi više u presudi *Kalašnjikov protiv Rusije*, Aplikacija br. 47095/99, presuda od 15.7.2002. godine, para 95.; presuda *Bogumil protiv Poljske*, Aplikacija br. 35228/03, presuda od 6.4.2009. godine. Čitaj dalje u: *Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights, Prohibition of torture*, First Edition, Council of Europe, 2022.

¹⁸ *Jalloh protiv Njemačke*, Aplikacija br. 54810/00, presuda od 11.7.2006. godine.

u domen prava na pravično suđenje, jer je zapravo prisilnim izbacivanjem paketića psihoaktivne supstance iz stomaka inkriminisao sam sebe bez svoje volje. Konačno, podnositelj predstavke je smatrao da je i upotreba paketića psihoaktivne supstance kao dokaza u krivičnom postupku, koji dokaz je on smatrao nezakonitim, cijeli postupak učinila nepravičnim.

Ovaj predmet postavio je pred ESLJP nekoliko pitanja. Prvo pitanje na koje je sud morao dati odgovor jeste da li je sporna radnja organa gonjenja dosegla stepen povrede jedne od garancija propisane članom 3. EKLJP? Na ovo pitanje sud odgovara uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a naročito faktore poput: a) u kojoj je mjeri *nužna* medicinska intervencija potrebna za dobivanje dokaza; b) zdravstveni rizici za osumnjičenu osobu, c) način na koji se provodi postupak, d) fizička bol i duševna patnja koju je mjera uzrokovala, e) stepen dostupnog liječničkog nadzora i f) učinci na zdravlje osumnjičene osobe.

Stoga, s obzirom na okolnosti predmeta, sud je utvrdio povredu člana 3. EKLJP, konkretnije povredu prava na zabranu nečovječnog postupanja, obrazlažući da su se organi gonjenja umiješali u fizički i psihički integritet podnositelja predstavke protiv njegove volje čime su prouzrokovali psihičku i fizičku bol, i to ne iz zdravstvenih razloga, nego da bi pribavili dokaze za krivični postupak.

Ono što je posebno zanimljivo za krivični postupak jeste analiza ovog suda u pogledu prava na šutnju i privilegija protiv samooptuživanja u predmetnom slučaju. U tom pogledu, aplikant je smatrao da je nasilna primjena emetika za izazivanje povraćanja, istovjetna s primjenom seruma radi dobijanja priznanja od osumnjičene osobe, koja praksa je zabranjena članom 136. a) Zakona o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke.¹⁹

Pravo na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja, prema stavu ESLJP, podrazumijevaju općeprihvaćene međunarodne standarde, koji se nalaze u središtu pojma pravičnog suđenja iz člana 6. EKLJP. Na tom tragu, ESLJP pojašnjava da privilegij protiv samooptuživanja podrazumijeva da tužilaštvo u krivičnom postupku nastoji dokazati počinjenje krivičnog djela protiv osumnjičenog ne pribjegavajući upotrebi dokaza dobijenih metodama prisile ili

¹⁹ Član 136. a) ZKP Njemačke: (1) Sloboda optuženog da donosi odluke i da manifestuje svoju volju neće biti narušena zlostavljanjem, iscrpljivanjem, fizičkom prisilom, korištenjem lijekova, mučenjem, prevarom ili hipnozom. Prisila može biti korištena samo ako je dozvoljena zakonom o krivičnom postupku. Prijetnje optuženom mjerama koje nisu dozvoljene zakonom o krivičnom postupku ili obećavanje neke koristi koje nije predviđeno zakonom su zabranjeni. (2) Mjere kojima se ugrožava pamćenje optuženog ili sposobnost razumijevanja i prihvatanja date situacije (*Einsichtsfähigkeit*) nisu dozvoljene. (3) Zabrane navedene u stavovima (1) i (2) se primjenjuju čak i ako se optuženi složio sa [predloženom mjerom]. Izjave dobijene protivno toj zabrani se neće koristiti [kao dokaz], čak i ako se optuženi složio sa njihovim korištenjem.“ Vidi para 90. presude *Jalloh protiv Njemačke*.

ugnjjetavanja osumnjičene osobe.²⁰ Nadalje, privilegij protiv samooptuživanja se odnosi prvenstveno na poštovanje volje osumnjičene osobe da šuti, i ona se ne proširuje na upotrebu materijalnih dokaza u krivičnom postupku, koji se od osumnjičene osobe mogu dobiti upotrebom prisilnih ovlasti koje postoje neovisno od volje osumnjičenog, kao što su materijalni dokazi dobijeni na osnovu naredbe za pretres, dokazi dobijeni vještačenjem uzoraka krvi, kose, glasa, tjelesnog tkiva, DNK itd.²¹

Međutim, privilegij protiv samooptuživanja ne može se razumno ograničiti samo na izjave kojima osumnjičeno lice priznaje djela ili na izjave koje su neposredno inkriminirajuće.²² Stoga, u predmetnom slučaju ESLJP utvrdio je povredu prava na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja, obrazlažući da, iako je aplikant imao mogućnost da ospori pomenuti dokaz, bilo je evidentno da domaće vlasti isti ne bi isključile iz krivičnog postupka jer navedeni akt nisu smatrale nezakonitim. Pored navedenog, ESLJP smatrao je da javni interes za osudu u ovom slučaju nije bio toliko važan jer je bilo riječ o uličnom trgovcu psihoaktivnim supstancama, koji je istu supstancu prodavao u relativno malom obimu, te na koncu za ovo djelo dobio šestomjesečnu uslovnu kaznu. Stoga je cijeli postupak, prema zaključku ovog suda, bio nepravičan.

Drugi izuzetno važan slučaj za ovu materiju jeste slučaj *Gafgen protiv Njemačke*²³, u kojem su organi gonjenja prijetnjom mučenjem od osumnjičenog zahtijevali da otkrije lokalitet mjesta na kome je sakrio dječaka kojeg je oteo a poslije i ubio, u cilju spašavanja života djeteta.

Prije svega, ESLJP je ovdje utvrdio da prijetnja nasiljem i tjeranje osumnjičenog da bos hoda po šumi kako bi organe gonjenja doveo do tijela dječaka kojeg je oteo a kasnije i ubio, predstavlja ponašanje zabranjeno članom 3. EKLJP a koje doseže razinu nečovječnog postupanja. Stoga, glavno pitanje koje se postavilo pred sud u ovom predmetu jeste da li je došlo do kršenja prava na pravičan postupak korištenjem plodova otrovne voćke²⁴, odnosno dokaza dobijenih na temelju priznanja osumnjičene osobe datog pod ovakvim okolnostima koje predstavljaju ponašanje suprotno članu 3. EKLJP?

Obrazlažući ovo pitanje, sud zaključuje da

“(...) izjave dobijene mučenjem i drugim postupcima koji krše član 3.

²⁰ Vidi para 100. presude

²¹ Vidi para 101. presude

²² Vidi presudu *Sauders protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 17. decembar 1996. godine.

²³ *Gafgen protiv Njemačke*, Aplikacija br. 22978/05, presuda od 1.6.2010. godine.

²⁴ O pravnoj prirodi ovog institut čitaj više u: L. Zilić-Čurić, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2023, str. 240 – 241; L. Zilić, „Pravo na pravično suđenje u krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 13/2014; B. Obradović/I. Župan, „Plodovi otrovne voćke u hrvatskom i poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2011.

*EKLJP, primjenjene u cilju saznanja relevantnih činjenica u krivičnom postupku, čini postupak u cjelini nepravičnim. Taj zaključak se primjenjuje neovisno od dokazne vrijednosti izjava i neovisno do toga da li je njihovo korištenje odlučujuće u osiguranju osuđujuće presude protiv aplikanta.*²⁵

Međutim, do ovog predmeta, sud se nije susretao sa pitanjem da li dokazi koji su dobijeni temeljem priznanja do kojeg se došlo kršenjem člana 3. u pogledu nehumanog tretmana, uvijek dovode do nepravičnosti postupka. Čini se da ni u ovom predmetu sud nije u cijelosti odgovorio na ovo pitanje, budući da je istaknuo stav da je pravičnost krivičnog postupka ugrožena samo ako se pokazalo da je povreda člana 3. EKLJP imala utjecaj na ishod postupka.²⁶

U ovom predmetu, prema mišljenju ESLJP, regionalni sud u Njemačkoj zasnovao je svoju osuđujuću presudu na novom priznanju koje je aplikant dao na suđenju, i na dokazima koji su pribavljeni neovisno od prvog priznanja aplikanta datog u istrazi. Stoga, veza u uzročno-posljedičnom lancu između nezakonitog priznanja i materijalnih dokaza dobijenih na temelju istog i osuđujuće presude je prekinuta.²⁷

Sa ovakvim stavom suda nije se složio jedan dio sudija. U svom izdvojenom mišljenju, ove sudije kritikuju ovakvu odluku suda, prije svega, što ESLJP nije jasno i precizno odgovorio na pitanje izuzimanja materijalnih dokaza koji su dobijeni mjerama koje predstavljaju kršenje zabrane nečovječnog postupanja iz člana 3. EKLJP, smatrajući da je sud “(...) mogao dati kategoričan odgovor na ovo pitanje nedvosmislenim naznačavanjem da nezavisno od ponašanja optuženog, pravičnost u svrhu člana 6. pretpostavlja poštivanje vladavine prava i iziskuje po sebi izuzimanje bilo kojeg dokaza koji je dobijen povredom člana 3.”²⁸

3. Pravo na poštovanje privatnosti i prepiske u krivičnom postupku i pravo na pravično suđenje

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske je substantivno relativno ljudsko pravo propisano članom 8. EKLJP, u koje javna vlast ima pravo da se umiješa odnosno da ga opravdano ograniči u određenim situacijama.²⁹ Jedna takva mogućnost data je javnoj vlasti u krivičnom

²⁵ *Gafgen protiv Njemačke*, para. 166.

²⁶ *Gafgen protiv Njemačke*, para. 178.

²⁷ *Gafgen protiv Njemačke*, para 180. U američkom precedentnom pravu to je zapravo doktrina gubitka veze između nezakonitog postupanja i dokaza, uspostavljena u precedentu U.S. Supreme Court, *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

²⁸ *Gafgen protiv Njemačke*, Izdvojeno mišljenje sudija Kovler, Mijović, Jaeger, Jočiene i Lopez Guerra, para. 2.

²⁹ Vidi naprimjer presude *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,

postupku, u cilju pronalaska dokaznog materijala i rasvjetljavanja krivičnog događaja. Međutim, da bi mjera koja podrazumijeva miješanje u nečiju privatnost i prepisku bila opravdana, mora da bude jasno i precizno propisana zakonom, opravdana i neophodna u demokratskom društvu.

Davne 1988. godine u pionirskom predmetu u ovoj materiji, predmetu *Schenk protiv Švicarske*³⁰, pred ESLJP postavilo se pitanje da li upotreba nezakonito snimljenog razgovora u krivičnom postupku povlači za sobom povredu pravičnosti postupka. U pomenutom predmetu, aplikantovi razgovori bili su predmet tajnog snimanja za koje nije postojao sudski nalog, i to od strane treće osobe a ne nadležne vlasti. Takvi razgovori upotrebljeni su u krivičnom postupku protiv aplikanta za krivično djelo pokušaj ubistva. U tom pogledu, ESLJP je naglasio da EKLJP ne propisuje nikakva pravila o ocjeni i prihvatljivosti dokaza u krivičnom postupku, stoga uloga ovog suda se svodi na odlučivanje o tome da li je upotreba takvih dokaza dovela do nepravičnosti postupka u cjelini.

U pogledu odlučivanja o pravičnosti postupka u cjelini, ESLJP je uzeo u obzir mogućnost aplikanta da pred domaćim vlastima u krivičnom postupku ospori predmetni nezakoniti dokaz, kao i utjecaj tog dokaza na donošenje odluke o krivičnoj odgovornosti i sankciji aplikanta. U ovom slučaju, ESLJP je uzeo u obzir da nezakonita snimka nije bila jedini dokaz na kome se zasnivala osuđujuća presuda, budući da je nacionalni sud uzeo u obzir brojne iskaze svjedoka u ovom predmetu.³¹ Budući da je sud odlučio da postupak u cjelini nije bio nepravičan, odnosno da nije povrijeđen član 6, sud se nije upuštao u odlučivanje o povredi prava na privatnost odnosno člana 8. EKLJP.

Skoro istu logiku odlučivanja ESLJP je primjenio u kasnijim predmetima *Li Dejvis protiv Belgije*³² iz 2009. godine i *Bikov protiv Rusije*³³ iz 2009. godine. U predmetu *Li Dejvis protiv Belgije* sporni su bili dokazi (opojna supstanca kanabis) dobijeni pretresom bez sudskog naloga koji je izvršen na privatnom zemljištu aplikanta. Aplikant je osporavao navedeni dokaz zbog činjenice da policajci nisu imali nalog za pretres dok je javna vlast ovakav pretres pravdala tvrdeći da u skladu sa belgijskim nacionalnim propisima, policija ima pravo bez naloga pretresti napuštenu nepokretnu imovinu. ESLJP je, prilikom odlučivanja o tome je li upotreba spornih nezakonitih dokaza dovela do nepravičnosti postupka u cjelini, primjenio isti metod kao u prethodnom predmetu *Schenk protiv Švicarske*, te ispitao da li je aplikant bio omogućen

Aplikacija br. 9214/80; 9473/81; 9474/81, presuda od 28.5.1985. godine para. 67; *Johnston et al protiv Irske*, Aplikacija br. 9697/82, presuda od 18.12.1986, para. 55.

³⁰ *Schenk protiv Švicarske*, Aplikacija br. 10862/84, presuda od 12.7.1988. godine.

³¹ *Schenk protiv Švicarske*, para. 48.

³² *Li Dejvis protiv Belgije*, Aplikacija br. 18704/05, presuda od 28.7.2009. godine.

³³ *Bikov protiv Rusije*, Aplikacija br. 4378/02, presuda od 10.3.2009. godine.

da ospori predmetni nezakoniti dokaz u toku krivičnog postupka, odnosno da li su ispoštovana prava odbrane u ovom slučaju. Budući da je aplikant imao mogućnost osporavanja predmetnog dokaza, te da pouzdanost istog dokaza nije bila upitna, ESLJP je donio isti zaključak kao u predmetu *Schenk protiv Švicarske*, a to je da nema povrede člana 6. EKLJP.

U novijem predmetu *Dragos Iaon Rusu protiv Rumunije*³⁴ iz 2017. godine, sporni dokazi u krivičnom postupku bili su dokazi pribavljeni oduzimanjem pošiljki bez sudskog naloga, koje oduzimanje je javna vlast pravdala „hitnom situacijom“³⁵. ESLJP je utvrdio povredu prava na prepisku aplikanta, argumentujući da javna vlast nije opravdala oduzimanje prepiske bez naloga, drugim riječima, nije argumentovano zašto je situacija bila hitna i zašto tužitelj nije mogao iste dokaze obezbijediti redovnom procedurom oduzimanja pošiljki.³⁶ Međutim, uprkos povredi prava na prepisku, ESLJP baš kao i u prethodnom slučaju, nije utvrdio povredu prava na pravično suđenje, zbog istih razloga koje je sud naveo u prethodno pomenutim predmetima, a to su mogućnost osporavanja dokaza pred domaćim sudovima, nesumnjiva pouzdanost spornog nezakonitog dokaza te činjenica da je domaći sud presudu zasnovao i na drugim zakonitim i relevantnim dokazima.³⁷

Isti stav sud je zauzeo u pomenutom predmetu *Bikov protiv Rusije* iz 2017. godine, u kome je sporni dokaz bio razgovor snimljen daljinskim radio uređajem kojeg je ESLJP poistovjetio sa snimanjem razgovora putem telefona. ESLJP je donio odluku da je u ovom predmetu povrijeđen član 8. EKLJP, jer je domaća legislativa predviđala samo snimanje razgovora putem telefona i elektronskim vidovima komunikacije.³⁸ Međutim, identično kao u prethodnim primjerima, ESLJP nije našao povredu prava na pravično suđenje obrazlažući to činjenicom da je aplikant mogao da ospori navedene dokaze te da pomenuti dokazi nisu jedini dokazni materijal na kojima se zasnivala osuđujuća presuda.³⁹

Međutim, ovakav stav u pogledu doprinosa nezakonitog dokaza osuđujućoj presudi, ESLJP nije primjenio u predmetu *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁰ iz 2000. godine u kome se osuđujuća presuda temeljila u odlučujućem dijelu na nezakonitom dokazu. Riječ je o neovlaštenom

³⁴ *Dragos Iaon Rusu protiv Rumunije*, Aplikacija br. 22767/08, presuda od 31.10.2017. godine, finalna presuda donesena 31.1.2018. godine

³⁵ *Dragos Iaon Rusu protiv Rumunije*, para. 30. i dalje.

³⁶ *Dragos Iaon Rusu protiv Rumunije*, para. 40-44.

³⁷ *Dragos Iaon Rusu protiv Rumunije*, para. 54-57.

³⁸ *Bikov protiv Rusije*, para. 72-83.

³⁹ *Bikov protiv Rusije*, para. 94-105.

⁴⁰ *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Aplikacija br. 35394/97, presuda od 12.5.2000. godine, finalna presuda donešena 4.10.2000. godine.

prislušivanju za koje je ESLJP utvrdio povredu člana 8. EKLJP⁴¹, te iako se presuda temeljila na ovom dokazu, ESLJP nije našao povredu prava na pravično suđenje. Ovakvu odluku obrazložio je stavom da nije bilo sumnje u pouzdanost predmetnog dokaza te da je aplikant imao mogućnost da osporava predmetni dokaz pred domaćim sudovima.⁴²

Dakle, ono što je u prethodnim slučajevima bio jedan od ključnih faktora pri odlučivanju o povredi prava na pravično suđenje, a to je doprinos spornog nezakonitog dokaza osuđujućoj presudi, ESLJP je u ovom predmetu zanemario. Ovakvu odluku ESLJP oštro je kritikovao sudija *Loucaides* u svom izdvojenom mišljenju na presudu, iznoseći stav da on ne može smatrati da je suđenje bilo pošteno ako se presuda, po optužbi za bilo koje krivično djelo, zasniva na dokazu dobijenom povredom ljudskog prava zagaranovanog EKLJP.⁴³ U tom pogledu, sudija *Loucaides* prigovara ovakvom stavu suda smatrajući da je pogrešno uzimati u obzir činjenicu da su engleski sudovi imali diskreciono pravo da izdvoje predmetni dokaz. Od posebnog značaja u ovom kontekstu je njegova opaska da „pravičnost postupka“ u engleskom pravu nije uvjetovana nezakonitošću dokaza, budući da englesko pravo vrlo usko shvata pojam „pravičnost postupka“.⁴⁴ Stoga, nejasan je pristup suda u ovom slučaju, s obzirom na činjenicu da se osuđujuća presuda u ovom predmetu zasnivala na samo jednom dokazu koji je pribavljen kršenjem prava na privatnost.

3.1. Obrazloženje mjera posebnih istražnih radnji

Kao što smo na početku konstatovali, pravo na privatnost nije apsolutno pravo što znači da ga javna vlast pod određenim uslovima može ograničiti. Ograničenje mora biti propisano zakonom, a zakon mora da slijedi javni interes, drugim riječima, mjere koje zakon propisuje moraju biti neophodne u demokratskom društvu.⁴⁵ Kada su u pitanju procesni zakoni, odnosno mjere posebnih istražnih radnji kojima se duboko zadire u nečiju privatnost, tada zakon mora da jasno i precizno definiše navedene mjere kako bi se spriječila moguća arbitrarnost u praksi. Dakle, kada zakon daje određeno diskreciono ovlaštenje određenom organu, taj zakon mora propisati i granice datog ovlaštenja. Upravo ova diskreciona ovlast bila je predmet ispitivanja pred ESLJP u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*⁴⁶ u kome se aplikant žalio na

⁴¹ *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, para. 25-28.

⁴² *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, para. 37-40.

⁴³ *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Izdvojeno mišljenje sudije *Loucaides*.

⁴⁴ *Ibid*

⁴⁵ U pogledu definisanja pojma zakon vidi presudu *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Aplikacija br. 6538/74, presuda od 26.4.1979. godine, para. 47-49.

⁴⁶ *Dragojević protiv Hrvatske*, Aplikacija br. 68955/11, presuda od 15.1.2015. godine

povredu prava na privatnost smatrajući da su nezakonite bile mjere tajnog nadzora nad njim.

Prema Zakonu o kaznenom postupku Hrvatske, istražni sudija, na zahtjev tužitelja, može izdati rješenje o primjeni mjere tajnog nadzora, koje rješenje mora počivati na činjeničnom obrazloženju takve mjere. U pomenutom slučaju, rješenja koja je izdao istražni sudija Županijskog suda u Zagrebu su se temeljila samo na izjavi da postoji zahtjev Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta za primjenom mjera tajnog nadzora. Ovakvo rješenje ESLJP je ocjenio kao proizvoljno, jer nije bilo utemeljeno na činjeničnim osnovama koje bi opravdavale izdavanje ovakve jedne mjere.

Stoga, kada je u pitanju bilo koja mjera u krivičnom postupku, kojom se zadire u nečiju privatnost, javna vlast koja naređuje predmetne mjere mora jasno i precizno obrazložiti razloge za izdavanje istih, sve u cilju sprječavanja neopravdanog miješanja u pravo na privatnost i sprječavanje arbitrnosti u praksi. Dakle, prije svega procesni zakon mora da zadovolji kriterije zakona u konvencijskom smislu, dakle da jasno, precizno i nedvosmisleno uredi mjere kojima organi gonjenja zadiru u nečiju privatnost, a potom istražni organi koji provode ove mjere u praksi moraju da vode o računa o obrazloženju svake pojedinačne mjere, navodeći konkretne razloge opravdanosti izdavanja pojedine mjere.

3.2. Sumnja u pouzdanost dokaza

U prethodno analiziranoj sudskoj praksi primjetili smo da ESLJP odlučuje da pravo na pravično suđenje nije prekršeno u situacijama u kojima je aplikant imao mogućnost osporavanja nezakonitog dokaza pred domaćim sudovima, ukoliko se presuda ne temelji samo na nezakonitom dokazu, te ukoliko su predmetni nezakoniti dokazi pouzdani, odnosno ukoliko nije osporena njihova autentičnost.

Nešto drugačija situacija od prethodnih slučajeva bila je u predmetu *Lisica protiv Hrvatske*⁴⁷ u kome je sporni dokaz pronađen tokom pretresa automobila bez naredbe i bez prisustva aplikanta. Osuđujuća presuda u ovom predmetu zasnivala se, između ostalog, i na pomenutom dokazu kojeg je aplikant pred domaćim sudovima osporavao kao nezakonit.

Činjenično stanje je specifično budući da je automobil prvi put pretresen dok je aplikant bio u pritvoru, a nakon dva dana izvršeno je novo pretresanje automobila na osnovu naredbe i uz prisustvo branitelja aplikanta. Međutim, između ta dva pretresanja, policajci su izvršili pretres bez naredbe i bez svjedoka prilikom čega su pronašli plastični štitnik brave, koji je bio dokaz

⁴⁷ *Lisica protiv Hrvatske*, Aplikacija br. 20100/06, presuda od 25.2.2010. godine

tužilaštva protiv aplikanta, te se na istome temeljila osuđujuća presuda. U suštini pomenuti dokaz je bio izravni dokaz o krivnji aplikanta, dok su ostali imali uglavnom status indicija.⁴⁸

Iako je u ovom slučaju podnositelj predstavke imao zagaranтована prava odbrane i mogućnost da ospori sporni dokaz pored domaćim sudovima (u čemu nije uspio) ESLJP je našao da postoji sumnja u pouzdanost pomenutog dokaza, jer je pretres obavljen bez prisustva podnositelja i drugih svjedoka.

Posebno važna činjenica u ovom slučaju jeste važnost spornog dokaza u donošenju osuđujuće presude. Predmetni dokaz je zajedno sa ostalim dokaznim materijalom predstavljao osnovu za donošenje osuđujuće presude protiv aplikanta. Zbog činjenice da pretresu nisu prisustvovali ni svjedoci ni podnositelj predstavke, zbog mogućnosti da je u takvim okolnosti dokaz mogao biti podmetnut, te da je dokaz kao takav nepouzdan, ESLJP je zaključio da postupak u cjelini nije bio pravičan.

4. Prihvatljivost dokaza dobijenih podstrekavanjem na krivično djelo

U recentnom predmetu *Akbay et al protiv Njemačke*⁴⁹ sud je odlučivao o kršenju prava na pravično suđenje zbog upotrebe dokaza dobijenih prekoračenjem legitimne policijske infiltracije u nacionalnom krivičnom postupku. Države članice Vijeća Evrope različito uređuju pitanje pravnih posljedica upotrebe dokaza dobijenih prekoračenjem ovlasti koju ima prikriveni istražitelj u istrazi. S tim u vezi, predmet *Akbay et al protiv Njemačke* otvorio je dva bitna pitanja. Prvo pitanje jeste pitanje podstrekavanja na počinjenje krivičnog djela od strane policijskih agenata, a drugo pitanje je procesnopravne prirode odnosno pitanje pravnih posljedica prihvatljivosti dokaza nastalih podstrekavanjem od strane policijskih agenata.

Nakon dojave da se lice N.A. bavi trgovinom opojnom drogom, te nakon neuspjelih istražnih radnji, berlinska policija je, na temelju ovlaštenja tužilaštva, angažovala policijskog agenta koji je imao zadatak da se infiltrira i dobije informacije o navodnoj prodaji opojne substance. Policijski agent nakon upoznavanja sa lice N.A. nudi mu bezbjedan način uvoza heroina putem luke Bremerhaven uz pomoć radnika u luci koji je prema riječima informatora bio pouzdan. N.A. isprva nije učinio ništa povodom ove ponude, međutim nakon par mjeseci i nakon par ponovljenih ponuda ipak pristaje sastati se sa radnikom u luci. N.A. je trebao pronaći kontakte za osiguranje isporuke opojne substance iz Južne Amerike. Nakon par ponovljenih ponuda i poziva od strane

⁴⁸ *Lisica protiv Hrvatske*, para. 60.

⁴⁹ *Akbay et al protiv Njemačke*, Aplikacija br. 40495/15, presuda od 15. januara 2021. godine.

policijskog agenta N.A. je ipak uz pomoć drugog podnositelja predstavke i određenih kontakata u inostranstvu organizirao isporuke opojne droge putem koji je ponudio policijski agent i njegov suradnik tj. radnik u luci. Drugi podnosilac predstavke služio je kao kontakt osoba između N.A. i grupe lica u Holandiji a treći podnositelj predstavke bio je zadužen za prijevoz droge od Bremerhavena do Berlina.

Prvostepeni sud u Njemačkoj osudio ih je na kazne zatvora zbog trgovine opojnim supstancama. Zbog prekoračenja legitimne infiltracije prvostepeni sud je ublažio kazne optuženima i na taj način odbio da zbog prekoračenja ovlaštenja policijskog agenta prekine krivični postupak. Drugostepeni i ustavni sud odbili su žalbe optuženih, suštinski smatrajući da činjenica prekoračenja legitimne policijske infiltracije *per se* ne predstavlja prepreku za vođenje krivičnog postupka nego se ima uzeti kao olakšavajuća okolnost prilikom odmjeravanja kazne. Predstavku sudu podnijela je supruga prvooptuženog te druga dva saučesnika.⁵⁰

U osnovi, obje strane su se složile da je došlo do prekoračenja policijske infiltracije i kršenja prava na pravično suđenje, no strane se nisu složile u pogledu pitanja prihvatljivosti dokaza u nacionalnom krivičnom postupku. Aplikanti su bili stava da prekoračenje policijske infiltracije odnosno postojanje podstrekavanja na počinjenje krivičnog djela sa sobom povlači obustavu krivičnog postupka kao posljedicu navedene nezakonite radnje, dok su nacionalni sudovi bili stava da prekoračenje legitimne policijske infiltracije u ovom slučaju ne povlači obustavu krivičnog postupka, nego je to olakšavajuća okolnost koja se ima uzeti prilikom odmjeravanja kazne. Također, strane se nisu složile oko izdvajanja priznanja optuženih osoba – tužena strana smatrala je da se ti dokazi ne trebaju izdvojiti jer nisu nezakonito pribavljeni.

Konkretno, nacionalni sudovi su izdvojili iz krivičnog postupka dokaze dobijene prekoračenjem policijske ovlasti a izjave ovlaštenih službenih lica kao agenata koristili su u onoj mjeri u kojoj nisu suprotni sa iskazima osuđenih lica.

ESLJP je, stoga, pred sobom imao zadatak da odgovori na dva pravna pitanja: da li je došlo do podstrekavanja i koje su procesnopravne posljedice podstrekavanja?

⁵⁰ Vrlo je zanimljiva ova okolnost sa aspekta ljudskih prava i priznavanja statusa žrtve. Podnositeljica predstavke, kao supruga prvooptuženog, nije bila optužena u nacionalnom krivičnom postupku. Smatrala je da je indirektna žrtva kršenja prava njenog muža. Ona je izjavila da je imala moralni interes da postigne pravdu za svog preminulog supruga i da uspostavi njegovu reputaciju nakon njegove neopravdane osude za trgovinu drogom. Pogledaj para. 67-77.

4.1. Pitanje podstrekavanja

U kontekstu pitanja prekoračenja legitimne policijske infiltracije sud je koristio substantivni tekst podstrekavanja u okviru kojeg je postavio dva pitanja:

1. Da li je postojala objektivna sumnja da je počinitelj umiješan u određene kriminalne radnje ili je bio predisponiran da počini krivično djelo?

2. Da li je osoba bila izložena pritisku da počini krivično djelo?

U tom kontekstu sud naglašava da podstrekavanje postoji onda kada se subjekt izlaže pritisku da počini krivično djelo, a koji pritisak se može ogledati u obnavljanju ponude, preuzimanje inicijative u kontaktiranju subjekta kao i uporno podsticanje na počinjenje radnje krivičnog djela. Također, subjekt ne mora biti u direktnom kontaktu sa policijskim agentom, dakle može biti i saučesnik.

S tim u vezi, uslovi pod kojima se angažuje policijski agent odnosno informator moraju biti jasno, precizno i nedvosmisleno propisani zakonom koji također propisuje i adekvatan nadzor nad radom policijskog agenta. *In concreto*, sud je stao na stajalište da je postojalo podstrekavanje u odnosu na prvooptuženog i drugooptuženog, dok kod trećeoptuženog koji je osuđen zbog pristanka da uzme drogu i odnese je u stan, sud nije našao da je postojalo podstrekavanje jer na taj akt policija nije utjecala.

4.2. Pitanje pravnih posljedica podstrekavanja – prihvatljivost dokaza dobijenih podstrekavanjem?

Domaći sudovi su iz krivičnog postupka izuzeli dokaze dobijene podstrekavanjem a izjave policijskih agenata ocjenjivali su u onom dijelu u kojem se slažu sa izjavama odnosno priznanjima optuženih lica. Iako ESLJP gotovo nikad je ulazi u ocjenu dokaza niti propisuje pravila o njihovoj prihvatljivosti u krivičnom postupku, ovaj put se ipak upustio u navedeno odlučivši da su domaći sudovi trebali izuzeti dokaze dobijene priznanjem osuđenih lica s obzirom na postojanje uske veze između njihovog priznanja i podstrekavanja koje je dovelo do počinjenja krivičnog djela. Stoga, smatra ESLJP, smanjenje kazne zbog podstrekavanja ipak nije mjera koja odgovara zahtjevima pravičnog postupka. Prema stavu ESLJP, mjera koja odgovara zahtjevima iz člana 6. EKLJP jest obustava krivičnog postupka ili izuzimanje svih dokaza nastalih podstrekavanjem na činjenje krivičnog djela.

Pojašnjenja radi, u njemačkom krivičnom procesnom pravu kršenje člana 136. a) Zakona o krivičnom postupku⁵¹ i ustavnog principa vladavine prava, odnosno zabrane policijske brutalnosti, povlače za sobom automatsko isključivanje dobijenih nezakonitih dokaza, dok dokazi dobijeni povredom prava na privatnost uvijek podliježu vaganju suprostavljenih interesa efikasnog krivičnog postupka i prava optužene osobe. Izuzetak predstavlja zaštita najintimnije sfere čovjeka – dokazi dobijeni ovakvim kršenjem mogu biti isključeni čak i ako su zakoniti, tzv. nedobavljeni dokazi ili dokazi van domašaja javne vlasti.⁵² Stoga, isključivanje iz dokaznog materijala iskaza optuženih osoba samo zbog činjenice da su počinili krivično djelo podstrekavanjem nije predviđeno kao osnov za izdvajanje (ne)zakonitih dokaza. Međutim, nakon predmeta *Furcht protiv Njemačke*, Savezni federalni sud modifikovao je svoju praksu u pogledu podstrekavanja, pa je nakon 2015. godine odlučivao na način da se izdvoje svi dokazi koji su nastali na temelju podstrekavanja ili da se primjeni postupak sa sličnim posljedicama.

No, u ovom predmetu tužena strana smatrala je da domaći sudovi nisu koristili ni jedan dokaz dobijen na temelju podstrekavanja, nego da su korišteni „priznanje koje su i N.A. i drugi podnosilac predstavke dali na ročištu protiv njih. Daljnji dokazi, posebno svjedočenje tajnog agenta K. i nadzornih policajaca policijskog doušnika i zapisnici izvještaja doušnika tim službenicima, korišteni su samo kao dodatak i u onoj mjeri u kojoj nisu u suprotnosti s NA i izjave drugog podnosioca predstavke.“⁵³

Tužena strana je smatrala da priznanja N.A.-e i drugog podnosioca predstavke nisu morala biti izuzeta, jer su kao optuženi u krivičnom postupku imali pravo na šutnju. Nisu bili dužni da priznaju krivično djelo kako bi sudovi zaključili da su podstaknuti na počinjenje predmetnog djela.⁵⁴

Međutim, ESLJP imao je drugačije stajalište. Smatrao je da postoji uska veza „između priznanja da je krivično djelo počinjeno i podstrekavanja koja su dovela do počinjenja krivičnog djela“⁵⁵. Stoga je, Regionalni sud, prema stajalištu strasburške prakse, trebao isključiti ne samo svjedočenje tajnog

⁵¹ Zakon o krivičnom postupku Republike Njemačke, (*Strafprozeßordnung, StPO*), Službeni glasnik Republike Njemačke (Bundesgesetzblatt), Dio I, str. 1074, 1319. U engleskoj prevodnoj verziji dostupan na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html. Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju sačinila je i finansirala publikaciju *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*, Edicija NJEMAČKO PRAVO, Knjiga 1. Zakon dostupan na: <https://www.harmonius.org/wp-content/uploads/2014/10/IRZ-ZKP-Njemacki-Prijevod.pdf>.

⁵² Vidi više u: C.M.Bradley, „The exclusionary rule in Germany“, *Indiana University Maurer School of Law*, 1983., 1034.

⁵³ Para. 102.

⁵⁴ Para. 104.

⁵⁵ Para. 138.

agenta i policijskih službenika nadgledanja zapisnik o izvještaju doušnika, ali i priznanja N.A. i drugo podnosioca zahtjeva ili je trebao primijeniti postupak sa sličnim posljedicama.

5. Zaključna razmatranja

Analiza sudske prakse ovog suda pokazuje da se ni ovaj sud, kao regionalni zaštitnik ljudskih prava, ipak nije smio miješati u nacionalnu regulativu dokaznih zabrana i stvarati jedan krug pravila za ocjenu i prihvatljivost nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u nacionalnim pravnim sistemima. Zemlje evropsko-kontinentalnog pravnog kruga imaju različita rješenja u pogledu ocjene i prihvatljivosti nezakonitih dokaza koja su odraz pravne tradicije, kulture i trenutnih prioriteta svakog krivičnog postupka. Stoga ESLJP je zauzeo holistički pristup, na temelju kojeg u svakom konkretnom slučaju ispituje da li je upotreba spornog nezakonitog dokaza dovela do nepravdičnosti postupka. Tako ovaj sud ne zalazi u domen nacionalne legislative a ostaje da štiti temeljnu vrijednost vladavine prava a to je pravičan postupak odnosno pošteno suđenje. Ono što je preraslo u pravilo za sve države članice Vijeća Evrope jeste da se presuda ne smije zasnivati na dokazu koji je dobijen primjenom metoda mučenja, jer je zabrana mučenja propisana članom 3. EKLJP *ius cogens* norma i apsolutno ljudsko pravo koje ne podliježe derogaciji ni pod kojim uslovima.

Kada je riječ o recentnom predmetu *Akbay et al protiv Njemačke*, opravdano je postaviti pitanje da li je ESLJP gore elaboriranim stavom zapravo prekoračio granicu ispitivanja povrede pravičnosti postupka u cjelini i upustio se u ocjenu dokaza u nacionalnom krivičnom postupku? U svojim prvim predmetima poput *Schenk protiv Švicarske*, *Lisica protiv Hrvatske* ali i mnogim drugim, ESLJP naglasio je da član 6. EKLJP ne propisuje nikakva pravila o prihvatljivosti dokaza niti pravila o njihovoj ocjeni u nacionalnom krivičnom postupku, to je pitanje koje je povjereno redovnim sudovima. No, čini se da predmetna presuda predstavlja iskorak od ranije utvrđenih pravila, s obzirom da ESLJP, koristeći se svojim dogmatskim pristupom, zapravo daje ocjenu korištenih dokaza u nacionalnom krivičnom postupku (priznanja) i propisuje pravnu posljedicu upotrebe navedenih dokaza. Ovo pitanje povlači sa sobom i mnoga druga pitanja koja se mogu pojaviti u istovjetnim predmetima – pitanje pravičnosti isključivanja priznanja optužene osobe koja je podstrekavana u kontekstu satisfakcije žrtve krivičnog djela. Kakav će stav spram ovakve presude zauzeti države članice Vijeća Evrope ostaje da vidimo.

UNLAWFUL EVIDENCE IN THE EUROPEAN CONVENTION SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Summary

Admissibility of illegally obtained evidence is one of the most complex issues in criminal proceedings. European continental legal system countries have adopted various legal solutions regarding the methods of assessing and excluding illegal evidence from criminal proceedings. The European Court of Human Rights does not have jurisdiction to decide on the admissibility of evidence in national criminal proceedings. Instead, based on a “holistic approach,” the European Court of Human Rights decides whether the national criminal proceedings as a whole were fair, taking into account the manner of obtaining and assessing the evidence. This paper explores and analyzes the key positions of the court in cases concerning the use of illegally obtained evidence in national criminal proceedings. The key positions of the European Court of Human Rights should serve as guidelines in the application of national law in Council of Europe member states. The paper can serve as a useful tool in further research on the compatibility of the application of domestic law with the standards of the European Court of Human Rights.

Key words: illegally obtained evidence, criminal proceedings, European Convention law, European Court of Human Rights.