

Višnja Drenški Lasan*
Jasna Novak**
Mr. sc. Laura Valković***

PRAVNI I PRAKTIČNI PROBLEMI DOBRE OBRANE OKRIVLJENIKA

Zakon o kaznenom postupku – NN 152/08. od 24. prosinca 2008., zajedno sa Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku – NN 76/09. od 30. lipnja 2009., donijeli su mnogobrojne novosti u hrvatski kazneni postupak. Jedna je od njih uloga branitelja od kojega se traži posebna i temeljita priprema, što podrazumijeva stručno obrazovanje i operativnu osposobljenost. Autorice u radu analiziraju relevantne odredbe Zakona o kaznenom postupku koje se odnose na položaj branitelja i njegovu ulogu u kaznenom postupku, sve uzimajući u obzir recentno jačanje i brz razvitak društvenog interesa za suzbijanjem i procesuiranjem kriminaliteta. Pravičan postupak podrazumijeva postojanje učinkovite obrane okrivljenika koja je sposobna suprotstaviti se optužbi i tako omogućiti provođenje načela kontradiktornosti i jednakosti oružja jer se jedino na taj način djelotvorno ostvaruje pravično suđenje.

S posebnom pozornošću autorice analiziraju odredbe Zakona o kaznenom postupku koje se tiču pojedinih procesnih zadataka i radnji branitelja kojima se osigurava učinkovita obrana kao što su razgledavanje spisa predmeta, učinkovita priprema obrane (osobito za vrijeme trajanja istrage i boravka okrivljenika u istražnom zatvoru) te problematiku prekluzije dokaza.

Zaključno autorice iznose svoje ocjene i osvrt na zakonska rješenja koja se odnose na tu problematiku – neka rješenja smatraju da će dovesti do djelotvornijeg sustava kaznenog pravosuđa kojima će se postići zadovoljavajući rezultati, dok neka prepoznaju kao moguće izvore problema koji bi se mogli pojaviti u praksi tijekom obavljanja braniteljske dužnosti.

* Višnja Drenški Lasan, odvjetnica iz Zagreba

** Jasna Novak, odvjetnica iz Zagreba

*** Mr. sc. Laura Valković, odvjetnica iz Zagreba

I. UVOD

Prožimanje dvaju različitih interesa, s jedne strane interesa društva za učinkovitim načinom otkrivanja, sprečavanja, procesuiranja te naposljetku kažnjavanja svih počinitelja kaznenih djela te s druge strane jednako važan interes društva za zaštitom i poštovanjem pravičnog suđenja, svih prava optuženika i njegovih temeljnih sloboda te učinkovitim obranom, uloga branitelja nameće se kao snažan doprinos zakonitom i sveobuhvatnom funkcioniranju pravnog sustava i njegovim probicima. Upravo jačanje i brz razvitak društvenog interesa za efikasnošću na polju suzbijanja i procesuiranja kriminaliteta stavlja pred branitelja i njegovu ulogu u kaznenom postupku sve veću potrebu za učinkovitijom aktivnošću. Učinkovita uloga branitelja jest takva obrana okrivljenika koju pruža branitelj s ciljem da za svoga branjenika tijekom kaznenog postupka optužbi suprotstavi otpor obrane, omogućući kontradiktornost i jednakost oružja u sudskom postupku te ishodi najpovoljniju odluku imajući pri tome u vidu interes pravde te uvažavajući profesionalnu etiku.

Razmatrajući razloge donošenja Zakona o kaznenom postupku, koji su se ogledali u "...cilju poboljšavanja djelotvornosti kaznenog postupka, poboljšavanja zaštite prava okrivljenika i žrtve, osuvremenjivanja ustanova i radnji kaznenog postupka te usklađivanja sa sustavima kaznenog postupka u europskim zemljama tradicionalne demokracije, svrha je Zakona težnja da kazneni postupak bude jednostavniji, brži i ekonomičniji",¹ bilo je očekivati da će se odredbe koje se tiču nove i izmijenjene uloge branitelja mijenjati – međutim pretežiti dio odredaba ostao je isti kao u ZKP/97.

Uvažavajući razloge i dalekosežne i korjenite promjene koje će polučiti novi Zakon o kaznenom postupku, uz jačanje akuzatornih elemenata, u kojemu državni odvjetnik postaje glavni subjekt postupka koji prikuplja dokaze, vodi prethodni postupak te zastupa na raspravi, stavljajući sud (osobito suca istrage) gotovo u ulogu promatrača – postavlja pred branitelja (iako to Zakon izriječno ne predviđa) novu, odgovorniju i opsežniju ulogu koja se sastoji u pokušaju održanja ravnoteže procesnih pozicija tužitelja i okrivljenika.

II. FUNKCIJA, POLOŽAJ I ULOGA BRANITELJA U OSTVARIVANJU UČINKOVITE OBRANE U KAZNENOM POSTUPKU

Branitelj u kaznenom postupku ima zadatak pružiti učinkovitu obranu okrivljeniku, što znači da mora zastupati interese svojeg branjenika i postupati u njegovu najboljem interesu.

¹ Izvor: web stranica Hrvatskog sabora.

Temeljna kaznenoprocena načela obrane okrivljenika u kaznenom postupku ostvaruju se kroz prava obrane u vidu: a) pretpostavke nedužnosti, b) jednakosti oružja i c) prava na šutnju. Branitelj u kaznenom postupku osigurava njihovu realizaciju.

Odnos branitelja i okrivljenika u svakom kaznenom postupku determiniraju dva temeljna pojma: povjerenje i neovisnost. Da bi se stvorio odnos povjerenja između branitelja i okrivljenika, potrebni su objektivni preduvjeti stvaranja toga odnosa povjerenja koji se očituju u slobodnom izboru branitelja, zaštiti tajnosti odnosa (nesmetanoj komunikaciji, uskrati iskaza, posebnoj zaštiti pretrage stana i odvjetničkog ureda, dužnost čuvanja profesionalne tajne), neovisnosti o državnom odvjetništvu i sudu, neovisnosti o interesnim grupama, javnom mišljenju, profesionalnoj neovisnosti. Subjektivni preduvjeti ostvarenja odnosa povjerenja prvenstveno se očituju u odabiru taktike davanja savjeta, znanju i stručnosti branitelja, međusobnom razumijevanju, iskrenosti – davanju sveobuhvatnih i opsežnih informacija, postavljanju granica obrane.

III. PRAVO NA OBRANU U KAZNENOM POSTUPKU KAO TEMELJNO LJUDSKO PRAVO

Pravo na obranu, koje daje pravo okrivljeniku u kaznenom postupku da ima branitelja, jedno je od temeljnih ljudskih prava zajamčeno najvažnijim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima. Tijela koja nadziru poštovanje tih dokumenata kroz svoju su praksu razvila niz procesnih garancija koje država mora garantirati okrivljeniku kako bi mogao ostvariti svoje pravo na branitelja.

Spomenute garancije razvijene su u pravnoj praksi Europskog suda za ljudska prava i Komisije Ujedinjenih naroda za prava čovjeka poput: pravo na slobodan izbor branitelja, pravo okrivljenika da bude upoznat s pravom na branitelja, pravo na dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu obrane, pravo na nesmetano općenje s braniteljem, pravo na stručnog branitelja koji je sposoban pružiti učinkovitu obranu i tome slično.

Uz međunarodne konvencije koje obvezuju u Republici Hrvatskoj tom temeljnom ljudskom pravu – pravu na obranu – dana je ustavnopravna zaštita Ustavom Republike Hrvatske te praksom Ustavnoga suda.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda temeljni je pravni instrument zaštite ljudskih prava u Europi. U Republici Hrvatskoj stupila je na snagu i primjenjuje se od 5. studenoga 1997.² Uvažavajući članak

² Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN, MU. br.18/97., 6/) – proč.tekst, 8/99. – ispr. 14/02. i 1/06.).

140. Ustava Republike Hrvatske, međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom Republike Hrvatske i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona.

U članku 6. Konvencije propisano je pravo na pošteno suđenje, kojim se utvrđuje minimum postupovnih garancija, pri čemu valja imati na umu da su garancije iz stavaka 2. i 3. konstitutivni dio “poštenog suđenja”. Jedna od garancija propisanih u stavku 3. tog članka odnosi se na pravo osobe optužene za kazneno djelo da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu obrane. Na ovom mjestu potrebno je upozoriti na stajalište sudske prakse prema kojem “jamstva koja u sebi sadrži članak 6. stavak 3. nisu, stoga, cilj sam za sebe, i moraju se, prema tome, tumačiti u svjetlu funkcije koje imaju u cjelokupnom kontekstu postupka”. Naime, članak 6. stavak 3. spominje minimum garancija koje se moraju pružiti optuženiku u kontekstu pravednog suđenja koje se spominje u članku 6. stavku 1. Konvencije.³ U presudi *Meltaf i dr. protiv Francuske*⁴ navodi se: “Sud podsjeća da stavak 3. članka 6. predviđa niz primjera konkretne primjene općeg načela sadržanog u stavku 1.; različita prava koja su u njemu sadržana predstavljaju aspekte pravičnog postupka u kaznenim predmetima”.

Autorice dalje u tekstu analiziraju pojedine procesne radnje branitelja u kaznenom postupku te mogućnost pripreme obrane i stvarne (ne)mogućnosti u praksi, između ostalog i u svjetlu članka 6. Konvencije.

IV. UČINKOVITA OBRANA: POJEDINE PROCESNE RADNJE BRANITELJA U KAZNENOM POSTUPKU

Republika Hrvatska Zakonom o kaznenom postupku, NN 152/08. od 24. prosinca 2008., zajedno sa Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, NN 76/09. od 30. lipnja 2009.,⁵ uvela je akuzatorni model istrage, što znači da se pred branitelja u kaznenom postupku stavlja nova uloga koja se temelji na očuvanju jednakosti oružja i prava obrane. Autorice analiziraju pojedina zakonska rješenja, procesne zadatke i radnje branitelja kojima se osigurava učinkovita obrana i koje predstavljaju osnovnu ulogu branitelja tijekom kaznenog postupka. Izlažu ih dalje u tekstu u pododjeljcima a), b) i c).

³ Vidi, tako, Britvić Vetma, B., Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (članak 6) i upravni spor, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1/2008., 129-148.

⁴ Human Rights case Digest, Volume 12, Numbers 3-4, 2001., pp. 243-244(2).

⁵ U daljnjem tekstu: ZKP.

a) Razgledavanje spisa predmeta

Jedno od najvažnijih prava branitelja i preduvjet za učinkovitu i odgovornu obranu pravo je branitelja na razgledavanje, preslikavanje ili snimanje spisa i predmeta (članak 74. ZKP-a).⁶ Pravo na razgledavanje, preslikavanje, prepisivanje ili snimanje spisa i predmeta branitelj i okrivljenik imaju prema odredbi članka 184. stavka 2. točke 1. ZKP-a nakon što je okrivljenik ispitani.⁷

Komparacijom odredbe članka 74. ZKP-a s odredom članka 155. ZKP/97.⁸ vidi se da je odredba članka 74. ZKP-a dala mogućnost razgledavanja, preslikavanja i snimanja spisa i predmeta ne samo okrivljeniku (kako je bilo prema članku 155. stavka 5. ZKP/97) već i branitelju kao posebno pravo odvojeno od prava okrivljenika.

U eri informatizacije kad se dio sudskog spisa nalazi na CD mediju (prvo ispitivanje okrivljenika se snima, mjere tajnog nadzora telefonske komunikacije najčešće se u spisu predmeta nalaze na CD-u), odredbu članka 74. ZKP-a, koja propisuje i *snimanje* spisa predmeta (članak 155. stavak 5. ZKP/97. nije propisivao snimanje spisa predmeta) čini modernom i prilagođenom cilju ostvarenja dobre obrane.

⁶ Članak 74. ZKP-a: "Branitelj ima pravo razgledavanja, preslikavanja ili snimanja spisa i predmeta koji služe kao dokaz u skladu s ovim Zakonom (članak 184. stavak 2. točka 1.)"

⁷ Vidi se da se odredbe članka 184. stavka 2. točke 1. ZKP-a razlikuju od odredbe članka 74. ZKP-a, jer odredba članka 74. ZKP-a propisuje da branitelj ima pravo na razgledavanje, preslikavanje i snimanje spisa i predmeta, dok članak 184. stavak 2. ZKP-a određuje da branitelj ima pravo razgledavanja, preslikavanja, *prepisivanja* i snimanja spisa i predmeta. Valja pretpostaviti da je riječ o redakcijskoj pogrešci budući da ako branitelj može razgledavati, preslikavati i snimati spise i predmete, ima pravo i prepisivati spise.

⁸ Članak 155. ZKP/97: "1. Svakomu, u čijemu je to opravdanom interesu, može se dopustiti razgledavanje, prepisivanje i preslikavanje pojedinih kaznenih spisa.

2. Kad je postupak u tijeku, razgledavanje, prepisivanje i preslikavanje spisa dopušta tijelo pred kojim se vodi postupak, a kad je postupak završen, razgledavanje, prepisivanje i preslikavanje spisa dopušta predsjednik suda ili službena osoba koju on odredi. Ako se spisi nalaze kod državnog odvjetnika, odobrenje za razgledavanje, prepisivanje i preslikavanje daje državni odvjetnik.

3. Sud će državnom odvjetniku, na njegov zahtjev, dostaviti kazneni spis radi razgledavanja. Ako je u tijeku rok za izjavu redovitoga pravnog lijeka ili ako to zahtijevaju probitci postupka, sud će odrediti u kojem roku državni odvjetnik treba vratiti spise.

4. Privatni tužitelj i oštećenik kao tužitelj imaju pravo razgledati, prepisivati i preslikavati spise. Oštećeniku se može privremeno uskratiti razgledavanje, prepisivanje i preslikavanje spisa u slučaju iz članka 54. stavka 3. ovoga Zakona.

5. Okrivljenik ima pravo razgledati, prepisivati i preslikavati spise i predmete koji služe za utvrđivanje činjenica u postupku.

6. Ako postoji bojazan iz članka 238. stavka 4. ovoga Zakona, istražni sudac će na zahtjev državnog odvjetnika, **svjedoka ili po službenoj dužnosti**, na odgovarajući način (prijepisom zapisnika ili službene zabilješke bez podataka o istovjetnosti osobe, njihovim izdvajanjem u posebni omot i sl.) zaštititi tajnost podataka o osobama čije se izjave ili iskazi nalaze u spisima."

Pravovremeno upoznavanje branitelja sa svim činjenicama važnim za dokazivanje koje se nalaze u spisu predmeta postaje *condicio sine qua non* dobre i odgovorne obrane, osobito uzimajući u obzir nova pravila o unakrsnom ispitivanju na raspravi. Riječ je o opsežnoj promjeni koja uistinu zahtijeva od stranaka izraženiju pripremu i aktivnost tijekom rasprave.

Uspješno unakrsno ispitivanje u prvom redu zavisi od toga kako su branitelj i državni odvjetnik pripremljeni prije početka rasprave. Priprema predmeta osnova je unakrsnog ispitivanja i temeljni uvjet uspjeha. Poznavanje predmeta mora biti takvo da omogućuje stvaranje verzija koje će biti predmetom ispitivanja. To su u pravilu verzije o biću kaznenog djela, o načinu ostvarenje djela, o suučesnicima te o drugim konkretnim obilježjima njegove pojave koje se razgraničavaju ispitivanjem.

To je novina koja pretpostavlja znatno veće sposobnosti branitelja i državnog odvjetnika sa znatnije izraženom aktivnošću tijekom rasprave, postavljajući pred sudionike u raspravi nove okvire i bitno drugačije zadaće.

Međutim, člankom 64. stavkom 1. točkom 8. ZKP-a predviđeno je pravo okrivljenika u kaznenom postupku da ima pravo razgledati, preslikavati, snimati spise i predmete koji imaju služiti kao dokaz u skladu s ovim zakonom. Okrivljenik to pravo mora imati tijekom cijelog kaznenog postupka da bi bila zadovoljena odredba članka 29. Ustava RH. Dakle ne samo da razgledava i pregledava spise i predmete koji imaju služiti ako dokaz već da ih preslikava i presnimava, a to je suprotno odredbama članka 366. stavka 5. ZKP-a koji se odnosi na sastavljanje sudskog spisa te odredbi članka 367. stavka 3. ZKP-a koji se odnosi na spise pribavljene na sjednici optužnog vijeća koji nisu uvršteni u raspravni spis i koji se vraćaju državnom odvjetniku.⁹

Smatramo da nema nikakvog razloga da okrivljenik i njegov branitelj ne bi mogli, pored razgledavanja i prepisivanja spisa predmeta, i u situacijama iz članka 366. stavka 5. ZKP-a i članka 367. stavka 3. ZKP-a preslikavati i snimati spise i predmete. Pravo na učinkovitu obranu bilo bi ozbiljno dovedeno u pitanje kada bi okrivljenik ili njegov branitelj trebali prepisivati spise ili ih samo razgledavati, a znamo da spisi često imaju i više tisuća stranica. Razgledavanje, preslikavanje, snimanje spisa i predmeta koji imaju služiti kao dokaz *tijekom cijelog kaznenog* postupka jedino je dostatno ostvarenje prava na jednakost oružja u kaznenom postupku i okrivljenikov instrument za efikasnu obranu.

Kada okrivljenik i branitelj nemaju mogućnost prije ispitivanja okrivljenika razgledavati spis i predmete koji se imaju uporabiti kao dokaz, oni nisu u faktičnoj mogućnosti ostvariti svoje ustavno pravo da pripreme obranu jer ne znaju koji dokazi uopće terete okrivljenika. Kako je već rečeno, dokazi se u

⁹ Članak 366. stavak 5. ZKP-a: "Ako što drugo nije propisano ovim Zakonom, stranke i branitelj imaju pravo razgledati i prepisati raspravni spis u pisarnici suda."

Članak 367. stavak 3. ZKP-a: "Okrivljenik i branitelj imaju pravo razgledati i prepisivati ispile iz stavka 2. ovog članka u pisarnici državnog odvjetnika."

sudskim postupcima sve više pojavljuju u tzv. elektroničkom obliku i upravo ta tehnička oprema dokaza iziskuje potrebu da i okrivljenik i branitelj imaju pravo stvarnog pristupa sadržaju navedenog dokaza, a to se može ostvariti jedino tako da im se i omogući preslikavanje, fotografiranje i presnimavanje dokaza i sve to, naravno, prije prvog ispitivanja okrivljenika sukladno članka 29. Ustava RH.

Pravo koje je sadržano u odredbi članka 29. Ustava RH zagwarantirano je i odredbom članka 6. ECHR kao pravo na pravično suđenje, u srži kojeg se nalazi i pravo na jednakost oružja. Odredbom članka 184. stavaka 2. i 3. ZKP-a ovlaštenu tužitelj stavljen je u povoljniji položaj od okrivljenika koji nema mogućnosti da bude upoznat s dokazima koji ga terete prije nego što je ispitan. Pored navedenog, ne postoji nijedan opravdani razlog zbog kojeg bi sud državnom odvjetniku dostavljao kazneni spis radi razgledavanja. Prema strukturi ZKP-a upravo je državni odvjetnik taj koji provodi izvide i državnoodvjetničku istragu. On je stranka u postupku kao što je i okrivljenik te se odredbom članka 184. stavka 3. neopravdano stavlja u povoljniju poziciju od druge stranke u postupku, čime se narušava načelo jednakosti oružja. To načelo podrazumijeva uravnotežen tretman strana u postupku te je sastavni aspekt prava na pravično suđenje. (presuda Europskog suda za ljudska prava *Neumister protiv Austrije*, 1968.).

Što se pak tiče pravnih lijekova, uzimajući u obzir članak 202. točku 12. ZKP-a prema kojoj su stranke u kaznenom postupku tužitelj (državni odvjetnik) i okrivljenik te da je odredbama novog ZKP-a uvedena stranačka istraga u kojoj je dominantan subjekt državni odvjetnik, potrebno je primijeniti adekvatne kriterije na institute izvanrednih pravnih lijekova koji su predviđeni ZKP-om. Naime, iz članaka 29. Ustava RH i članaka 6. ECHR vidi se da je riječ o povredi prava na učinkovitu obranu jer je u članku 506. stavku 3. i članku 518. stavku 4. ZKP-a zakonodavac normirao da se u primjeni instituta obnove kaznenog postupka te zahtjeva za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude spisi dostavljaju državnom odvjetniku kad je riječ o kaznenim djelima za koja se progoni po službenoj dužnosti. U primjeni tih izvanrednih pravnih lijekova državni je odvjetnik također stranka u postupku te u situaciji kada on inicira primjenu tih instituta, zakonodavac nije predvidio obvezu da se drugoj stranci u postupku – okrivljeniku predmet dostavlja na takvo očitovanje, a obnovom kaznenog postupka pravomoćna presuda može biti izmijenjena i na štetu okrivljenika.

b) Braniteljska aktivnost istraživanja – prikupljanje obavijesti od građana i uloga branitelja kao sudionika postupka u pripremanju učinkovite obrane

Izmijenjeni pravni položaj branitelja prema novom ZKP-u očituje se i u novoj ulozi postavljenoj pred branitelja u kaznenom postupku – ulozi istraživanja.

Naime, u okviru ovlasti koje pred branitelja postavlja članak 67. stavak 1. ZKP-a,¹⁰ branitelj može na temelju članka 67. stavka 2. ZKP-a radi pripremanja obrane tražiti obavijesti od građana, osim žrtve i oštećenika kaznenog djela.

Novo pravo branitelja u svakom slučaju omogućuje branitelju da na temelju tako prikupljenih podataka i obavijesti može na bolji i kvalitetniji način pripremiti obranu okrivljenika, predložiti okrivljeniku eventualni sporazum, predložiti izvođenje pojedine dokazne radnje ili problematizirati zakonitost dokaza, a to sve posljedično pomaže branitelju u njegovoj ulozi pripremanja učinkovite obrane.

Odredbom članka 67. stavka 4. ZKP-a određeno je da oblik i sadržaj poziva koje će branitelji upućivati građanima utvrđuje Hrvatska odvjetnička komora, uz prethodnu suglasnost ministra pravosuđa Republike Hrvatske. U tu svrhu Izvršni odbor Hrvatske odvjetničke komore na sjednici 13. srpnja 2009. utvrdio je prijedlog poziva građaninu na koji je ministar dao suglasnost.

Primjer poziva sastavljenog u skladu s odredbom članka 67. stavka 3. ZKP-a:¹¹

<p>Naziv i adresa odvjetničkog ureda</p> <p style="text-align: right;">- oznaka kaznenog predmeta - oznaka tužitelja - ime i prezime okrivljenika - oznaka kaznenog predmeta</p> <p>POZIV GRAĐANINU</p> <p>Sukladno odredbi članka 67. Zakona o kaznenom postupku pozivate se kao građanin u svrhu davanja obavijesti vezanih uz kazneni postupak protiv _____ zbog kaznenog djela _____, da pristupite u odvjetnički ured _____ dana _____ u _____ sati.</p> <p>Mjesto i datum</p> <p style="text-align: center;">Naziv branitelja i potpis branitelja</p>

¹⁰ Članak 67. stavak 1. ZKP-a: "Branitelj je ovlašten u korist okrivljenika poduzimati sve radnje koje može poduzeti sam okrivljenik."

¹¹ Članak 67. stavak 4. ZKP-a: "U pozivu građaninu radi traženja obavijesti iz stavka 2. ovog članka, mora se naznačiti razlog pozivanja. Branitelj u pozivu ne smije prijetiti posljedicama za slučaj neodazivanja. Osoba koja se odazvala pozivu, a odbije dati obavijest, ne može se ponovno pozivati iz istog razloga."

Na prvi se pogled može učiniti da ovo novo braniteljevo pravo da upućuje pozive građanima i prikuplja od njih informacije predstavlja korak prema ostvarenju načela “jednakosti oružja”. Međutim, novo pravo branitelja ili tzv. “braniteljska istraga” nema snagu dokazne radnje i ne predstavlja dokaz u kaznenom postupku prema ZKP-u. Rezultati braniteljske aktivnosti mogu biti samo smjernica pri predlaganju provođenja određenih dokaznih radnji te se stoga opravdanim postavlja pitanje čemu zapravo ta “braniteljska istraga” služi.

Zakon se nije opredijelio za paralelno uređenje tzv. “braniteljske istrage”. Kako navode pojedini autori,¹² iskustva zemalja koje su to učinile u radikalnoj formi (npr. Italija reformom 2002.), za sada pokazuju maleni napredak u položaju okrivljenika, ali otvaraju mnoga druga pitanja (npr. odnos prema žrtvi od koje se traže obavijesti, odnos braniteljskog i policijskog istraživanja, sudjelovanje stranaka, odnos suda prema tom istraživanju, uporaba prikupljenih dokaza na raspravi i dr.).

Suprotno tome, neki autori navode da “ako se provedba istrage povjeri javnom tužitelju, logika stranačkog postupka zahtijeva da se i obrani dopusti samostalno prikupljanje dokaza, a ne da se ona – iako je druga strana u kontradiktornom postupku – ograniči na stavljanje dokaznih prijedloga i druge oblike sudjelovanja u istrazi svojeg procesnog protivnika.”¹³

Prema mišljenju autorica, odredba članka 67. stavka 2. ZKP-a predstavlja suprotnost članku 29. Ustava Republike Hrvatske i članku 6. ECHR. Člankom 29. Ustava RH propisano je da u slučaju sumnje ili optužbe zbog kažnjivog djela osumnjičenik, okrivljenik ili optuženik ima pravo ispitivati ili dati ispitati svjedoke optužbe i zahtijevati da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe. Nadalje, citirana odredba protivna je i odredbi članka 6. ECHR.

Najvažnije od svih načela iz članka 6. Konvencije jest načelo “jednakosti oružja”. Načelo jednakosti oružja uključuje stajalište da su obje stranke u postupku ovlaštene biti informirane o činjenicama i argumentima suprotne strane i da svaka stranka mora imati jednake mogućnosti odgovoriti drugoj. Odredba članka 67. stavka 2. ZKP-a protivna je dakle članku 29. Ustava Republike Hrvatske, ali i članku 6. ECHR, jer ne osigurava jednakost stranaka u postupku budući da branitelj radi pripreme obrane, za razliku od državnog odvjetnika, ne može tražiti obavijesti od žrtve i oštećenika kaznenog djela. Time se branitelju uskraćuje mogućnost pribavljanja ekskulpatornih dokaza.

¹² B. Pavišić: Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, Novine u kaznenom zakonodavstvu – 2009. , Inženjerski biro, Zagreb, 2009.

¹³ M. Damaška: O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka, HLJKPP (Zagreb) vol.14, broj 1/2007., str. 3-14.

Identična pravna argumentacija odnosi se i na članak 288. stavak 3. ZKP-a kojim je određeno da će se svjedok upozoriti i da nije dužan odgovarati na pitanja predviđena u članku 45. stavku 1. točki 3. te da će se to upozorenje unijeti u zapisnik. Prema članku 45. stavku 1. točki 3. ZKP-a, žrtva kaznenog djela protiv spolne slobode i spolnog ćudoređa ima pravo uskratiti odgovor na pitanja koja se odnose na strogo osobni život žrtve. Ta odredba Zakona u konkurenciji je s odredbom koja govori o pravima optuženika, a protivna je odredbi članka 29. Ustava RH jer je *pravo svakog okrivljenika da ispituje svjedoke optužbe*. Sasvim je razumljiva zabrinutost zakonodavca za zaštitu žrtve, posebno kod delikata protiv spolne slobode i spolnog ćudoređa, međutim nemogućnost ispitivanja žrtve o strogo osobnom životu prerestriktivna je jer onemogućuje okrivljenika u pravu na pravično suđenje.

Jednakost oružja narušena je bez legitimne svrhe. Riječ je o postupcima koji su tajni, žrtva ima pravo na poseban način ispitivanja, ima pravo na stručnu pomoć, pitanja joj se mogu postavljati preko stručne osobe, što sve štiti žrtvu od sekundarne viktimizacije koju proces nosi sam po sebi. Upravo prava koja su žrtvi dana u dovoljnoj su mjeri ekvivalentna u odnosu na njezinu zaštitu i ne postoji stoga razlog zbog kojeg se okrivljenome ne bi mogla dati mogućnost da ispituje svjedoke optužbe pod istim onim uvjetima pod kojima će se ispitivati i svjedoci obrane.

Ista argumentacija odnosi se i na odredbu članka 422. ZKP-a, prema kojoj je u stavku 1. precizirano da se ne mogu uporabiti kao dokaz one činjenice koje se odnose na prijašnje spolno ponašanje žrtve i njezine seksualne sklonosti. To onemogućuje obranu u izvođenju kontrolnih dokaza. Stavkom 2. odredbe 422. ZKP-a iznimno je dopušteno dokazivati da sperma, drugi materijalni tragovi ili ozljede opisane u medicinskoj dokumentaciji potječu od druge osobe, a ne od optuženika. Navođenje dopuštenosti dokazivanja iz članka 422. stavka 2. ZKP-a u formi iznimke narušavanje je prava obrane jer ispitivanje koje je dopušteno prema članku 422. stavku 2. ZKP-a nikako ne može biti iznimka s obzirom na odredbu članka 29. Ustava RH.

Identično stajalište zauzeo je i Europski sud za ljudska prava u svojim presudama kad je raspravljao o povredi iz članka 6. ECHR, tj. o pravu na pravično suđenje. Europski sud tako je naznačio da države moraju održavati ravnotežu odvagujući interese optuženika naspram interesa svjedoka protiv njih te da ograničenja prava obrane moraju imati protutežu u postupcima koji će omogućiti obrani da postavlja pitanja svjedocima i ospori njihovo svjedočenje i vjerodostojnost. (*Ludi protiv Švicarske*, 1992., i *Van Mechelen i dr. protiv Nizozemske*, 1997.). Identične povrede podnositelji vide i s obzirom na odredbe članka 289. stavka 6. ZKP-a.¹⁴

¹⁴ Članak 289. stavak 6. ZKP-a: "Ako se žrtva kaznenog djela ispituje kao svjedok, postupit će se prema članku 16., 43. do 46. i članku 292. stavku 4. ovog Zakona. Odluku o tome

Poseban je problem za učinkovitu obranu situacija kad okrivljenik ne zna da se protiv njega provodi istraga te ne može ostvariti ni pravo na razgledavanje spisa, ni pravo na saznanje o osnovama sumnje ni pravo da nije dužan ništa iznositi, ni pravo na predlaganje provođenja određenih dokaznih radnji, kao ni sva druga prava iz članka 239. ZKP-a.

Povezujući pravo branitelja na dobivanje obavijesti od građana – budućih potencijalnih svjedoka, valja istaknuti i sljedeće. Pravo na učinkovitu obranu koja se očituje i u ravnopravnosti stranaka u postupku te jednakosti oružja narušeno je i u pogledu odredbi Zakona koje govore o ispitivanju posebne kategorije svjedoka, tzv. ugroženog svjedoka koji posredstvom suda dobiva zaštitu.¹⁵ Zaštićeni svjedok je osoba koja može uskratiti izvođenje podataka iz čl. 288. st. 2. ZKP-a,¹⁶ davanje odgovora na pojedina pitanja ili davanje iskaza u cjelini ako smatra da bi takvim ponašanjem sebe ili sebi blisku osobu izložio ozbiljnoj opasnosti za život, zdravlje, tjelesnu nepovredivost, slobodu ili imovinu većeg opsega. Državnom je odvjetniku člankom 295. stavkom 1. dana ovlast da, čim sazna za vjerojatnost postojanja gorenavedenih okolnosti koje se odnose na ugroženog svjedoka, predloži sucu istrage poseban način sudjelovanja u postupku i poseban način ispitivanja takvog svjedoka. Stavkom 4. istog članka propisano je da je sudac istrage o prijedlogu državnog odvjetnika rješenjem dužan odlučiti u roku 12 sati od primitka prijedloga, a u situaciji kad sudac istrage rješenjem odbije prijedlog državnog odvjetnika, državni odvjetnik može podnijeti žalbu u roku od 12 sati, s time što odluka vijeća mora biti donesena u roku od 24 sata. Takvim načinom propisivanja prava svjedoka iz članka 294. stavka 1. ZKP-a odnosno prava državnog odvjetnika povrijeđeno je načelo ravnopravnosti stranaka u postupku jer ni okrivljenik ni branitelj nemaju praktično nikakva saznanja o tome da je državni odvjetnik uopće predložio saslušanje zaštićenog svjedoka, ne primaju rješenje suca istrage, bilo pozitivno bilo negativno, i nisu ovlašteni na podnošenje bilo kakvog pravnog lijeka. Time je potpuno izostala mogućnost obrane da na bilo koji način kontrolira ispravnost prijedloga državnog odvjetnika odnosno da iznosi svoju argumentaciju vezanu za odluku suca istrage, čime je obrani onemogućen pristup sudu, a to je dodatna povreda prava na pravično suđenje kako je to već u više navrata presudio Europski sud za ljudska prava. Kako ni okrivljenik ni branitelj nemaju nikakvih saznanja o provođenju radnji državnog odvjetnika usmjerenih na pribavljanje zaštite određenom svjedoku

donosi tijelo koje provodi ispitivanje. Žalba protiv odluke tijela koje provodi ispitivanje, nije dopuštena.”

¹⁵ Odredbe članaka 294. do 300. ZKP-a kao i odredba članka 423. stavka 4. ZKP-a te odredba članka 423. stavka 5. ZKP-a.

¹⁶ Članak 288. stavak 2. ZKP-a: “Svjedok će se najprije pitati za ime i prezime, ime oca, zanimanje, boravište, mjesto rođenja, godine života, osobni identifikacijski broj i njegov odnos s okrivljenikom i oštećenikom.”

koji se smatra ugroženim, kako nisu informirani o postojanju rješenja suca istrage ili eventualno rješenja vijeća koje bi bilo doneseno u povodu žalbe, obrani je onemogućeno i ispitivanje vjerodostojnosti iskaza samog ugroženog svjedoka.

Naime odredbom članka 295. stavka 9. ZKP-a predviđeno je da nakon što je doneseno rješenje o posebnom načinu sudjelovanja u postupku i posebnom načinu ispitivanja, sudac istrage određuje dokazno ročište i provodi ispitivanje zaštićenog svjedoka. Prema odredbi članka 238. ZKP-a, sudac istrage na ispitivanje svjedoka (a to se odnosi i na ugroženog svjedoka koji je postao zaštićeni svjedok) može pozvati okrivljenika i branitelja (osim u situacijama obvezne obrane). Zakonska formulacija *može* ne osigurava obvezu pozivanja, što znači da se takvi svjedoci mogu ispitivati bez ikakvog znanja obrane i bez ikakvog sudjelovanja obrane. Na taj način narušeno je ustavno načelo prava okrivljenika da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe pod jednakim uvjetima pod kojima će se ispitivati i svjedoci obrane.

Smanjenje učinkovite obrane i povreda načela jednakosti oružja iscrpljuje se i u tome što okrivljenik nema pravo da se s prijedlogom da se ispita neka osoba koja je ugroženi svjedok u svojstvu zaštićenog svjedoka obrati direktno sucu istrage, dok, primjerice, ta mogućnost postoji kod dokazne radnje očevida (članak 305. stavak 1. ZKP-a).¹⁷ Naime, prema dikciji članka 295. stavka 3. ZKP-a, okrivljenik se s takovim prijedlogom mora obratiti državnom odvjetniku, a državni odvjetnik može podnijeti odgovarajući prijedlog sucu istrage. Ako se državni odvjetnik ne slaže s prijedlogom obrane, državni odvjetnik o tome traži odluku suca istrage.

Navedena formulacija grubo narušava načelo pravičnog suđenja jer jednu stranku *onemogućuje u pristupu sudu* s obzirom na to da se s prijedlogom okrivljenik i branitelj moraju obratiti državnom odvjetniku. Istovremeno ne postoji nikakva obveza državnog odvjetnika da o neprihvatanju prijedloga izvijesti bilo okrivljenika bilo njegova branitelja te se donošenje konačne odluke prepušta sucu istrage, s time što obrana nema mogućnost iznijeti bilo kakvu dodatnu argumentaciju niti ulagati žalbu na odluku suca istrage, dok u slučaju negativne odluke o prijedlogu državnog odvjetnika odlučuje vijeće.

Upravo poštujući načelo ravnopravnosti stranaka u postupku, u drugim pravnim sustavima, primjerice anglosaksonskim pravilima o postupku i dokazima Stalnog međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (ICTY i ICC), predviđeno je postojanje posebnog ročišta na kojem se jedna strana u postupku bez nazočnosti druge strane bilo u fazi istrage bilo za vrijeme rasprave obraća vijeću sa zahtjevom da bude saslušana bez druge strane na tzv.

¹⁷ Članak 305. stavak 1. ZKP-a: "Radi provjere izvedenih dokaza ili utvrđivanja činjenica koje su važne za razjašnjenje stvari sud, na prijedlog **stranke** može odrediti rekonstrukciju događaja ili pokus."

ex parte sjednici, gdje se upravo rješavaju pitanja vezana za zaštitu i sigurnost svjedoka.

Člankom 423. stavkom 5. ZKP-a propisano je da na odluke vijeća o prihvaćanju prijedloga državnog odvjetnika za ispitivanje svjedoka iz članka 294. Zakona¹⁸ koji je prvi put podnesen na raspravi optuženik može podnijeti posebnu žalbu. Tom je odredbom također povrijeđeno pravo na pravično suđenje odnosno pravo na ravnopravnost oružja. Ovim člankom Zakona državnom odvjetniku dana je mogućnost, uz uvažavanje odredbe članka 353. stavka 2. ZKP-a,¹⁹ da tek u završnoj fazi glavne rasprave prvi put predloži ispitivanje svjedoka iz članka 294. ZKP-a.

Istovremeno je pak za okrivljenika i branitelja u cijelom nizu odredbi ZKP-a propisano pravo prekluzije na podnošenje bilo kojeg dokaza koje je uvjetovano trenutkom saznanja o postojanju takvog dokaza, o čemu će biti riječi detaljnije kasnije u radu.

Člankom 297. stavkom 5. ZKP-a učinjena je daljnja povreda prava okrivljenika na učinkovitu obranu i pravično suđenje. Naime, nejednakost stranaka u postupku i narušeno načelo jednakosti oružja očituje se tako što je predviđeno da se izrađuju samo dvije snimke ispitivanja zaštićenog svjedoka, od čega se jedna odmah pečati i predaje sucu istrage na čuvanje, a druga se predaje državnom odvjetniku koji će u roku od 15 dana izraditi prijepis snimke i uložiti ga u spis. Prema odredbi članka 297. stavka 4. ZKP-a, kad se ispitivanje zaštićenog svjedoka snima, sudac istrage navest će u zapisnik da je doneseno rješenje iz članka 295. stavka 4., a zatim će postupiti prema članku 87. stavku 5. i članku 83. stavku 1. Zakona. Oba ta članka (čl. 85. st. 5. i 83. st. 1.) ne propisuju obvezu da se u zapisnik unosi sadržaj iskaza zaštićenog svjedoka.

S obzirom na to da zapisnik ne sadržava iskaz, a da obrana ne dobiva snimku, povrijeđeno je pravo jednakosti oružja. Kako u Zakonu nije izrijeком navedena obveza pozivanja branitelja ili okrivljenika na ovo dokazno ročište, autorice smatraju da upravo iz tih okolnosti proizlazi nesuglasnost normi s Ustavom RH i ECHR, to više što će do daljnje povrede doći kad se formira raspravni spis i kada obrana ni na koji način neće biti u mogućnosti izjasniti se smatra li zapis koji nije primila potrebnim ili nepotrebnim uvrstiti u raspravni spis, a napose neće ni na koji način biti u mogućnosti ocijeniti zakonitost tog dokaza te eventualno predložiti njegovo izdvajanje kao nezakonitog zbog postojanja procesnih pogrešaka (članak 350. stavak 3. i članak 366. stavak 3. ZKP-a).²⁰

¹⁸ Ugroženi svjedok.

¹⁹ Čl. 353. st. 2. ZKP-a – ako bi obavješćavanje o pojedinom dokazu važnom za obranu moglo nanijeti štetu istrazi u drugom postupku koji se vodi protiv istog ili drugih okrivljenika.

²⁰ Članak 350. stavak 3. ZKP-a: “Okrivljenik i branitelj, ako su prisutni, mogu upozoriti na dokaze koji idu u korist okrivljenika, na moguće propuste u istrazi i na nezakonite dokaze.”

c) Učinkovita priprema obrane za vrijeme trajanja istražnog zatvora

Uvažavajući temeljno ljudsko pravo – pravo na obranu propisano člancima 5. i 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, člankom 29. Ustava RH i relevantnim odredbama ZKP-a koje se na to odnose, svim okrivljenicima pripada identičan opseg prava na obranu (u materijalnom i procesnom, formalnom smislu) bez obzira na to jesu li oni na slobodi ili im je tijekom suđenja sloboda oduzeta. To ponajviše stoga što za obje kategorije okrivljenika vrijede iste procesne garancije – presumpcija nedužnosti.

Države potpisnice ECHR imaju obvezu da svoj unutarnji pravni sustav organiziraju tako da se prava koja se štite Konvencijom zaštite maksimalno i učinkovito jer prema praksi Suda ta prava ne mogu biti teorijska i iluzorna, već stvarna i praktična. Država je stoga dužna osobama koje su lišene slobode u sklopu propisa koji reguliraju način izvršenja mjera lišenja slobode osigurati objektivne uvjete da se obrana stvarno može i učinkovito pripremiti.

ZKP sadržava minimum odredbi, dok se ostatak i pretežiti dio odredbi koje se odnose na istaknutu problematiku nalazi u (još uvijek važećem) Pravilniku o kućnom redu u zatvorima za izvršavanje pritvora.²¹ Naime, na temelju članka 143. ZKP-a, koji određuje da će ministar nadležan za pravosuđe propisati kućni red u zatvorima kojim će se pobliže urediti izvršavanje istražnog zatvora u skladu s ZKP-om, izrađen je Nacrt Pravilnika o kućnom redu u zatvorima za izvršavanje istražnog zatvora.²²

Prema mišljenju autorica, Nacrt Pravilnika ne sadržava standarde koji omogućuju dobru, odgovornu i učinkovitu pripremu obrane jer za to ne osiguravaju potrebne materijalne preduvjete. Naime, trenutačno u zatvorima u Republici Hrvatskoj ne postoje prostorije u kojima će odvjetnici moći s okrivljenicima učinkovito (u skladu s novim ZKP-om) pripremati obranu, jer one u kojima se obavljaju razgovori (tzv. razgovaraonice) tom zahtjevu ne zadovoljavaju. Branitelj ne služi kurtoaznoj posjeti okrivljeniku u pritvoru, već je potrebno da prostorija u kojoj se vodi razgovor između branitelja i okrivljenika zadovoljava barem minimum standarda potrebnih za pripremu spisa predmeta – dovoljan broj takvih prostorija razmjerno broju osoba koje se nalaze u zatvoru, a u statusu su osoba lišenih slobode. S obzirom na elektroničke dokaze (snimke dokaznih radnji) te pravo okrivljenika da bude upoznat s dokazima koji ga terete i da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu obrane – potrebno je osigurati adekvatan stol, stolice, pisaći pribor, priključak za računalo, korištenje DVD i drugih uređaja radi reprodukcije snimki itd. Pristup okrivlje-

Članak 366. stavak 3. ZKP-a: “Stranke imaju pravo stavljati prigovore na uvrštenje pojedinih isprava, zapisnika i predmeta u raspravni spis.”

²¹ Pravilnik o kućnom redu u zatvorima za izvršavanje pritvora (NN 135/99.).

²² Autorice su ga imale priliku vidjeti i dati svoje prijedloge i mišljenja.

niku trebao bi biti omogućen tijekom cijelog dana, dakle 24 sata dnevno (to je osobito važno zbog kratkoće pojedinih rokova).

Budući da je u međuvremenu donesen Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršenju kazne zatvora,²³ valja voditi računa da osobe lišene slobode kojima je određeno zadržavanje, pritvor i istražni zatvor ne mogu imati manje prava od pravomoćno osuđenih osoba, ponajviše radi učinkovite zaštite prava tih osoba i njihove učinkovite obrane. Osobama lišenim slobode kojima je određeno zadržavanje, pritvor i istražni zatvor treba osigurati zaštitu prava kakvu imaju i pravomoćno osuđene osobe koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora u skladu s Ustavom RH, praksom Ustavnoga suda²⁴ i međunarodnim pravom usvojenim standardima koji se odnose na prava osoba lišenih slobode.

Prostorni i tehnički problemi pripreme učinkovite obrane za vrijeme trajanja istražnog zatvora, odnosno gdje će se i kako reproducirati elektronički dokazi (snimke), o čemu je upravo bilo govora – nisu jedini problem koji autorice uočavaju.

Naime, vezano uz problematiku snimanja dokazne radnje, tehničkih uvjeta za njezinu reprodukciju i samim time pripremu učinkovite i odgovorne obrane, važno je istaknuti sljedeće: Člankom 87. stavkom 8. ZKP-a određeno je da će ministar nadležan za pravosuđe donijeti posebne propise kojima će odrediti tehničke uvjete, način snimanja, zaštitu snimke od brisanja ili oštećenja. Postavlja se pitanje mogu li se umnožavati odnosno kopirati snimke dokaznih radnji radi pripreme obrane ili je njihovo umnožavanje nemoguće. Iz članka 16. stavka 5. Pravilnika o snimanju dokazne radnje ili druge radnje u prethodnom i kaznenom postupku²⁵ dalo bi se zaključiti da kopiju na zahtjev može dati isključivo državno odvjetništvo (ako ima više okrivljenika, na njihov zahtjev ili zahtjev njihovih branitelja napraviti će se kopija snimke). Pravilnik ne popisuje mogućnost podnošenja zahtjeva za izdavanje kopije za branitelja. Poveže li se citirana odredba Pravilnika o snimanju dokazne radnje ili druge radnje u prethodnom i kaznenom postupku s odredbom članka 275. stavka 6. ZKP-a,²⁶ koja određuje da se o ispitivanju izrađuju tri snimke – jedna snimka se pečati i čuva kod suca istrage, jedna se predaje državnom odvjetniku, a jedna okrivljeniku – tada je nedvojbeno da se *primjerak snimke za branitelja ne izrađuje*. Ostaje nadati se da to strogo gramatičko tumačenje neće biti problem u praksi jer, prema mišljenju autorica, primjerak koji se predaje okrivljeniku služi za pripremu njegove obrane, a samim time i za njegova branitelja. Svako

²³ NN 83/09. Stupa na snagu 1. siječnja 2010.

²⁴ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-4182/2009. od 17. ožujka 2009.

²⁵ NN 92/09.

²⁶ Članak 275. stavak 6. ZKP-a: "O ispitivanju se izrađuju tri snimke, od kojih će se jedna zapečatiti i predati sucu istrage na čuvanje. Zapečaćeni omot potpisuje osoba koja je provela ispitivanje, okrivljenik, branitelj ako je prisutan i stručna osoba koja je provela snimanje. Po jedna snimka se odmah predaje državnom odvjetniku i okrivljeniku."

drugo tumačenje bilo bi tumačenje protivno duhu kaznenog postupka i prva okrivljenika na učinkovitu obranu.

Zapisnik – dokaz o poduzetoj radnji, do sada gotovo jedini način fiksiranja pojedine postupovne radnje, najčešće u tijeku obavljanja postupovne radnje ili neposredno nakon nje – bio bi iznova novo-staro rješenje, barem prijelazno, dok se ne ispune svi uvjeti za primjenu odredba ZKP-a koje se na snimanje odnose. Naime, postavlja se pitanje dobiva li okrivljenik zapisnik o provedenim dokaznim radnjama ili drugim radnjama ili samo snimku. Iz članka 87. stavka 6. ZKP-a proizlazi da okrivljenik ne mora nužno dobiti i zapisnik budući da tijelo koje provodi dokaznu radnju može (ali i ne mora) odrediti da će se prijepis cijele ili dijela snimke dati stranci na njezin zahtjev. Dakle, nadležno tijelo može i ne odobriti prijepis snimke.

Daljnje je pitanje koje se postavlja, povezano uz snimke dokaznih radnji koje služe za pripremu učinkovite obrane, kod koga će se nalaziti snimka ako postoji samo jedan primjerak. Hoće li zatvorenik (po starom ZKP/97. – pritvorenik) u tome slučaju kod sebe imati jedan primjerak i što ako se taj primjerak oštetiti ili uništi? Problematika nije zanemariva uzme li se u obzir konstantna prenapučenost zatvora.²⁷ Pored toga, članak 21. Pravilnika o kućnom redu u zatvorima za izvršavanje pritvora²⁸ propisuje stvari koje pritvorenik može zadržati kod sebe a između ostaloga to je i dokumentacija vezana uz kazneni postupak. Međutim, sukladno stavku 2. citiranog članka, stvari iz stavka 1. mogu se oduzeti i privremeno zadržati na pologu iz razloga sigurnosti, o čemu se pritvoreniku izdaje potvrda, a pritvorena osoba ima pravo prigovora upravitelju zatvora. Međutim, nisu propisani rokovi niti dužnost postupanja po prigovoru protiv privremenog oduzimanja. Zaključno, zasigurno je bolje za pripremu dobre obrane da se snimka nalazi, bar za sada, kod branitelja.

Autorice su izdvojile samo neke moguće probleme koji bi se mogli pojaviti u komunikaciji okrivljenika i branitelja tijekom trajanja istražnog zatvora, a koji bi mogli biti prepreka pripremi dobre obrane u kaznenom postupku. Ostaje vjerovati da će problema biti što je moguće manje, a autorice se nadaju da će možda ovim svojim razmišljanjima potaknuti njihovu prevenciju u praksi ili barem smanjenje na najmanju moguću mjeru jer smo, nažalost, svi svjedoci da zakonodavne reforme ne prate promjene “na terenu”.

²⁷ Primjerice, u Zatvoru u Zagrebu, kojeg je kapacitet nešto manje od 600 osoba, u prosjeku je smješteno oko 900 osoba koje nemaju ormariće za osobne stvari jer ne stanu u sobe, iako je to u suprotnosti s člankom 35. stavkom 1. Pravilnika o kućnom redu u zatvorima za izvršavanje pritvora.

²⁸ Pravilnik o kućnom redu u zatvorima za izvršavanje pritvora (NN 135/99.).

V. PREKLUZIJA

Značajna je novina uvedeno pravilo o **prekluziji dokaza** odnosno da se na raspravi neće izvesti dokazi za koje je stranka znala, ali ih, bez opravdanog razloga, nije predložila već na pripremnom ročištu.²⁹

Ratio te odredbe, koja je tipična za akuzatorne postupke, počiva na sustavu dužnosti otkrivanja u kaznenim predmetima, tj. pravu optuženika na pristup dokazima koji je nužan za pripremu obrane.

Obavješćivanje o dokazima (engleski: *discovery, disclosure*) kao svojevršno “razotkrivanje oružja” kojima stranke raspolažu, da bi moglo biti ostvareno u svojoj punini značenja, mora biti, prema mišljenju autorica, bez ograničenja.³⁰ Svako ograničenje te dužnosti dovodi do nepovjerenja druge stranke u kaznenom postupku i ostavlja dojam kalkuliranja s dokazima.

Obavješćivanje o dokazima prema ZKP-u obvezuje i državnog odvjetnika i okrivljenika, ali nažalost ima ograničenja.

Obveza razotkrivanja dokaza prema članku 352. ZKP-a nalaže okrivljeniku da je u sjednici optužnog vijeća dužan obavijestiti tužitelja o dokazima koji postoje na njegovoj strani, a koji se tiču bilo postojanja alibija bilo postojanja okrivljenikove neubrojivosti.³¹

S druge pak strane postoji ograničenje obavješćivanja o dokazima koje državni odvjetnik namjerava izvesti na raspravi propisano odredbom članka 353. stavka 2. ZKP-a. Riječ je o situaciji kada postoji opasnost da bi obavješćivanje o pojedinom dokazu moglo nanijeti štetu istrazi u drugom postupku koji se vodi protiv istog ili drugih okrivljenika.

Obavješćivanje o dokazima kao novina u ZKP-u (kada bi se isključile iznimke koje Zakon poznaje) u svakom slučaju može pridonijeti bržem i efikasnijem suđenju, rasterećivanju rasprave od dugotrajnih utvrđivanja činjenica koje nisu od presudne važnosti ili su naprosto među strankama nesporne. Kad se to poveže s još jednom novinom prema novom ZKP-u – pripremnim

²⁹ Članak 421. stavak 2. ZKP-a: “Predsjednik vijeća će odbiti izvođenje dokaza: 1) za koje su stranke znale do potvrđivanja optužnice ili okončanja pripremnog ročišta, ali ih bez opravdanog razloga nisu predložile.” (Članak 377. stavak 1.)

Članak 377. stavak 1. ZKP-a: “Predsjednik vijeća pozvat će stranke i oštećenika da obrazlože dokazne prijedloge koje namjeravaju izvesti na raspravi. Pri tome će predsjednik vijeća upozoriti stranke i oštećenika da se na glavnoj raspravi neće izvesti oni dokazi za koje su znale, ali ih, bez opravdanog razloga, nisu na pripremnom ročištu predložile.”

³⁰ U američkom (akuzatornom) postupku dužnost razotkrivanja vrijedi za obje stranke, dok u Njemačkoj obrana nije dužna otkriti svoje dokaze tužitelju prije glavne rasprave. Z. Đurđević, Floyd Feeney-Joachim Hermann, One case Two system – A comparative View of American and German Criminal Justice, HLJKPP (Zagreb), vol. 13, broj 2/2006., str.1169-1175.

³¹ Članak 352. ZKP-a: “Okrivljenik u sjednici obavještava tužitelja o dokazima koje će izvesti o postojanju alibija ili o neubrojivosti.”

ročištem, kojemu je cilj da se otkriju dokazi, predlože novi, pribave predmeti i spisi, razdvoje postupci ako se ispune zakonski uvjeti, jasno je da je namjera uvođenja tih instituta bila učinkovitiji kazneni postupak, zaštita prava okrivljenika i bolja priprema obrane.

Međutim, odredba članka 423. stavka 5. ZKP-a dopušta državnom odvjetniku da koncepciju taktike izvođenja dokaza u dijelu optužbe prilagođuje kako bi imao što veći uspjeh u postupku koji je pokrenuo, a istovremeno se odredbama Zakona nalaže obrani da sve svoje dokaze i svu svoju taktiku razotkrije praktično trenutkom saznanja. Načelo jednakosti oružja prema članku 6. ECHR jedno je od najvažnijih prešutnih načela te u sebi sadržava zamisao da svaka stranka u postupku treba imati jednaku mogućnosti iznijeti svoje stajalište i da nijedna od njih ne smije biti u bitno povoljnijem položaju u odnosu prema svom protivniku (*Neumeister protiv Austrije*, 1968.). Sud je utvrdio povredu tog načela kada je jednoj strani bio uskraćen pristup relevantnoj dokumentaciji iz spisa (predmeti *Kerojärvi protiv Finske*, 1995., *Mc Michael protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i *Foucher protiv Francuske*, 1997.).

Treba navesti da je Europski sud za ljudska prava zauzeo stajalište da tužiteljstvo u kaznenom postupku ima pozitivnu obvezu pravodobno dostaviti dokaze koji su važni za obranu (*Koupila protiv Finske*, 2000. i *Dowset protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2003.), a sve zbog toga da bi okrivljenik imao dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu vlastite obrane.

Istaknutu pravnu problematiku autorice nalaze i u odredbama koje se odnose na pripremno ročište te ih ocjenjuju protivnima pravičnom suđenju, protivnima Ustavu Republike Hrvatske, i to: odredbe članka 376. stavka 2. i članka 377. stavka 1. ZKP-a te članka 379. ZKP-a, a s tim u vezi i odredbe članka 421. stavka 2. točke 1. ZKP-a te članka 440. stavka 1. ZKP-a koje se odnose na glavnu raspravu.

Naime, odredom članka 376. stavka 2. ZKP-a predsjednik vijeća pozvat će optuženika koji poriče optužbu da on ili njegov branitelj točno odrede koji dio optužnice poriču i iz kojih razloga. Odredbom članka 377. stavka 1. ZKP-a propisano je da će predsjednik vijeća pozvati stranke i oštećenika da obrazlože prijedloge dokaza koje namjeravaju izvesti na raspravi. Pri tome će predsjednik vijeća upozoriti stranke i oštećenika da se na raspravi neće izvesti oni dokazi za koje su znale, ali ih, bez opravdanog razloga, nisu predložile na pripremnom ročištu. Odredbom članka 421. stavka 2. točke 1. ZKP-a propisano je da će predsjednik vijeća u glavnoj raspravi odbiti izvođenje dokaza za koje su stranke znale tijekom pripremnog ročišta, ali ih bez opravdanog razloga nisu predložile (članak 377. stavak 1. ZKP-a). Citirane odredbe protivne su pravu okrivljenika na pravično suđenje koje mu je zagarantirano odredbom članka 29. Ustava RH, ali i odredbom članka 6. ECHR.

Ove odredbe ZKP-a u suprotnosti su i s odredbom članka 64. ZKP-a u kojoj se nabrajaju prava koja pripadaju okrivljeniku u kaznenom postupku,

a koja su u biti razrada članka 29. Ustava RH, u kojima se kaže da okrivljenik ima između ostalog pravo uskratiti iskaz u cijelosti ili uskratiti odgovor na postavljeno pitanje, što znači pravo na obranu šutnjom, te pravo ne priznati krivnju. Zahtijevanjem od okrivljenika da se u smislu članka 376. stavka 2. ZKP-a očituje o tome koji dio optužnice poriče i iz kojih razloga krši se pravo okrivljenika da sam odluči o načinu svoje obrane i o pravu da tu obranu iznese u trenutku za koji on smatra da je za njega najpovoljniji. Identična situacija odnosi se i na odredbu članka 377. stavka 1. ZKP-a kojom se već na pripremnom ročištu od okrivljenika traži da iznese obrazložene prijedloge dokaza koje namjerava izvesti na raspravi, s time što se nameće prekluzija jer predsjednik vijeća upozorava stranke i oštećenika da na raspravi neće izvesti one dokaze za koje su stranke znale, ali ih bez opravdanog razloga nisu na pripremnom ročištu predložile. Pravo na obranu šutnjom, pravo okrivljenika da sam sebe nije dužan inkriminirati i pravo da se okrivljenik brani na način i u trenutku za koji smatra da je za njega najpovoljniji predstavljaju srž prava na pravično suđenje.

O tim pravima donesene su mnogobrojne odluke Europskog suda za zaštitu ljudskih prava kao npr. u predmetima *Jalloh protiv Njemačke* iz 2006., *J. B. protiv Švicarske* iz 2001. te *Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 2003. Ovdje također valja upozoriti na činjenicu da se odredbom članka 377. stavka 1. ZKP-a okrivljenik stavlja u bitno nepovoljniji položaj od državnog odvjetnika s obzirom na odredbu članka 353. stavka 2. ZKP-a koji sve do okončanja dokaznog postupka na raspravi može obrani zatajiti dokaze važne za nju ako mu je to od interesa za neki drugi kazneni postupak ili za nekog drugog okrivljenika, a okrivljenik se sili da već na pripremnom ročištu iznese sve svoje dokazne prijedloge, i to obrazložene, kao i sva očitovanja o spornim i nespornim činjenicama čime praktično razotkriva koncepciju i taktiku obrane. Time je povrijeđena ravnopravnost stranaka u postupku i narušeno načelo jednakosti oružja.

Europski sud za ljudska prava u okviru prava na pravično suđenje iz članka 6. stavka 1. ECHR zauzeo je stajalište da, kad je riječ o procjeni "pravičnosti kaznenog postupka", ono što je važno nije usklađenost domaćih nadležnih tijela s formalnim pravilima domaćeg postupka u prikupljanju dokaza i postupanju s njima, već manjak naznaka da su korištenjem tih dokaza za osudu prekršena autonomna načela "pravičnosti" u značenju članka 6. – akuzatorni postupak, jednakost oružja kao i odsutnost navođenja na kazneno djelo i neprimjerenog pritiska da se odustane od prava na šutnju.

Povezano s navedenim, jedno od najvažnijih prešutnih načela iz članka 6. Konvencije jest načelo "jednakosti oružja". Zamisao je da svaka stranka u postupku treba imati jednaku mogućnost iznijeti svoje stajalište (*Neumeister protiv Austrije*, 1968.) i da nijedna od njih ne smije biti u bitno povoljnijem položaju od svoga protivnika. Načelo jednakosti oružja uključuje stajalište da su obje stranke u postupku ovlaštene biti informirane o činjenicama i argumentima suprotne strane i da svaka stranka mora imati jednake mogućnosti

odgovoriti drugoj. Pravo na pravično suđenje temeljni je element članka 6. ECHR. Zahtjev za "pravičnošću" obuhvaća postupak u cjelini, a ne samo usmenu raspravu ili postupak pred prvostupanjskim sudom (predmet *Monnell i Moris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2. 3. 1987.).

Odredba članka 4. ZKP-a protivna je članku 29. Ustava Republike Hrvatske, ali i članku 6. ECHR jer propisuje jednake mogućnosti dokazivanja strankama i branitelju tek u fazi rasprave, i to od strane suda. Jednakost oružja nije zagantirana u tijeku postupka pred državnim odvjetnikom ni u tijeku postupka provođenja državnoodvjetničke istrage.

Kako bi se izbjegli prigovori o povredi okrivljenikova prava na šutnju i zaštitu od samooptuživanja, zaključno se može reći sljedeće. Moguće rješenje ove problematike moglo bi se pronaći u propisivanju obligatornosti optužnog vijeća (uvažavajući u prvome redu razloge uvođenja tog stadija) na kojemu bi predsjednik vijeća bio dužan upozoriti okrivljenika i njegova branitelja na sadržaj odredbe članka 377. ZKP-a i njegove posljedice. Na taj način ne bi postojala ograničenja prava na šutnju jer bi okrivljenik bio upozoren na posljedice te šutnje. U tome slučaju okrivljenik bi potpuno trebao biti izjednačen s državnim odvjetnikom koji ne bi trebao zadržati pravo iz članka 353. stavka 2. ZKP. Na taj način postiglo bi se ravnovjesje među strankama u postupku, izbjegli bi se prigovori koji se sada mogu staviti, a odnose se na povredu prava na šutnju i povredu jednakosti oružja.

Slično rješenje već je poznato u engleskom kaznenom postupku nakon 1988. godine koji propisuje da se okrivljenika prilikom uhićenja upozorava na pravo na branitelja i pravo na šutnju – međutim, okrivljenika se upozorava, nakon tih upozorenja, i na to da se može, ako već sada zna za koji dokaz koji ga ekskulpira, odmah na njega pozvati, a ako se ne pozove, da porota može kasnije izvesti nepovoljan zaključak iz njegove šutnje.

Prema američkom pravu³² u potpunosti se poštuje privilegij okrivljenika da ne iskazuje odnosno da se koristi svojim zakonskim pravom na šutnju, tj. ne postoji mogućnost nepovoljnih zaključaka iz korištenja pravom na šutnju ako okrivljenik nije upozoren na tu mogućnost. Tako bi se smatralo da je privilegij okrivljenika da ne iskazuje smanjen ako bi porota nakon toga bila pozvana da iz činjenica što se okrivljenik koristio tim svojim zakonskim pravom na šutnju izvede nepovoljan zaključak.

Na kraju, ostaje nam samo nadati se da će u našem kaznenom postupku prevladati praksa koje je prevladala i u SAD-u gdje su rijetki slučajevi da sud posegne za prekluzijom kad god postoji opasnost da bi ona mogla dovesti do neispravne presude.³³

³² Griffin v. California (1965) 380. US.609.

³³ M. Damaška: O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka, HLJKPP (Zagreb), vol. 14, broj 1/2007., str. 3-14. Za praksu sudova SAD vidi K. Armstrong i M. Possley, *The Verdict*, Chicago Tribune, January 10, 1999

VI. ZAKLJUČAK

U zaključku treba se vratiti uvodnim napomenama. Temeljite i brze promjene događaju se u svim društvenim sferama, pa tako i u sferi kaznenog zakonodavstva. Novi Zakon o kaznenom postupku donio je mnogobrojne novosti u hrvatski kazneni postupak zajedno s novom ulogom branitelja od kojega se traži promjena u ponašanju i percepciji vezana uz učinkovit odgovor državnom odvjetniku. Uzimajući u obzir glavnu usmjerenost reforme kaznenog zakonodavstva na jačanje učinkovitosti kaznenog progona i proširenje represivnih ovlasti policije i državnog odvjetništva uz akuzatorni model istrage – pitanje učinkovite obrane postaje *sine qua non* pravičnog postupka. Na kraju, ostaje nam vidjeti što će pokazati praksa i hoće li problemi koji su istaknuti u ovome radu dovesti do odgovora na pitanje je li poremećena ravnoteža tendencija u kaznenom postupku. Namjera autorica bila je upozoriti na neke od problema pred kojima bi se u budućnosti mogla naći dobra i odgovorna obrana, s aspektima i odvijanjem kojih su upoznate, sve s ciljem da se prepoznate teškoće predvide i suzbiju ili barem svedu na najmanju moguću mjeru.

Summary

LEGAL AND PRACTICAL ISSUES RELATED TO PROVIDING A GOOD DEFENCE FOR THE DEFENDANT

The Criminal Procedure Act (OG 152/2008) of 24 December 2008, in addition to the Act on Amendments to the Criminal Procedure Act (OG 76/2009) of 30 June 2009, introduced many novelties into the Croatian criminal procedure. One of these novelties is the role of the defence counsel who is required to be specially and thoroughly prepared, which implies professional education and operational training. The authors of this paper analyse the relevant provisions of the Criminal Procedure Act relating to the position of the defence counsel and his or her role in criminal proceedings, taking into account the recent strengthening and speedy development of social interest in the suppression and prosecution of crime. A fair procedure implies the existence of an efficient defence for the defendant, enabling him or her to confront the prosecution, thus allowing for the implementation of the inquisitorial principle and the principle of equality of arms, since this is the only way to achieve a fair trial.

The authors devote special attention to analysing the provisions of the Criminal Procedure Act with regard to the individual procedural tasks and actions of the defence counsel aimed at providing efficient defence, such as viewing the case file, efficient preparation of the defence (especially while the defendant is in detention on remand) and the issue of the preclusion of evidence.

Finally, the authors present their assessments and views of the legal solutions relevant to the stated issues. They consider that some solutions will lead to a more effective criminal justice system and to satisfactory results, although they also identify problems that could arise in practice while conducting the defence.

