

Dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas*

POMICANJE GRANICA PRAVA NA BRANITELJA POD UTJECAJEM EUROPSKOG KAZNENOG PRAVA**

U radu se razmatra pravo na branitelja kroz prizmu zahtjeva koje je pred hrvatsko kazneno procesno pravo postavila doktrina Salduz, elaborirana u novijoj judikaturi Europskog suda za ljudska prava, kao i neke odredbe Direktive 2013/48/EU o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku. Nakon analize pojma osumnjičenika u materijalnom smislu, središnji dio rada posvećen je problematici ispitivanja osumnjičenika od strane policije, koja je sagledana iz povijesne i porredbenopravne perspektive, te sadrži osvrt na neka rješenja koja predviđa Nacrt prijedloga novele ZKP-a iz srpnja 2015. godine. Budući da spomenuta Direktiva pravo na branitelja veže, među ostalim, uz trenutak lišenja slobode, ali i svako ispitivanje osumnjičenika, granice prava na branitelja pomiču se u najraniju fazu kaznenog postupka, čime se nameće potreba propisivanja procesne forme ispitivanja od strane policije, koje se u hrvatskom kaznenom procesnom pravu već tradicionalno poduzima kao neformalna radnja. Zaključno se upozorava da pravo na branitelja, kao kompleksno i višedimenzionalno ljudsko pravo, zahtijeva cjelovito legislativno uređenje, koje mora obuhvatiti i unapređenje funkcioniranja mehanizma branitelja po službenoj dužnosti, kao i institut besplatnog branitelja.

1. UVODNE NAPOMENE

Granice prava na branitelja kao temeljnog ljudskog prava i konstitutivnog elementa pravičnog kaznenog postupka tijekom posljednjih nekoliko godina pomiču se pod utjecajem judikature Europskog suda za ljudska prava, koji je presudom u predmetu *Salduz protiv Turske*¹ pred nacionalne pravne poretke

* Dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas, izvanredna profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

** Rad je nastao kao rezultat istraživanja na znanstvenoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta u Zagrebu „Novi hrvatski pravni sustav“.

postavio nove pravne standarde u najranijim fazama kaznenog postupka. Istovremeno, posebice nakon ratifikacije Lisabonskog ugovora, pomicanju granica prava na branitelja doprinijeli su i naponi da se na razini Europske unije harmoniziraju minimalni kaznenoprocenopravni standardi prava obrane, kako bi ona poslužila najprije kao instrument jačanja uzajamnog povjerenja, a onda i u svrhu operacionaliziranja uzajamnog priznanja.² Ti su naponi najprije 2009. godine rezultirali usvajanjem plana za unapređenje procesnih prava osumnjičenih i optuženih osoba u kaznenom postupku,³ koji je potom konkretiziran donošenjem tri direktive. Prve dvije, Direktiva o pravu na tumačenje i prevođenje u kaznenim postupcima⁴ te Direktiva o pravu na informaciju u kaznenom postupku,⁵ implementirane su u hrvatsko kazneno procesno zakonodavstvo 2013. godine. Posljednja je u nizu Direktiva o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku i u postupku na temelju europskog uhidbenog naloga te o pravu na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima (dalje u tekstu: Direktiva o pravu na pristup odvjetniku ili Direktiva).⁶ Rok za implementaciju Direktive u hrvatski pravni poredak jest 27. studenoga 2016. godine pa je pred hrvatskim zakonodavcem složena zadaća, koja mora biti ispunjena u relativno kratkom roku. Premda su u tome smjeru poduzeti koraci te je izrađen Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku u srpnju 2015. godine⁷ (dalje u tekstu: Nacrt prijedloga novele ZKP-a), u ovom je trenutku sasvim neizvjesno hoće li taj tekst biti upućen u zakonodavnu proceduru.

Imajući u vidu svu kompleksnost i višedimenzionalnost prava na branitelja, ovaj rad ne pretendira da ponudi cjelovitu i sveobuhvatnu analizu strukture i sadržaja tog prava, nego je posvećen ponajprije obvezama iz Direktive, i to onima koje Hrvatskoj nalažu da svim osumnjičenicima zajamči pravo na bra-

¹ ECHR GC, *Salduz v. Turkey*, 27 November 2008, 36391/02.

² Tako Spronken, Taru, *Effective Defence. The Letter of Rights and the Salduz-directive*, u: Vermeulen, Gert (ed.), *Defence Rights. International and European Developments*, Maklu, 2012, str. 81.

³ The Resolution of the Council of 30 November 2009 on a roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings (Procedural Rights Roadmap), OJ C 295, 4. 12. 2009.

⁴ Direktiva 2010/64/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 20. listopada 2010. o pravu na tumačenje i prevođenje u kaznenim postupcima (SL L 280, 26. 10. 2010.).

⁵ Direktiva 2012/13/EU Europskog parlamenta i vijeća od 22. svibnja 2012. o pravu na informaciju u kaznenom postupku (SL L 142, 1. 6. 2012.).

⁶ Direktiva 2013/48/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2013. o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku i u postupku na temelju europskog uhidbenog naloga te o pravu na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima, Službeni list Europske unije L 249/1-12, 6. 11. 2013.

⁷ Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, Zagreb, srpanj 2015.

nitelja prije prvog ispitivanja, kao i nakon lišenja slobode. Upravo su te obveze najzahtjevnije jer nameću potrebu restrukturiranja zakonskog okvira i prakse obavijesnih razgovora s osumnjičenicima, a prikazat će se i pojedina rješenja predviđena u spomenutom Nacrtu prijedloga novele ZKP-a.

Prije svega, valja istaknuti da je sama Direktiva o pravu na pristup odvjetniku prihvatila temeljne standarde ostvarivanja prava na branitelja postavljene u judikaturi Europskog suda za ljudska prava, međutim u nekim je segmentima to pravo znatno proširila. Tako primjerice pravo na branitelja jamči ne samo svakom uhićeniku od trenutka uhićenja nego i svakom osumnjičeniku prije ispitivanja, uključujući i ispitivanje od strane policije, bez obzira na to je li lišen slobode. Očekivano, kroz implementaciju Direktive najveći pomaci u granicama prava na branitelja dogodit će se upravo u najranijim fazama kaznenog postupka u materijalnom smislu, u kojima je osumnjičeničeva procesna pozicija u hrvatskom kaznenom procesnom pravu trenutačno najslabije regulirana, premda je učinkovito pravo na branitelja, uvjetno rečeno, upravo u toj najosjetljivijoj fazi najvažnije. Republika Hrvatska sada je u poziciji da mora urediti barem neke segmente prava na branitelja kako to nalaže Direktiva, iako je i nakon presude *Salduz*, a posebno nakon osuda Republike Hrvatske zbog povrede pravičnog postupka i prava na branitelja u presudama *Mader*⁸ i *Šebalj*,⁹ bilo jasno da je nužno regulirati procesnu poziciju osumnjičenika, a napose uhićenika, tijekom ispitivanja od strane policije. Povredu prava na branitelja utvrdilo je i veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava u najrecentnijoj presudi *Dvorski protiv Hrvatske*, i to u segmentu koji jamči pravo na branitelja po vlastitom izboru.¹⁰ Uz pravo na branitelja, potrebno je urediti i druga prava koja osiguravaju pravični kazneni postupak, kao što su primjerice pravo na uskratu iskaza i pravo na obavijest o osnovama sumnje.

Pravo iz članka 6. stavka 3. točke c) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija) kompleksno je te podrazumijeva okrivljenikovo pravo da se brani sam, pravo na branitelja po vlastitom izboru te pravo na branitelja na teret proračunskih sredstava, odnosno

⁸ ECHR, *Mader v. Croatia*, 21 June 2011, 56185/7.

⁹ ECHR, *Šebalj v. Croatia*, 28 June 2011, 4429/09.

¹⁰ ECHR GC, *Dvorski v. Croatia*, 20 October 2015, 25703/11. U tom je predmetu Veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava utvrdilo povredu članka 6. stavka 1. i 3. točke c) Europske konvencije, zbog toga što policija okrivljenika nije obavijestila o tome da mu je njegova majka angažirala branitelja ni o braniteljevoj prisutnosti u policijskoj postaji, a okrivljenik je tijekom ispitivanja od strane policije priznao počinjenje kaznenih djela koja su mu stavljena na teret (u prisutnosti branitelja postavljenog po službenoj dužnosti), s time da je zapisnik o ispitivanju korišten kao dokaz pred sudom koji je donio osuđujuću presudu. Europski sud za ljudska prava zaključio je da hrvatski sudovi nisu primijenili potrebne mjere da isprave spomenute nedostatke i osiguraju pravičnost postupka, čime je došlo do povrede okrivljenikovih prava obrane, uslijed čega je bila narušena pravičnost postupka sagledanog u cjelini (§ 112).

besplatnog branitelja ako osumnjičenik nema dovoljno sredstava da plati troškove svoje obrane, a interesi pravde traže da mu se osigura to pravo. I Ustav Republike Hrvatske u članku 29. stavku 2. proklamira pravo na branitelja, koje je sastavljeno od niza aspekata, konkretiziranih u odredbama Zakona o kaznenom postupku.¹¹ Stoga već uvodno valja naglasiti da adekvatno uređenje prava na branitelja podrazumijeva cjelovit pristup i obuhvaćanje svih njegovih segmenata. Direktiva o pravu na pristup odvjetniku međutim pravo na branitelja uređuje samo parcijalno, ne ulazeći primjerice u problematiku prava na besplatnog branitelja, koje je jedno od gorućih pitanja u hrvatskom kaznenom procesnom pravu. Od donošenja Zakona o kaznenom postupku 2008. godine, unatoč višekratnim zakonodavnim intervencijama, pravo na besplatnog branitelja nije adekvatno uređeno, na što je u više navrata upozoravala i stručna javnost.¹² Stoga se može očekivati daljnje pomicanje granica prava na branitelja i u tome segmentu, po svemu sudeći najprije na razini europskog kaznenog prava, budući da je u tijeku izrada Prijedloga odgovarajuće direktive,¹³ a onda i u nacionalnom zakonodavstvu.

2. SADRŽAJ I DOSEG PRAVA NA BRANITELJA: POGLED U NAJBRANIJU FAZU KAZNENOG POSTUPKA

2.1. Pravni standardi postavljeni u judikaturi Europskog suda za ljudska prava

Od presude u predmetu *Imbrioscia protiv Švicarske*¹⁴ iz 1993. godine praksu Europskog suda za ljudska prava općenito karakterizira pomicanje dosega jamstava prava na branitelja u ranije faze kaznenog postupka.¹⁵ Ipak, Europski sud za ljudska prava dugo je tumačio da se pravo na branitelja tijekom policijskih

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

¹² Vidjeti Đurđević, Zlata, Rekonstrukcija, judicijalizacija, konstitucionalizacija, europeizacija hrvatskog kaznenog postupka V. novelom ZKP/08: prvi dio?, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2(2013), str. 352 – 353; Valković, Laura, Procesna prava obrane prema V. noveli Zakona o kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2(2013), str. 537 – 539; Pajčić, Matko, Pravo okrivljenika na branitelja i na besplatnu pravnu pomoć, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 1(2010), str. 76 – 95.

¹³ Vidjeti dokument Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings, dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/com_2013_824_en.pdf.

¹⁴ ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 November 1993, 13972/88, § 36.

¹⁵ Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, str. 282.

skog ispitivanja u načelu ne može izvesti iz članka 6. st. 3. točke c) Europske konvencije.¹⁶ Novije tumačenje dano u presudi *Salduz protiv Turske*, takozvana *doktrina Salduz*, okosnica je novijeg razvoja tog konvencijskog prava. U presudi *Salduz* Europski sud za ljudska prava proširio je doseg članka 6. stavka 3. točke c) Europske konvencije izričito govoreći da se članak 6. primjenjuje i na prethodni postupak te da okrivljeniku mora biti zajamčeno pravo na branitelja pri inicijalnom policijskom ispitivanju, i to već od trenutka uhićenja.¹⁷ Pri tome uloga branitelja nije samo pružanje pravne pomoći uhićeniku prije i tijekom ispitivanja nego i jamstvo zakonitog postupanja prema uhićeniku.¹⁸ Valja istaknuti da je Europski sud za ljudska prava *doktrinu Salduz* primjenjivao u predmetima u kojima su od strane policije ispitivani uhićenici, dok su drugačije ocjenjivane situacije u kojima osumnjičenik nije bio lišen slobode.^{19,20}

Povredu uhićenikova prava na branitelja Europski sud za ljudska prava utvrdio je 2011. godine, relativno kratko nakon presude *Salduz*, u dva hrvatska predmeta, *Mađer* i *Šebalj*. Primjenjujući *doktrinu Salduz* u predmetu *Mađer*, Europski sud za ljudska prava osudio je Hrvatsku zbog povrede prava na branitelja zajamčenog člankom 6. stavkom 3 točkom c) u vezi s člankom 6. stavkom 1. Europske konvencije.²¹ Sud je utvrdio da je podnositelj zahtjeva proveo 42 sata nakon uhićenja u policijskoj postaji prije nego što je ostvario pravo na branitelja, tijekom kojeg ga je razdoblja policija ispitivala, a osuđujuća presuda koja je donesena u kaznenom postupku u odlučujućoj se mjeri temeljila upravo na priznanju danom pred policijom.²² Ubrzo je zbog povrede prava iz članka 6.

¹⁶ ECHR, *Dougan v. the United Kingdom*, 14 December 1999, 44738/98; *Brennan v. the United Kingdom*, 16 October 2001, 39846/98, § 48. Vidjeti Cape, Ed; Hodgson, Jacqueline; Prakken, Ties, Spronken, Taru, *Procedural Rights at the Investigative Stage: towards a real commitment to minimum standards*, u: Cape, Ed; Hodgson, Jacqueline; Prakken, Ties; Spronken, Taru (eds.), *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Intersentia, 2007, str. 10.

¹⁷ ECHR GC, *Salduz v. Turkey*, 27 November 2008, 36391/02, § 50. Vidjeti Morgan, Caroline, *The EU procedural Rights Roadmap. Background, importance, overview and state of affairs*, u: Vermeulen, Gert (ed.), *Defence Rights. International and European Developments*, Maklu, 2012, str. 79.

¹⁸ Vidjeti Valković, Laura; Burić, Zoran, *Primjena izabranih elemenata prava na formalnu obranu iz prakse Europskog suda za ljudska prava u hrvatskom kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2(2011), str. 529.

¹⁹ Vidjeti Valković, Burić, *op. cit.* u bilj. 18, str. 528.

²⁰ Vidjeti i noviju presudu ECHR, *Schmid-Laffer c. Suisse*, 16 Juin 2015, 41296/08, § 39-40.

²¹ ECHR, *Mađer v. Croatia*, 21 June 2011, 56185/07, § 158.

²² ECHR, *Mađer v. Croatia*, 21 June 2011, 56185/07, § 158. Opširnije vidjeti Krapac, Davor; Đurđević, Zlata; Ivičević Karas, Elizabeta; Bonačić, Marin; Burić, Zoran, *Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske u kaznenim predmetima*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 135 – 142.

stavka 3. točke c) zajedno s člankom 6. stavkom 1. Europske konvencije Republika Hrvatska osuđena i u predmetu *Šebalj protiv Hrvatske*, jer je podnositelj zahtjeva kao uhićenik ispitivan od strane policije bez branitelja, premda se tog prava nije odrekao.²³ Sud je utvrdio i samostalnu povredu članka 6. stavka 1. Europske konvencije, jer se osuđujuća presuda u znatnom dijelu temeljila na okrivljenikovu iskazu danom policiji bez prisutnosti branitelja.²⁴

Iako se povrede utvrđene u presudama *Mađer* i *Šebalj* trebaju promatrati u kontekstu uređenja iz starog Zakona o kaznenom postupku iz 1997. godine, upozorile su na znatne nedostatke uređenja prava na branitelja u najranijoj fazi kaznenog postupka, koji su aktualni i danas. Tako se u literaturi isticao problem nefunkcioniranja mehanizma liste dežurnih odvjetnika, koji je, doduše, bio predviđen za formalno ispitivanje uhićenika predviđeno starim Zakonom o kaznenom postupku iz 1997. godine.²⁵ Međutim te su presude upozorile i na problem neformalnih obavijesnih razgovora s uhićenikom. Naime važeći Zakon o kaznenom postupku propisuje uhićenikovo pravo na branitelja samo prije formalnog ispitivanja koje provodi državni odvjetnik ili istražitelj po nalogu državnog odvjetnika, no ne propisuje način ostvarivanja tog prava.²⁶ Premda uhićenik načelno ima pravo na branitelja, to pravo prije i tijekom obavijesnih razgovora nije izričito proklamirano, a onda ni uređeno.²⁷

Pitanje učinkovitog ostvarivanja uhićenikova prava na branitelja u policijskoj postaji hrvatski je zakonodavac morao riješiti još nakon presude *Salduz*, a prije isteka roka za implementaciju Direktive o pravu na pristup odvjetniku morat će riješiti i pravo svakog osumnjičenika na branitelja prije svakog ispitivanja, neovisno o tom je li osumnjičenik lišen slobode. Moguće je da je pitanje osumnjičenikova i uhićenikova prava na branitelja proteklih nekoliko godina zaobilaženo zbog pogrešnog tumačenja kriterija jedinog ili odlučujućeg dokaza, primijenjenog u presudi *Salduz*, kao i u presudama *Mađer* i *Šebalj*. Naime taj kriterij ne treba gledati izolirano od ostalih kriterija koje Europski sud za ljudska prava primjenjuje i tumačiti na način da država nema obvezu da svakom uhićeniku kojeg ispituje policija zajamči pravo na branitelja, jer se, prema važećem zakonskom uređenju, iskazi koji su pribavljeni na neformalan način ne mogu kasnije u postupku koristiti kao dokaz. Naprotiv, potrebno je obrnuto tumačenje, u smislu da je Europski sud za ljudska prava postavio standard sankcioniranja povrede konvencijskog prava na branitelja kazavši da se inkriminirajuće izjave dobivene od osumnjičenika koji nije imao pristup branitelju

²³ ECHR, *Šebalj v. Croatia*, 28 June 2011, 4429/09, § 254 i 256.

²⁴ ECHR, *Šebalj v. Croatia*, 28 June 2011, 4429/09, § 263. Opširnije vidjeti Krapac, Đurđević, Ivičević Karas, Bonačić, Burić, *op. cit.* u bilj. 22, str. 146 – 150.

²⁵ Valković, Burić, *op. cit.* u bilj. 18, str. 538 – 540.

²⁶ Valković, *op. cit.* u bilj. 12, str. 532.

²⁷ Vidjeti Đurđević, *op. cit.* u bilj. 12, str. 351 – 352.

ne mogu koristiti kao dokaz u postupku. Zanimljivo je da se u stranoj literaturi upravo presuda *Šebalj* navodi kao primjer takva tumačenja.²⁸ Štoviše, u predmetu *Panovits protiv Cipra* Europski sud za ljudska prava utvrdio je povredu članka 6. Europske konvencije jer su izjave koje je osumnjičenik dao u odsutnosti branitelja bile korištene za osudu premda nisu bile jedini raspoloživi dokaz. Prema tumačenju Europskog suda za ljudska prava, odsutnost pravne pomoći tijekom ispitivanja predstavlja ograničenje prava obrane, čak i onda kada ne postoje uvjerljivi razlozi koji bi doveli u pitanje pravičnost postupka sagledanog u cjelini.²⁹

S obzirom na trenutačnu situaciju, judikatura Europskog suda za ljudska prava nameće obvezu promjene zakonskog okvira, i to izrijeком kada je riječ o policijskom ispitivanju uhićenika. Ocjenjujući u konkretnom predmetu je li došlo do povrede konvencijskog prava, Europski sud za ljudska prava nema zadaću ocjenjivanja nacionalnog zakonskog okvira te u pravilu ne preispituje činjenične ili pravne analize nacionalnih sudova, budući da nije „sud četvrtog stupnja“.³⁰ Naprotiv, Europski sud za ljudska prava za zadaću ima ocijeniti učinke primjene, odnosno tumačenja nacionalnog zakonodavstva u konkretnom predmetu, u smislu ocjene je li primjena nacionalnog zakonodavstva rezultirala povredom konvencijskog prava.³¹ To pak znači da nacionalni pravni okvir mora biti postavljen tako da osigura izvršenje pozitivne obveze iz članka 6. st. 3. točke c) Europske konvencije, to jest da svakom osumnjičeniku lišenom slobode osigura učinkovito ostvarivanje proklamiranog prava na branitelja od trenutka lišenja slobode, uključujući razdoblje prije i tijekom samog ispitivanja.

2.2. Predmet i područje primjene Direktive o pravu na pristup odvjetniku

Kao što je spomenuto, Direktiva o pravu na pristup odvjetniku ne samo što je prihvatila nego je i proširila sadržaj i doseg prava na branitelja u najranijim fazama kaznenog postupka. Valja naglasiti da je pravo na pristup odvjetniku u kaznenom postupku samo jedan od segmenata prava obrane koji Direkti-

²⁸ Tako Spronken, *op. cit.* u bilj. 2, str. 100.

²⁹ ECHR, *Panovits v Cyprus*, 11 December 2008, 4268/04, § 73 – 76. Vidjeti Morgan, *op. cit.* u bilj. 17, str. 79.

³⁰ Goss, Ryan, *Criminal Fair Trial Rights, Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, 2014, str. 42 – 43.

³¹ Ipak, u praksi Europskog suda za ljudska prava brojne su iznimke, a posebno je zanimljivo da se kao primjeri presuda u kojima je Sud ulazio u ocjenu činjenične i pravne analize nacionalnog suda u stranoj literaturi ističu upravo presude protiv Republike Hrvatske u predmetima *Hanževački, Maresti i Šebalj. Ibid.*, str. 56 – 57.

va uređuje, uz pravo na pristup odvjetniku u postupku na temelju europskog uhiđenog naloga, te pravo na obavješćivanje treće osobe u slučaju oduzimanja slobode, kao i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima. Gledano iz perspektive hrvatskog kaznenog procesnog prava, od navedenih je segmenata upravo pravno na pristup branitelju najizazovnije, i to u najranijoj fazi postupka, kada osumnjičeniku još nisu zajamčena sva prava obrane. Naime nerijetko se upravo u najranijoj fazi postupka dolazi do dokaza, bilo u formalnom ili u spoznajnom smislu, koji će ne samo usmjeravati tijek kaznenog postupka nego u konačnici i omogućiti „rješavanje“ predmeta, pa i donošenjem osuđujuće presude. Dovoljno je istaknuti primjer kaznenog naloga, koji sud može izdati samo na temelju vjerodostojne kaznene prijave i, prema nekim tumačenjima, bez obvezatnog prethodnog formalnog ispitivanja okrivljenika od strane državnog odvjetnika, i to usprkos obvezi ispitivanja okrivljenika prije podizanja optužnice iz članka 341. stavka 1. ZKP-a.³² Stoga se nameće zaključak da je s jedne strane upravo najranija faza kaznenog postupka iznimno važna i može determinirati ishod postupka, a s druge strane, u usporedbi s fazama postupka koje slijede, najmanje je regulirana, posebice kada je riječ o ispitivanju osumnjičenika.

Područje primjene Direktive o pravu na pristup odvjetniku ograničeno je samo na postupke pred sudovima nadležnima u kaznenim stvarima (čl. 2. st. 4. Direktive), no u okviru kaznenog postupka postavljeno je prilično široko jer se jamstva primjenjuju prema okrivljeniku shvaćenom ne samo u formalnom nego i u materijalnom smislu, odnosno „na osumnjičenike ili optužene osobe u kaznenom postupku od trenutka kada su im nadležna tijela države članice, putem službene obavijesti ili na drugi način, ukazala na to da su osumnjičeni ili optuženi za počinjenje kaznenog djela te neovisno o tome je li im oduzeta sloboda ili ne“ (čl. 2. st. 1. Direktive). Štoviše, Direktiva se primjenjuje i „na osobe koji nisu osumnjičenici ili optužene osobe, a koje tijekom ispitivanja policije ili drugog tijela odgovornog za provedbu zakona postanu osumnjičenicima ili optuženim osobama“ (čl. 2. st. 3. Direktive), a u svakom slučaju „kada je osumnjičeniku ili optuženoj osobi oduzeta sloboda, neovisno o fazi kaznenog postupka“ (čl. 2. st. 4. Direktive). Nedvojbeno je dakle da se Direktiva primjenjuje i u najranijoj fazi kaznenog postupka shvaćenog u materijalnom smislu.

Osumnjičenici ili optužene osobe imaju pravo na pristup odvjetniku bez nepotrebnog odlaganja te u svakom od sljedećih trenutaka, ovisno o tome koji je od njih najranije nastupio (čl. 3. st. 2. Direktive): 1) prije nego što su ispitani od strane policije ili drugog tijela zaduženog za provedbu zakona, ili od strane pravosudnog tijela; 2) po izvršenju istražne radnje ili radnje prikupljanja dokaza kojoj pri kojoj, prema domaćem pravu, branitelj ima pravo prisustvovati, a

³² Vidjeti Bonačić, Marin, Kritički osvrt na hrvatsko zakonodavno uređenje instituta kaznenog naloga, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (2)2015, str. 195 – 197.

u svakom slučaju pri poduzimanju dokazne radnje prepoznavanja, suočavanja ili rekonstrukcije događaja; 3) bez nepotrebnog odgađanja nakon oduzimanja slobode, te 4) ako su pozvani na sud nadležan za kaznene stvari, pravovremeno prije nego što se pojave pred tim sudom.

Razmatrajući predmet i područje primjene Direktive, dva se pitanja nameću kao glavna: pitanje definicije osumnjičenika, koja mora biti kompatibilna s definicijom iz Direktive te omogućiti ostvarivanje Direktivom zajamčenih prava, te pitanje procesnog položaja osumnjičenika, a posebice uhićenika, tijekom policijskog ispitivanja, to jest obavijesnih razgovora, koji u hrvatskom kaznenom procesnom pravu već tradicionalno nisu uređeni Zakonom o kaznenom postupku. Kao što je istaknuto, na taj se problem već ranije upozoravalo u stručnoj literaturi, posebice nakon presuda Europskog suda za ljudska prava u predmetima *Mader* i *Šebalj*,³³ no tek je donošenjem Direktive taj gorući problem konkretiziran i hrvatski ga zakonodavac mora riješiti.

Preuzimajući pravni standard elaboriran u praksi Europskog suda za ljudska prava, Direktiva o pravu na pristup odvjetniku propisuje sadržaj i doseg prava na branitelja, pa tako „države članice osiguravaju da osumnjičenici ili optužene osobe imaju pravo na pristup odvjetniku u takvom trenutku i na takav način da dotičnoj osobi omogućavaju praktično i učinkovito ostvarivanje svojih prava obrane“ (članak 3. st. 1. Direktive), i to bez nepotrebnog odgađanja, „prije nego što su ispitani od strane policije ili drugog tijela zaduženih za provedbu zakona ili pravosudnog tijela“ (članak 3. st. 2. t. (a) Direktive). Pristup odvjetniku uključuje i pravo na privatni sastanak i komunikaciju s odvjetnikom i prije ispitivanja (čl. 3. st. 3. t. (a) Direktive).

Premda Direktiva o pravu na pristup odvjetniku ne definira pojam „ispitivanja“ osumnjičenika, u točki 20. recitala pojašnjeno je što se ne podrazumijeva ispitivanjem. Tako ispitivanje ne uključuje preliminarno ispitivanje policije ili drugog tijela odgovornog za provedbu zakona čija je svrha: 1) identificiranje dotične osobe, 2) provjera posjedovanja oružja ili druga slična sigurnosna pitanja, 3) utvrđivanje potrebe za pokretanjem istrage, primjerice tijekom prometne kontrole ili tijekom redovitih nasumičnih provjera, ako osumnjičenik ili optužena osoba još nije identificirana. Dakle, ispitivanje u smislu Direktive o pravu na pristup odvjetniku obuhvaća svako ispitivanje osumnjičenika u materijalnom smislu, bez obzira na to regulira li i kako nacionalno zakonodavstvo to ispitivanje i bez obzira na pretpostavke koje po nacionalnom pravu moraju biti ispunjene da bi se taj iskaz, odnosno njegov službeni zapis, mogli koristiti kao dokaz u kaznenom postupku. Drugim riječima, definicija pojma ispitivanja ne ovisi o tome hoće li se i pod kojim pretpostavkama iskaz dobiven tim ispitivanjem moći koristiti kao dokaz u kaznenom postupku.

³³ Vidjeti Valković, Burić, *op. cit.* u bilj. 18, str. 538 – 450.

Direktiva o pravu na pristup odvjetniku dakle zahtjeva da se svakom osumnjičeniku u materijalnom smislu, osigura pravo na branitelja prije svakog ispitivanja, pa i ispitivanja od strane policije, koje se, prema domaćem zakonodavstvu, vodi u obliku obavijesnih razgovora, odnosno „neformalnog“ ispitivanja. Svaku sumnju u to otklanja izričita odredba, prema kojoj se Direktiva primjenjuje i „na osobe koje nisu osumnjičenici ili optužene osobe, a koje tijekom ispitivanja policije ili drugog tijela odgovornog za provedbu zakona, postanu osumnjičenicima ili optuženim osobama“ (čl. 2. st. 3. Direktive). Time je sama radnja ispitivanja shvaćena u materijalnom smislu, bez obzira na formu ispitivanja, u smislu da ona obuhvaća postavljanje pitanja u vezi s određenim kaznenim djelom. I ova je odredba Direktive u skladu s judikaturom Europskog suda za ljudska prava, prema kojoj i osoba koja se ispituje kao svjedok, a zapravo je osumnjičenik, ima pravo na branitelja pri tom ispitivanju, jer nije relevantna formalna kvalifikacija procesne uloge te osobe, nego stvarno svojstvo u kojemu sudjeluje u postupku.³⁴

U vezi s problematikom prava na branitelja tijekom policijskog ispitivanja osumnjičenika potrebno je razmotriti i problematiku ostvarivanja prava na branitelja nakon oduzimanja slobode s obzirom na to da će se u praksi upravo uhićena osoba naći u situaciji da je ispituje policija. Naime, prizivajući doktrinu *Salduz*, Europski sud za ljudska prava u presudi *Dayanan protiv Turske* istaknuo je da osumnjičenik ima pravo na branitelja ne samo pri inicijalnom policijskom ispitivanju nego i od trenutka kada mu je oduzeta sloboda, bez obzira na ispitivanje.³⁵ Riječ je dakle o posebnoj osnovi za ostvarivanje prava na pristup odvjetniku, pa tako Direktiva o pravu na pristup odvjetniku osumnjičenicima i optuženicima jamči i pravo na pristup odvjetniku, bez nepotrebnog odgađanja nakon oduzimanja slobode (čl. 3. st. 2. t. (c) Direktive).

2.3. Pojam osumnjičenika u materijalnom smislu

Za razumijevanje zahtjeva koje Direktiva o pravu na pristup odvjetniku postavlja u odnosu na prava okrivljenika važno je razlikovati pojmove okrivljenika, odnosno osumnjičenika u materijalnom i formalnom smislu. Riječ je o pojmovima koji su razvijeni u judikaturi Europskog suda za ljudska prava, a vezani su uz pojam optužbe, koju je također moguće definirati u materijalnom i formalnom smislu. Naime Europski sud za ljudska prava, autonomno tumačeći pojam „optužnice za kazneno djelo“ iz članka 6. stavka 1. Europske konvencije, odredio je područje primjene procesnih jamstava pravičnog postupka,

³⁴ ECHR, *Brusco v France*, 14 octobre 2010, 1466/07, § 47. Vidjeti Morgan, *op. cit.* u bilj. 17, str. 79.

³⁵ ECHR, *Dayanan v Turkey*, 13 January 2010, 7377/03, § 32. Vidjeti *ibid.*, str. 79.

točnije trenutak od kojeg vrijede prava iz tog konvencijskog članka. Pojam „optužnice“ definiran je u materijalnom smislu te predstavlja „službenu obavijest nadležne vlasti nekom pojedincu o tome da je počinio kazneno djelo“, ali i svaku radnju kojom se „suštinski utječe na osumnjičenicovu situaciju“, neovisno o tome postoji li u konkretnom slučaju formalni optužni akt nadležnih tijela.³⁶ Tako široka definicija optužbe za kazneno djelo onemogućila je zaobilaženje procesnih jamstava tijekom prethodnog postupka budući da se u pojedinim pravnim sustavima formalni optužni akt podiže tek na kraju istrage.³⁷

Razlikovanje pojma okrivljenika u materijalnom i formalnom smislu nužno je da bi se konvencijski standardi mogli jednako tumačiti i primjenjivati u različitim pravnim sustavima. Pojam okrivljenika u formalnom smislu nužno je uvjetovan uređenjem nacionalnog kaznenoprocenopravnog poretka jer je okrivljenik u formalnom smislu osoba protiv koje se vodi kazneni postupak,³⁸ a početak formalnog kaznenog postupka u raznim se pravnim poredcima vezuje uz različite trenutke. U hrvatskom pravu kazneni postupak, među ostalim, započinje pravomoćnošću rješenja o provođenju istrage, to jest potvrđivanjem optužnice ako se nije provodila istraga, što znači da pojam okrivljenika u formalnom smislu obuhvaća okrivljenika i optuženika, ali ne i osumnjičenika.³⁹ Međutim i prije formalnog započinjanja kaznenog postupka poduzimaju se radnje kojima se suštinski utječe na položaj osumnjičenika pred tijelima kaznenog postupka, pa je i osumnjičenik okrivljenik u materijalnom smislu te mu pripadaju i prava obrane iz članka 6., uključujući i pravo na branitelja iz članka 6. stavka 3. točke c) Europske konvencije.

Kao i pojam okrivljenika, i pojam osumnjičenika može se shvaćati u materijalnom i formalnom smislu. Kao što je istaknuto, Direktiva pojam osumnjičenika definira u materijalnom smislu, prihvativši kriterije Europskog suda za ljudska prava, pa osoba postaje osumnjičenik u trenutku kada mu nadležno tijelo, putem službene obavijesti ili na drugi način (poduzimanjem radnji kojima se suštinski utječe na njegovu procesnu situaciju, nap. a.), da do znanja da je osumnjičen za počinjenje kaznenog djela, neovisno o tome je li lišen slobode (čl. 2. st. 1. Direktive).

Definiranje pojma osumnjičenika iznimno je važno jer se uz trenutak stjecanja tog svojstva vezuje mogućnost ostvarivanja prava obrane, pa tako i prava na pristup branitelju kako ga proklamira Direktiva o pravu na pristup odvjet-

³⁶ ECHR, *Deweer v. Belgium*, 6903/75, 27 February 1980, § 46.

³⁷ Trechel, *op. cit.* u bilj. 15, str. 32.

³⁸ Krapac, Davor, *Kazneno procesno pravo Prva knjiga: Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2015, str. 231.*

³⁹ *Ibid.*

niku. Trenutačno važeća zakonska definicija osumnjičenika kao osobe „protiv koje je podnesena kaznena prijava ili se provode izvidi ili je provedena hitna dokazna radnja“ (čl. 202. st. 2. t. 1 ZKP-a) jest mješovita, formalno-materijalna. Formalna je jer stjecanje svojstva osumnjičenika vezuje uz formalni akt - podnošenje kaznene prijave, a materijalna jer to svojstvo vezuje i uz poduzimanje određenih radnji, izvida ili hitnih dokaznih radnji u odnosu na određenu osobu.⁴⁰ No Direktiva o pravu na pristup odvjetniku pojam osumnjičenika definira isključivo u materijalnom smislu pa tako, kada se u odnosu na osobu koja je kao građanin pozvana na obavijesni razgovor tijekom neformalnog ispitivanja pojave osnove sumnje da je počinila kazneno djelo, ona postaje osumnjičenik u materijalnom smislu, bez obzir na to što protiv nje (još) nije podnesena kaznena prijava. Tako je predložena definicija osumnjičenika u materijalnom smislu kao osobe „u odnosu na koju postoje osnove sumnje da je počinila kazneno djelo i protiv koje policija i državno odvjetništvo poduzimaju radnje (izvide, hitne dokazne radnje ili dokazne radnje, nap. a.) u cilju razjašnjenja te sumnje“ (članak 38. Nacrta prijedloga novele ZKP-a). Sličnu definiciju osumnjičenika u materijalnom smislu sadrži primjerice i austrijski Zakon o kaznenom postupku, koji za konstituiranje osobe osumnjičenikom također više ne zahtijeva postojanje formalnog akta.⁴¹ Njemački Zakonik o kaznenom postupku ne sadrži definiciju osumnjičenika u prethodnom postupku, no u literaturi se ističe da je za stjecanje svojstva osumnjičenika, koje onda povlači mogućnost prakticiranja prava obrane, dostatno da postoje činjenični indikatori sumnje, premda nije propisana točna razina sumnje.⁴² Pri tome valja naglasiti da se osumnjičenika nikada ne može neformalno ispitivati, na način da prethodno nije primio pouku o pravima.⁴³

Stoga je moguće zaključiti da je razlikovanje osumnjičenika u formalnom i materijalnom smislu te prihvatanje pojma osumnjičenika u materijalnom smislu ključno za razumijevanje konvencijskih prava, a i prava koja hrvatsko kazneno pravo mora zajamčiti sukladno zahtjevima Direktive o pravu na pristup odvjetniku.

⁴⁰ Vidjeti Nacrt prijedloga ZKP-a, obrazloženje uz članak 38. (čl. 202. st. 2. t. 1. ZKP-a).

⁴¹ Tako je osumnjičenik osoba koja je na temelju konkretnih činjenica osumnjičena za određeno kazneno djelo te je podvrgnuta istrazi ili se u odnosu na nju primjenjuje prisila uslijed navedene sumnje, § 48 (1) 1 StPO. Bruckmüller, Karin, Austria, u: Schumann, Stefan; Bruckmüller, Karin; Soyer, Richard (eds.) Pre-trial Emergency Defence, Intersentia, 2012, str. 39.

⁴² Schumann, Stefan, Germany, u: Schumann, Stefan; Bruckmüller, Karin; Soyer, Richard (eds.) Pre-trial Emergency Defence, Intersentia, 2012, str. 78.

⁴³ *Ibid.*

2.4. Dopuštena ograničenja prava na branitelja

Konvencijsko pravo na branitelja, iako predstavlja jedno od temeljnih obilježja pravičnog postupka, nije apsolutno, što je Europski sud za ljudska prava istaknuo još u presudi *Poitrinol protiv Francuske*.⁴⁴ To je stajalište potvrđeno u presudi *Salduz*, u kojoj je Europski sud za ljudska prava istaknuo da se pravo na branitelja može ograničiti, s time da će se u slučaju svakog ograničenja postaviti pitanje je li ono bilo opravdano, i ako jest, je li u svjetlu slučaja sagledano u cjelini time bilo narušeno pravo na pravičnost postupka.⁴⁵

Kao i praksa Europskog suda za ljudska prava, i Direktiva o pravu na pristup odvjetniku dopušta mogućnost ograničenja prava na branitelja, no samo u iznimnim situacijama. Tako se pravo na pristup odvjetniku bez nepotrebnog odgađanja odmah nakon oduzimanja slobode može ograničiti samo u iznimnim okolnostima i samo tijekom prethodnog postupka ako to pravo onemogućuje „zemljopisna udaljenost“ (čl. 3. st. 5. Direktive). U točki 30. recitala Direktive navode se primjerice situacije kada je osumnjičenik na prekomorskim područjima ili ako država članica sudjeluje u vojnim operacijama izvan svojeg državnog područja. Međutim „tijekom takvog privremenog odstupanja nadležna tijela ne bi trebala ispitivati dotičnu osobu, niti provoditi ikakve istražne radnje ili radnje prikupljanja dokaza“.

Osim toga, Direktiva, opet samo u iznimnim okolnostima i samo tijekom prethodnog postupka, dopušta privremeno ograničenje sadržaja prava na pristup odvjetniku (iz čl. 6. st. 3. Direktive) „u mjeri u kojoj je to opravdano, s obzirom na posebne okolnosti slučaja,“ u dva slučaja. Prvi se slučaj odnosi na situacije kada „postoji hitna potreba za sprječavanjem ozbiljnih štetnih posljedica po život, slobodu ili fizički integritet osobe“, kada je ispitivanje osumnjičenika moguće i bez nazočnosti branitelja ako je osoba primila pouku o pravu na uskratu iskaza te kada to pravo može ostvariti. Tada se ispitivanje može provesti „samo radi i do mjere potrebne za dobivanje informacija ključnih za sprječavanje ozbiljnih štetnih posljedica po život, slobodu ili fizički integritet osobe“, a „svaka zloupotreba ovog odstupanja u načelu bi mogla nepovratno dovesti u pitanje prava obrane“ (toč. 31. Recitala Direktive). Drugi se slučaj odnosi na situacije kada „je poduzimanje trenutačnog djelovanja istražnih tijela nužno za sprječavanje značajnih opasnosti za kazneni postupak“ (čl. 3. st. 6. Direktive), primjerice radi sprječavanja uništenja ili izmjena ključnih dokaza ili radi sprječavanja utjecaja na svjedoke. Ispitivanje se može provesti pod istim uvjetima kao i u prethodno opisanoj situaciji te „isključivo radi i do mjere potrebne za dobivanje informacija ključnih za sprječavanje značajnih opasnosti za kazneni postupak“ (toč. 32 Recitala Direktive).

⁴⁴ ECHR, *Poitrinol v. France*, 23 November 1993, 14032/88, § 34.

⁴⁵ ECHR GC, *Salduz v. Turkey*, 27 November 2008, 36391/02, § 52.

Iako Direktiva o pravu na pristup odvjetniku, kao i konvencijsko pravo, dopušta ograničenja prava na branitelja, zakonske okvire dopuštenih ograničenja potrebno je postaviti tako da omogućuju njihovu krajnje restriktivnu primjenu. Uostalom, i Direktiva propisuje opće uvjete za provedbu privremenih odstupanja, koji također upućuju na vrlo restriktivno tumačenje i primjenu eventualnih ograničenja prava na pristup odvjetniku (čl. 8. Direktive). Nacrt prijedloga novele ZKP-a nije predvidio moguća ograničenja prava na branitelja, ali je predvidio da branitelj ne može biti osoba koja je u istom predmetu osumnjičena (čl. 70. st. 3. prema čl. 9. Nacrta prijedloga novele ZKP-a).

3. ISPITIVANJE OSUMNJIČENIKA OD STRANE POLICIJE: KLJUČNI TRENUTAK KAZNENOG POSTUPKA I(ILI) PROCESNA „SIVA ZONA“

3.1. Obavijesni razgovor s osumnjičenikom: osvrt na povijesni razvoj i trenutačnu situaciju

Jedna od specifičnosti hrvatskog kaznenog procesnog prava, kao i prava nekih susjednih zemalja s kojima Hrvatska dijeli dio novije pravne tradicije, jesu obavijesni razgovori kao izvidne radnje koje policija poduzima ne samo u odnosu na građane nego i u odnosu na osumnjičenike.⁴⁶ Obavijesni su razgovori već tradicionalno u hrvatskom kaznenom procesnom pravu uređeni kao neformalne radnje policije koje služe prikupljanju dokaza u spoznajnom smislu, a ne „formalnih“ dokaza koji bi se u kaznenom postupku mogli upotrijebiti pri donošenju presude. Riječ je o tradiciji koja seže unatrag gotovo pedeset godina i traje od donošenja novele Zakonika o kaznenom postupku iz 1967. godine. Kao jednu od najvažnijih novina ta je novela donijela novo uređenje položaja i funkcija policije, odnosno rada „organa unutrašnjih poslova“ u vezi s kaznenim postupkom, pa je tako *Bayer* istaknuo da ti organi „u pravilu, djeluju prije početka formalnog krivičnog postupka“ te „da dosljedno tome, za radnje što ih oni vrše u fazi postupka prije početka formalnog krivičnog postupka nisu, u pravilu, propisane zakonske forme: te su radnje u pravilu neformalne“.⁴⁷ Tako organi unutarnjih poslova, prilikom ispitivanja osobe koja je bila sumnjiva da je počinila kazneno djelo, nisu primjenjivali odredbe o ispitivanju okrivljenika te nisu upozoravali na pravo uskrate iskaza.⁴⁸ Zbog toga što te radnje nisu bile pravno normirane, sastavljeni zapisnici i službene zabilješke o rezultatima tih

⁴⁶ Vidjeti Gluščić, Stjepan, Izvidi, istraživanje i istraga, u: Đurđević, Zlata; Gluščić, Stjepan, Kazneno procesno pravo Primjerovnik, Narodne novine, Zagreb, 2014, str. 49 – 50.

⁴⁷ Bayer, Vladimir, Zakonik o krivičnom postupku, Informator, Zagreb, 1968, str. 7 – 8.

⁴⁸ *Ibid.*, str. 11.

radnji nisu imali dokaznu snagu u kaznenom postupku i nisu se smjeli nalaziti u spisu predmeta.⁴⁹

Važno je istaknuti da ni 1967. godine nije bilo dvojbi o tome da je djelatnost policije „od bitne važnosti za uspjeh krivičnog postupka, pa je dakle u najužoj vezi s tim postupkom“.⁵⁰ Uostalom, *Damaška* je još 1962. pisao da „postoji samo jedan cilj ispitivanja okrivljenika, a to je ustanovljenje činjenica važnih za krivični postupak“, s time da „pravna priroda ispitivanja jest u suštini ta da je ono sredstvo za saznanje istine, to jest dokazno sredstvo“.⁵¹ Premda je *Damaška* prihvatio da postoji jedan krug operativne djelatnosti policije koji nema veze s ovlaštenjima iz zakona o kaznenom postupku, s pravom se pitao: „čim policija prelazi u domenu krivičnog postupka i vrši one djelatnosti koje vrši i sudac istražitelj, mogu li za nju vrijediti neka druga pravila različita od onih koja vrijede za suca istražitelja? Nama se čini nemoguće da postoji neki dvostruki moralni kolosijek za vršenje istih radnji jedan za policiju, drugi pak za sudske organe postupka“.⁵² No nekoliko godina poslije donesena novela Zakonika o krivičnom postupku iz 1967. godine, kao što je istaknuto, upravo je donijela dvostruki kolosijek poduzimanja radnje ispitivanja osumnjičenika.

U odnosu na novosti uvedene 1967. godine i *Bayer* ističe da se u vezi s obavijesnim razgovorima s osobom koja je najprije ispitivana kao građanin, ali je potom postala osumnjičenik, „pojavljuje niz pitanja koja nisu zakonom riješena“.⁵³ Pri tome izričito ocjenjuje neprihvatljivim tumačenje da, uslijed nevezanosti na zakonske procesne forme, službenici policije nisu vezani ničime osim odredbama policijskog zakonodavstva. Naime i za *Bayera* je „neprihvatljivo stajalište da za aktivnost različitih državnih organa koji postupaju u slučaju kada je počinjeno krivično djelo vrijede dva različita morala: jedan za istražnog suca kojemu je zabranjeno postupati na određeni način, jer se smatra da bi to vrijeđalo ili moglo povrijediti osobna prava građanina, a drugi za organe unutrašnjih poslova, za koje gotovo sva ta ograničenja ne bi važila, koji bi, prema tome, mogli vršiti i takve akte koji su istražnom sucu izričito zabranjeni“, zaključivši da bi takvo što bilo nemoguće te da su i službenici organa unutrašnjih poslova pri neformalnom ispitivanju osumnjičenika vezani nizom pravila pravne prirode, kao i profesionalne etike.⁵⁴ Dvadesetak godina poslije i *Vasiljević* i *Grubač* smatrali su da su organi unutrašnjih poslova pri obavljanju obavijesnih razgovora bili vezani propisima svoje službe, ali

⁴⁹ *Ibid.*, str. 11 – 12.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Damaška*, Mirjan, Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu, Narodne novine, Zagreb, 1962, str. 54.

⁵² *Ibid.*, str. 92 – 93.

⁵³ *Bayer*, *op. cit.* u bilj. 47, str. 135.

⁵⁴ *Ibid.*, str. 139 – 140.

i osnovnim ustavnim načelima,⁵⁵ dok je *Petrić* isticao da se pri prikupljanju obavijesti od osumnjičenika valjalo postupati „obazrivo“, ne ulazeći u detaljniju analizu.⁵⁶

I danas je aktualna *Bayerova* kritika nekadašnjeg zakonskog rješenja prema kojemu ovlaštena službena osoba organa unutrašnjih poslova nije morala osumnjičenika upozoriti da nije dužan iznijeti obranu niti odgovarati na postavljena pitanja, kao što je to morao istražni sudac, jer „onaj isti humani motiv (razlog) koji je potakao zakonodavca da propiše da osumnjičenik i okrivljenik nisu dužni iskazivat kada ih ispituje istražni sudac, postoji i u slučaju kada ispitivanje vrši ovlaštena službena osoba organa u. p. Taj razlog se sastoji u humanom stanovištu da se ni od koga ne može tražiti da sam protiv sebe doprinosi dokaze („*nemo prodere se ipsum tenetur*“).⁵⁷ I *Vasiljević* i *Grubač* upozoravali su na isti problem.⁵⁸

Današnje uređenje radnje ispitivanja osumnjičenika u biti počiva na konceptu usvojenom 1967. godine, pa tako u hrvatskom kaznenom postupku postoje dva kolosijeka ispitivanja osumnjičenika. Na jednom kolosijeku državni odvjetnik i istražitelj provode ispitivanje okrivljenika sukladno odredbama članka 272. – 282. ZKP-a, a najteže povrede procesne forme povlače najtežu kaznenoprocenopravnu sankciju – nezakonitost pribavljenog dokaza. Štoviše, ako je zapisnik o ispitivanju okrivljenika prema članku 281. ZKP-a nezakoniti dokaz, primjenom doktrine plodova otrovne vočke nezakoniti su i svi dokazi do kojih se došlo na temelju iskaza okrivljenika (čl. 10. st. 2. toč. 4. ZKP-a).

Na drugom kolosijeku policija provodi obavijesne razgovore, tzv. neformalno ispitivanje osumnjičenika. Zakon o kaznenom postupku propisuje da policija prikuplja obavijesti od građana, koje ne može ispitivati u svojstvu okrivljenika, svjedoka ili vještaka (čl. 208. st. 1. ZKP-a). Međutim policija obavijesne razgovore, osim s građanima, poduzima i u odnosu na osumnjičenika, pri čemu valja razlikovati tri moguće situacije. Prva, kada policija obavlja obavijesni razgovor s osumnjičenikom koji se odazvao pozivu, osumnjičenik ne dobiva nikakvu pouku o pravima (čl. 208. st. 1. ZKP-a). Drugim riječima, policija mu ne mora priopćiti razloge pozivanja ni osnove sumnje protiv njega niti ga poučiti o pravu na uskratu iskaza, kao ni o pravu na branitelja. Druga situacija jest kada policija obavlja obavijesne razgovore s prisilno dovedenim osumnjičenikom. Tada se osumnjičeniku, tek kada je prisilno doveden u policijske prostorije, daje pouka o pravima (čl. 208. st. 5. ZKP-a), koja ne uključuje

⁵⁵ Vasiljević, Tihomir; Grubač, Momčilo, Komentar Zakona o krivičnom postupku, Savremena administracija, Beograd, 1990, str. 202.

⁵⁶ Petrić, Branko, Komentar Zakona o krivičnom postupku, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, str. 285.

⁵⁷ Bayer, *op. cit.* u bilj. 47, str. 143.

⁵⁸ Vasiljević, Grubač, *op. cit.* u bilj. 55, str. 204.

pouku o pravu na branitelja. Treća situacija jest kada policija obavijesne razgovora provodi prema uhićeniku. Uhićenik tada dobiva pisanu pouku o pravima, koja uključuje i pravo na branitelja (čl. 108.a st. 1. ZKP-a), no ta pouka ne sadrži informaciju o uhićenikovu pravu da slobodno, neometano i bez nadzora razgovara s braniteljem u trajanju do trideset minuta (čl. 108. st. 7. ZKP-a) i prije eventualnog ispitivanja od strane policije, a ne samo ispitivanja od strane državnog odvjetnika ili istražitelja. Zakon o kaznenom postupku uopće ne propisuje pravo uhićenika na branitelja tijekom obavijesnih razgovora, koje policija obavlja s uhićenikom za vrijeme trajanja te mjere. Imajući u vidu da Direktiva o pravu na pristup odvjetniku nameće obvezu osiguranja prava na pristup branitelju i prije svakog policijskog ispitivanja i od trenutka lišenja slobode, jasno je da trenutačno zakonsko uređenje zahtijeva zakonodavnu intervenciju u svrhu implementacije Direktive.

3.2. Pogled iz poredbenopravne perspektive

U Hrvatskoj već desetljećima vrijedi uistinu specifično uređenje obavijesnih razgovora s osumnjičenikom, posebice gledano iz perspektive poredbenog zakonodavstva i kaznenoprocenopravne teorije. S jedne strane vođenje obavijesnih razgovora, ili neformalno ispitivanje, u poredbenom se pravu vezuje uz ispitivanje građana, a ne svjedoka, osumnjičenika ili okrivljenika, u svrhu razjašnjenja radi li se u konkretnom slučaju uopće o činjenicama koje zahtijevaju intervenciju tijela kaznenog postupka.⁵⁹ S druge strane pojam ispitivanja u poredbenom pravu i sudskoj praksi podrazumijeva svako ispitivanje „kada ispitivač suočava okrivljenika u službenom svojstvu i u tom svojstvu od njega zahtijeva informacije“.⁶⁰ Pod pojmom ispitivanja ne podrazumijeva se samo ono ispitivanje koje se poduzima uz određene formalnosti.⁶¹ Nasuprot pojmu formalnog ispitivanja, njemačka kaznenoprocenopravna teorija pod funkcionalnim pojmom ispitivanja podrazumijeva situacije kada tijelo kaznenog postupka „na ciljani način, otvoreno ili prikriveno, izravno ili neizravno, inducira izjave okrivljenika“.⁶²

⁵⁹ Schlegel, Stephan, *Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum schweizerischen und deutschen Recht*, Schulthess, 2010, str. 146.

⁶⁰ BGH, Beschluss v. 13. 5. 1996., cit. prema Bley, Rita, *Vernehmer und Beschuldigte in Interaktion. Eine explorative Analyse von vernehmungen in Kindesmisshandlungsfällen*, Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt, 2012, str. 7.

⁶¹ Schlegel, *op. cit.* u bilj. 59, str. 147.

⁶² *Ibid.*, str. 146 – 147.

Ono što je zajedničko svim poredbenopravnim sustavima jest da upravo prvo ispitivanje može usmjeriti tijek kaznenog postupka, bez obzira na specifičnosti pojedinih zakonskih uređenja.

U njemačkom pravu obavijesni razgovori (*informativische Befragungen* ili *formlosen Vorgesprächen*) mogu se voditi samo s građanima, a ne i s osumnjičenicima.⁶³ Prvo policijsko ispitivanje okrivljenika od ključne je važnosti, jer premda je državno odvjetništvo formalni gospodar istrage, policija uglavnom samostalno istražuje laka i srednje teška kaznena djela.⁶⁴ Štoviše, u većini slučajeva osumnjičenika tijekom istrage ispita samo policija, a upravo taj iskaz utječe na odluku državnog odvjetnika o podizanju optužnice.⁶⁵ Premda se osumnjičenik može ispitati isključivo formalno,⁶⁶ kada ga ispituje policija, za razliku od situacije kada ga ispituje državni odvjetnik ili sudac, osumnjičeniku nije zajamčeno pravo na branitelja, no ima pravo uskratiti iskaz i može ispitivanje uvjetovati prisutnošću branitelja.⁶⁷ Pisani zapisnik o policijskom ili državnoodvjetničkom ispitivanju okrivljenika u pravilu se ne čita kao isprava na raspravi, osim u svrhu izdvajanja iz spisa predmeta (čl. 163a (2) StPO-a),⁶⁸ odnosno da bi se razjasnile nedosljednosti (čl. 254. StPO-a), u kojem se slučaju kod donošenja presude koristi samo taj potonji iskaz.⁶⁹ Međutim zakon predviđa mogućnost da se policijski službenik o sadržaju danog iskaza ispita u svojstvu svjedoka po čuvenju (čl. 250. StPO-a i čl. 136.a(3) StPO-a).⁷⁰ Dakle u njemačkom se pravu zapisnici o policijskom ispitivanju neizravno koriste kao dokaz na raspravi te mogu i znatno utjecati na odluku u predmetu.⁷¹ No ako je osumnjičenik bio neformalno ispitan pa mu je time uskraćen formalni položaj osumnjičenika i sva prava koja se uz taj položaj vežu (sukladno § 136(1) StPO-a), dokazi pribavljeni tako provedenom radnjom ne mogu se upotrijebiti pred sudom.⁷²

⁶³ Eisenberg, Ulrich, *Beweisrecht der StPO*, Verlag C. H. Beck, München, 2013, str. 182.

⁶⁴ Rohne, Ines, *Notwendige Verteidigung und Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, str. 96.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 97.

⁶⁶ Schumann, *op. cit.* u bilj. 42, str. 388.

⁶⁷ Weigend, Thomas, Germany, in: Ligeti, Katalin (ed.), *Toward a prosecutor for the European Union*, Volume 1, Hart Publishing, 2013, str. 271.

⁶⁸ Rohne, *op. cit.* u bilj. 64, str. 118.

⁶⁹ Schlegel, *op. cit.* u bilj. 59, str. 159.

⁷⁰ Weigend, Thomas; Salditt, Franz, *The investigative stage of criminal proces sin Germany*, u: Cape, Ed; Hodgson, Jacqueline; Prakken, Ties; Spronken, Taru (eds.), *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Intersentia, 2007, str. 95.

⁷¹ Schlegel, *op. cit.* u bilj. 59, str. 160.

⁷² Schumann, *op. cit.* u bilj. 42, str. 79.

U švicarskom pravu zapisnici o policijskom ispitivanju imaju znatno veću važnost nego u njemačkom pravu, budući da se mogu izravno koristiti kao dokaz u kaznenom postupku.⁷³

Posebno je zanimljiv francuski primjer, jer je tamošnji zakonodavac 2011. godine reformirao tradicionalni režim policijskog zadržavanja (*garde á vue*) upravo pod utjecajem judikature Europskog suda za ljudska prava, konkretno doktrine *Salduz*. Tako osumnjičenik, među ostalim, ima pravo na branitelja tijekom ispitivanja te pravo na uskratu iskaza, kao i audio-video snimanje ispitivanja. Osumnjičeniku je pravo na branitelja zajamčeno od prvog trenutka lišenja slobode, kao i pravo da s njime prije ispitivanja razgovara u trajanju od 30 minuta.⁷⁴

U austrijskom pravu, koje, kao što je spomenuto, osumnjičenika definira u materijalnom smislu, od trenutka kada dozna za činjenice na kojima se temelji sumnja protiv određene osobe policija ispitivanje mora provoditi po propisanoj formi te ne može više s tom osobom obavljati obavijesne razgovore.⁷⁵ Pri tome osumnjičenik ima zajamčena sva prava obrane bez obzira na to ispituje li ga policija, državni odvjetnik ili sud te mora biti poučen o svojim pravima od trenutka kada je postao osumnjičenik.⁷⁶ Austrijski zakonodavac dosljedno provodi to pravilo propisujući da, ako policija osumnjičenika ispita neformalno, dakle u trenutku kada ga već tereti konkretna sumnja da je počinio kazneno djelo, svi dokazi pribavljeni tom radnjom bit će nezakoniti.⁷⁷

U talijanskom pravu policija može pozvati i ispitivati okrivljenika. Okrivljenik se mora odazvati pozivu, no zajamčeno mu je pravo na uskratu iskaza. Posebno treba naglasiti da je prilikom policijskog ispitivanja obvezatna nazočnost branitelja, pa ako ga okrivljenik ne odredi, postavlja ga policija po službenoj dužnosti. Ipak, policija uopće ne može ispitivati okrivljenika koji je uhićen ili pritvoren,⁷⁸ nego to mogu samo državni odvjetnik ili sudac.⁷⁹

Kratka poredbenopravni osvrt pruža osnovu za zaključak da je inicijalno policijsko ispitivanje osumnjičenika u načelu uređeno, jer je nerijetko ključno i predstavlja okosnicu cijelog slučaja, i to bez obzira na formalnu ulogu policije

⁷³ Schlegel, *op. cit.* u bilj. 59, str. 156 i 160.

⁷⁴ Tricot, Juliette, France, in: Ligeti, Katalin (ed.), *Toward a prosecutor for the European Union*, Volume 1, Hart Publishing, 2013, str. 233.

⁷⁵ Bruckmüller, *op. cit.* u bilj. 31, str. 39.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, str. 40.

⁷⁸ Illuminati, Giulio; Caianiello, Michele, *The Investigative stage of the criminal process in Italy*, u: Cape, Ed; Hodgson, Jacqueline; Prakken, Ties; Spronken, Taru (eds.), *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Intersentia, 2007, str. 135.

⁷⁹ Ruggieri, Francesca; Marcolini, Stefano, Italy, in: Ligeti, Katalin (ed.), *Toward a prosecutor for the European Union*, Volume 1, Hart Publishing, 2013, str. 390.

u nekom nacionalnom kaznenom postupku.⁸⁰ Pri tome je pitanje upotrebljivosti dokaza različito uređeno u različitim pravnim sustavima.⁸¹ U svakom slučaju, prvo policijsko ispitivanje nakon počinjenja kaznenog djela nudi veliki potencijal za istraživanje činjenica, pa bez obzira na (ne)upotrebljivost kao dokaza samog zapisnika o provedenom ispitivanju, ono omogućuje pronalaženje i osiguranje daljnjih dokaza koji će se koristiti u postupku, pa i za osudu.⁸² Štoviše, u situaciji kada nema drugih dokaza upravo dokazi do kojih se došlo na temelju prvog policijskog ispitivanja mogu biti ključni za osudu.⁸³ Stoga se po prirodi stvari, a ne samo s obzirom na zahtjeve Direktive o pravu na pristup odvjetniku, nameće zaključak da je svaku radnju ispitivanja osumnjičenika potrebno regulirati pravnim normama, pa tako i inicijalno ispitivanje od strane policije.

3.3. Potreba uređenja (formaliziranja) radnje ispitivanja osumnjičenika

3.3.1. Cilj propisivanja procesne forme

Hrvatski Zakon o kaznenom postupku ne propisuje procesnu formu poduzimanja obavijesnih razgovora, a njihovi se izravni rezultati, to jest službene zabilješke, ne mogu upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku. No dokazi do kojih se došlo na temelju saznanja pribavljenih obavijesnim razgovorima ostaju u spisu, štoviše, mogu poslužiti donošenju osuđujuće presude. Na taj način obavijesni razgovori mogu predstavljati temelj na kojem će policija i druga tijela kaznenog postupka izgraditi cijeli predmet. *Damaška* je još 1962. godine pisao kako je priznanje „samo sredstvo da se dođe do daljnjih dokaza... Kad se ti daljnji dokazi otkriju, priznanje ponekad više nije potrebno, pa se ni ne predlaže sudu kao dokaz“.⁸⁴ Hoće li se zapisnik o okrivljenikovu iskazu ili službene zabilješke o obavijesnom razgovoru s osumnjičenikom moći koristiti kao dokaz, jedno je pitanje, dok je drugo pitanje korištenja dokaza za koje se saznalo iz ispitivanja osumnjičenika.

Ostvarivanje prava na branitelja podrazumijeva i poštivanje drugih prava, poput prava osumnjičenika da prije ispitivanja bude upoznat s osnovama sum-

⁸⁰ ECHR, *Dougan v. the United Kingdom*, 14 December 1999, 44738/98; *Brennan v. the United Kingdom*, 16 October 2001, 39846/98. Vidjeti Cape, Hodgson, Prakken, Spronken, *op. cit.* u bilj. 16, str. 19.

⁸¹ ECHR, *Brennan v. the United Kingdom*, 16 October 2001, 39846/98, § 51.

⁸² Schlegel, *op. cit.* u bilj. 59, str. 150.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Damaška, op. cit.* u bilj. 51, str. 205.

nje, kao i prava na uskratu iskaza. Danas u konvencijskom pravu nije sporno da privilegij protiv samooptuživanja, koji proizlazi iz članka 6. stavka 1. i 2. Europske konvencije, vrijedi u odnosu na verbalne izjave okrivljenika dane pred tijelima kaznenog postupka.⁸⁵ Dakako, privilegij protiv samooptuživanja moguće je tumačiti i šire, kao jamstvo autonomne odluke o sudjelovanju u vlastitom kaznenom progonu.⁸⁶ No, bez ulaženja u kompleksne analize, moguće je zadržati se na konstataciji da verbalni iskazi pred tijelima kaznenog postupka, pa i oni koji mogu poslužiti za pribavljanje drugih dokaza upotrebljivih pred sudom, nedvojbeno ulaze pod doseg privilegija protiv samooptuživanja, pa i u tom smislu svaku radnju ispitivanja osumnjičenika treba zakonski regulirati.

Formaliziranje radnje svakog, pa i policijskog ispitivanja osumnjičenika, nameće se kao prirodno imamo li u vidu trojaki cilj propisivanja procesne forme: 1) jamčenje osobnih i imovinskih prava građana, uključujući i okrivljenika, odnosno osumnjičenika, 2) postizanje dobre kvalitete radnje te 3) osiguranje rezultata procesnih radnji za kasniji tijek postupka.⁸⁷ Rezultati radnji poduzetih u skladu s propisanom procesnom formom, u skladu s jamstvima osobnih i imovinskih prava te dobre kvalitete, u principu bi poslije tijekom postupka bili upotrebljivi kao dokazi, dakle u svrhu utvrđivanja činjenica i kontrole valjanosti poduzetih radnji.⁸⁸ Drugim riječima, otvara se pitanje mogućnosti korištenja kao dokaza u kaznenom postupku rezultata strogo propisane radnje ispitivanja osumnjičenika koju poduzima policija. Ono će se razmotriti nakon kratkog osvrta na uređenje ispitivanja osumnjičenika od strane policije, kako ga predviđa Nacrt prijedloga novele ZKP-a.

3.3.2. Forma ispitivanja osumnjičenika od strane policije

Vodeći računa o konvencijskim obvezama i zahtjevima Direktive o pravu na pristup odvjetniku, Nacrt prijedloga novele ZKP-a predvidio je formaliziranje svakog ispitivanja osumnjičenika od strane policije. Tako bi policija obavijesne razgovore mogla voditi isključivo s građanima, a ne i s osumnjičenikom (čl. 208. st. 1. ZKP-a prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a). Osumnjičenik, koji je definiran u materijalnom smislu, već bi u pozivu koji mu

⁸⁵ ECHR, *Saunders v. the United Kingdom*, 17 Decembre 1996, 19187/91. Krapac, *op. cit.* u bilj. 38, str. 238.

⁸⁶ Schlegel, Stephan, *op. cit.* u bilj. 59, str. 147. Opširnije vidjeti Choo, Andrew L-T, *The privilege against self-incrimination and criminal justice*, Hart Publishing, 2013, str. 63 – 70.

⁸⁷ Krapac, *op. cit.* u bilj. 38, str. 9. Vidjeti i Bayer, Vladimir, *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja*, Knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava (priredio Davor Krapac), Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1995, str. 258.

⁸⁸ Krapac, *op. cit.* u bilj. 38, str. 9.

upućuje policija bio upozoren na razloge pozivanja i osnove sumnje (čl. 208. st. 6. ZKP-a prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a). Osim toga, sukladno izričitom zahtjevu Direktive, osumnjičenik bi bio već u pisanom pozivu poučen na pravo na branitelja, kao i na pravo na tumačenje i prevođenje sukladno ZKP-u, pravo na uskratu iskaza i pravo da napusti službene prostorije, osim u slučaju uhićenja. Prijedlog je predvidio primjenu općih pravila o obvezatnoj obrani, no u ostalim situacijama osumnjičenik bi mogao odabrati da se brani sam. U tom bi ga slučaju policijski službenik bio dužan na jednostavan i razumljiv način upoznati sa značenjem prava na branitelja i posljedicama odricanja od tog prava, pa ako osumnjičenik i nakon toga ne bi želio uzeti branitelja, ispitivanje bi se moglo provesti (članak 65. st. 2. prema čl. 7. Prijedloga nacrta novele ZKP-a i čl. 208. st. 9. ZKP-a prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a), osim kada se primjenjuju pravila o obvezatnoj obrani. Odricanje od prava na branitelja mora biti dobrovoljno i nedvosmisleno te zabilježeno audio-video snimkom, kao, uostalom, i cijelo ispitivanje.

Policija je o pozivanju i prisilnom dovođenju osumnjičenika dužna obavijestiti državnog odvjetnika, koji može odlučiti da sam ispita osumnjičenika (čl. 208. st. 7. ZKP-a prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a). Predviđen je i postupak uzimanja branitelja po vlastitom izboru (čl. 208. st. 10. ZKP-a prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a).

Pravila o ispitivanju osumnjičenika primjenjivala bi se i na uhićenika kojega ispituje policija, s time da bi policija prije svakog ispitivanja o tome morala obavijestiti državnog odvjetnika, koji bi mogao preuzeti ispitivanje. Ako bi se radilo o kaznenom djelu iz nadležnosti županijskog suda, državni bi odvjetnik u svakom slučaju morao ponovno ispitati osumnjičenika, a u ostalim slučajevima to bi bila mogućnost (čl. 109. st. 6. ZKP-a prema Nacrtu prijedloga novele ZKP-a). Rokovi za ispitivanje ostaju šesnaest, odnosno dvanaest sati od predaje pritvorskom nadzorniku.

Kao što je istaknuto, policija bi i dalje mogla pozivati na obavijesne razgovore građane, uključujući, dakako, i osobe koje u trenutku pozivanja još ne bi bile osumnjičenici, no koje bi to eventualno mogle naknadno postati, ako se u odnosu na njih tijekom ispitivanja pojave osnove sumnje. Drugim riječima, uređenje ispitivanja osumnjičenika ne bi policiju ograničilo u mogućnosti provođenja obavijesnih razgovora s građanima kao važne operativne djelatnosti. Pri tome, kao i prema važećem uređenju, policija građane ne bi mogla ispitivati u svojstvu svjedoka ili vještaka, a obavijesni bi razgovori i dalje predstavljali neformalno ispitivanje o kojemu bi policijski službenici sastavljali službenu zabilješku. Međutim, ako bi tijekom ispitivanja u odnosu na građanina koji se odazvao pozivu na obavijesni razgovor nastala sumnja da je počinio kazneno djelo, prikupljanje obavijesti moralo bi se prekinuti, a ispitivanje bi se moglo nastaviti samo primjenom pravila o ispitivanju osumnjičenika (čl. 208. st. 11. ZKP-a prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a).

Pitanje u kojem trenutku određena osoba postaje osumnjičenik za kazneno djelo vjerojatno je posebno izazovno za tijela kaznenog postupka. No na to je pitanje moguće naći odgovore u poredbenom pravu, kako u zakonodavstvu, tako i u praksi. U austrijskom pravu građanin postaje osumnjičenik „kada se utvrde objektivne činjenice, koje bi bile očite objektivnom promatraču, i koje na osobu koja se ispituje stavljaju konkretnu sumnju da je moguće bila umiješana u počinjenje kaznenog djela“.⁸⁹ Od tog trenutka više nije moguće poduzeti obavijesni razgovor,⁹⁰ nego samo ispitivanje, a osoba postaje osumnjičenik s pravima obrane.

3.3.3. *Upotrebljivost iskaza dobivenog ispitivanjem osumnjičenika od strane policije*

Osim proklamacije prava osumnjičenika na branitelja, još je jedna važna zadaća stavljena pred hrvatskog zakonodavca: da osigura učinkovit kontrolni mehanizam nad poštivanjem proklamiranog prava. Način na koji kazneno procesno pravo sankcionira povrede procesne forme jest propisivanjem procesnih sankcija.⁹¹ Za slučajeve najtežih povreda procesne forme Zakon o kaznenom postupku kao procesnu sankciju propisuje neupotrebljivost rezultata procesne radnje,⁹² to jest ekskluzijsko pravilo, koje podrazumijeva izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta. Smisao takve sankcije, koja pogađa tijek samog postupka, a ne onoga koji je svojom radnjom povrijedio procesnu formu, jest dvojak: „da iz tijeka kaznenog postupka eliminira rezultate nepopravljivih procesnih radnji, a da na subjekte, odnosno sudionike kaznenog postupka, djeluje preventivno“.⁹³ Kroz sustav nezakonitih dokaza osigurava se zaštita temeljnih ljudskih prava u kaznenom postupku.⁹⁴

Dosljedno ujednačavanje standarda provođenja radnje ispitivanja okrivljenika pred državnim odvjetništvom i pred policijom zahtijeva i izjednačavanje procesnih sankcija za iste, najteže povrede procesne forme. Zakon o kaznenom

⁸⁹ Vidjeti Bruckmüller, *op. cit.* u bilj. 41, str. 40.

⁹⁰ Kert, Robert; Lehner, Andrea, Austria, in: Ligeti, Katalin (ed.), *Toward a prosecutor for the European Union*, Volume 1, Hart Publishing, 2013, str. 20.

⁹¹ Moguće je sankcioniranje i u okviru materijalnog kaznenog prava, kroz pojedine inkriminacije, poput kaznenog djela nezakonite pretrage, a i kroz stegovnu odgovornost. Šugman Stubbs, Katja; Gorkič, Primož, *Dokazovanje v kazenskem postopku*, GV Založba, Ljubljana 2011, str. 265.

⁹² Krapac, *op. cit.* u bilj. 38, str. 281.

⁹³ *Ibid.* Vidjeti i Šugman, Gorkič, *op. cit.* u bilj. 91, str. 266.

⁹⁴ Opširnije vidjeti Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, *Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2(2008), str. 974. i slj.

postupku već propisuje situacije u kojima će iskaz okrivljenika biti *ex lege* nezakoniti dokaz (čl. 181. ZKP-a), a procesnu sankciju izdvajanja svih dokaza pribavljenih na temelju iskaza osumnjičenika koji nije bio propisno ispitivan predviđa primjerice i austrijsko pravo.

Pri tome se postavlja pitanje treba li branitelj imati posebnu ulogu kada je riječ o kriterijima upotrebljivosti iskaza osumnjičenika pribavljenog policijskim ispitivanjem kao dokaza u kaznenom postupku. Za razliku od Zakona o kaznenom postupku iz 1997., koji je predviđao mogućnost da policija „formalno“ ispita osumnjičenika koji je odlučio uzeti branitelja (čl. 177. st. 5. ZKP/97), pa se onda zapisnik o ispitivanju mogao koristiti kao dokaz u kaznenom postupku,⁹⁵ u Prijedlogu nacрта novele ZKP-a nije prihvaćena ta opcija. Naime propisivanje mogućnosti da se kao dokaz koristi samo zapisnik, odnosno snimka o ispitivanju u nazočnosti branitelja, značilo bi ponovno uvođenje dva različita režima ispitivanja od strane policije, koji bi ovisio o tome želi li okrivljenik prakticirati jedno od svojih temeljnih prava na obranu, to jest prava na branitelja, pa ako želi, njegov bi se iskaz mogao koristiti kao dokaz, a u protivnome ne bi. Štoviše, pitanje upotrebljivosti nekog dokaza koji je tijelo kaznenog postupka pribavilo u zakonom propisanoj formi ne bi trebalo biti stavljeno na dispoziciju stranaka, pa tako ni okrivljenika. Temeljno je polazište da i osumnjičenik koji je odlučio da se brani sam, kao i onaj koji je odlučio koristiti se pravom na branitelja, moraju imati jednake mogućnosti korištenja svim drugim pravima i jednaku kvalitetu zaštite prava, što u biti znači da valja propisati jedinstveni režim ispitivanja osumnjičenika i kontrole zakonitosti provedene radnje.

Pitanje upotrebljivosti zapisnika o policijskom ispitivanju kao dokaza u kaznenom postupku treba sagledati imajući u vidu da je jedan aspekt trojakog cilja propisivanja procesne forme, uz poštivanje osobnih prava i postizanja dobre kvalitete radnje, upravo mogućnost korištenja rezultata te radnje u kasnijem tijeku postupka. Je li neka radnja poduzeta u propisanoj formi, inače kontrolira ponajprije sud u kaznenom postupku kroz dokaze. Konkretno, je li radnja ispitivanja okrivljenika poduzeta u formi trenutačno propisanoj važećim Zakonom o kaznenom postupku, kontrolira sud, i to čitanjem zapisnika te gledanjem i slušanjem sačinjene audio-video snimke ispitivanja. Dakle zapisnik i snimka se koriste kao dokazi u kaznenom postupku i upravo je njihovim korištenjem pred sudom osigurana ne samo mogućnost utvrđivanja činjenica nego i kontrolabilnost poštivanja propisane procesne forme od strane tijela kaznenog postupka koje je radnju provelo. Ako se utvrdi da prilikom poduzimanja ispitivanja okrivljenika nisu poštivana najvažnija pravila forme, rezultat te radnje, audio-video snimku i zapisnik o ispitivanju sustići će najteža procesna

⁹⁵ Vidjeti i Đurđević, Zlata, Croatia, u: Schumann, Stefan; Bruckmüller, Karin; Soyer, Richard (eds.) Pre-trial Emergency Defence, Intersentia, 2012, str. 66.

sankcija, a to je nezakonitost dokaza. Štoviše, primjenom doktrine plodova otrovne voćke nezakoniti će biti i svi dokazi do kojih se došlo na temelju nezakonito pribavljenog iskaza te će se i oni izdvojiti iz spisa predmeta. Imajući u vidu da je osnovna svrha izdvajanja upravo u tome da se u odnosu na tijela kaznenog postupka sudskim putem postave standardi ponašanja,⁹⁶ pogotovo kada je riječ o temeljnim ljudskim pravima, izdvajanje se nameće kao jedino rješenje. Stoga je i Nacrt prijedloga novele ZKP-a propisao upravo tu najtežu procesnu sankciju za najteže povrede procesne forme ispitivanja osumnjičenika od strane policije (čl. 208. st. 14. prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a).

3.3.4. Prednost audio-video snimke pred klasičnim zapisnikom o ispitivanju

Do donošenja novog Zakona o kaznenom postupku 2008. godine o istražnoj radnji ispitivanja okrivljenika istražni je sudac sastavljao zapisnik. I policija je u situacijama u kojima je ispitivala osumnjičenika u nazočnosti branitelja sastavljala pisani zapisnik. Međutim iz zapisnika je teško vidjeti kako je ispitivač došao do iskaza, budući da sadržaj zapisnika ovisi o tome kako ga je upravo ispitivač formulirao, a ujedno su ograničene mogućnosti prigovora i drugih intervencija okrivljenika.⁹⁷ I osude Republike Hrvatske od strane Europskog suda za ljudska prava u predmetima *Mađer* i *Šebalj* upozorile su na to da zapisnici o formalnom ispitivanju nisu najbolje jamstvo poštivanja procesne forme niti uvijek omogućuju naknadnu učinkovitu kontrolu poduzete radnje ispitivanja osumnjičenika, čak i u situacijama kada je ispitivanje vođeno u prisutnosti branitelja.

Pitanje zapisnika to je važnije ako se ima u vidu da policija prilikom ispitivanja primjenjuje različite metode u cilju dobivanja priznanja, pri čemu će osumnjičenik, posebice ako nema branitelja, teško razaznati dopuštena od zabranjenih pitanja (primjerice sugestivna ili kaptiozna pitanja), kao i dopuštene od zabranjenih metoda (primjerice uporabu obmane).⁹⁸ Stoga audio-video snimanje svakog, a ne samo prvog ispitivanja okrivljenika, predstavlja snažno jamstvo osiguranja poštivanja prava obrane i dobre kvalitete radnje, a pruža i mogućnost naknadne učinkovite kontrole poštivanja procesne forme. Rješenje koje predviđa Nacrt prijedloga novele ZKP-a, prema kojemu bi se snimalo svako ispitivanje osumnjičenika i okrivljenika, i kada ga provodi policija (čl. 208. st. 12 ZKP-a prema čl. 43. Nacrta prijedloga novele ZKP-a), može se sma-

⁹⁶ Damaška, *op. cit.* u bilj. 51, str. 204.

⁹⁷ Rohne, *op. cit.* u bilj. 64, str. 103.

⁹⁸ *Ibid.*, str. 99.

trati naprednim. Tako primjerice austrijsko pravo predviđa samo mogućnost audio ili audio-video snimanja prvog ispitivanja osumnjičenika, s time da se preporučuje snimanje ispitivanja kojemu nije nazočan branitelj.⁹⁹ Snimanje se u svakom slučaju smatra poželjnim jer štiti osumnjičeničeva prava, a i policiju od lažnih optužaba za zlouporabe.¹⁰⁰ U tom smislu snimka u velikoj mjeri pridonosi ostvarivanju trojakog cilja propisivanja procesne forme radnje ispitivanja okrivljenika.

4. UMJESTO ZAKLJUČKA: O NUŽNOSTI CJELOVITOG I SVEOBUHVAATNOG PRISTUPA UREĐENJU PRAVA NA BRANITELJA

Zaključno, potrebno se osvrnuti na kompleksnost i višedimenzionalnost prava na branitelja, čija je uloga iznimno važna u inicijalnoj fazi kaznenog postupka, a posebice pri ispitivanju osumnjičenika. U poredbenom pravu čak postoje sustavi koji propisuju obvezatnu obranu pri svakom ispitivanju od strane policije (primjerice talijansko pravo), a hrvatsko je pravo do donošenja novog Zakona o kaznenom postupku 2008. godine nazočnošću branitelja uvjetovalo upotrebljivost zapisnika o policijskom ispitivanju kao dokaza u kaznenom postupku. No, ako krenemo od polazišta da okrivljenik kao subjekt kaznenog postupka ima pravo odlučiti hoće li se i u kojem opsegu koristiti svojim pravima, pa tako i pravom na branitelja, dolazimo do zaključka da situacije obvezatne obrane ne trebaju biti postavljene preširoko.¹⁰¹ I dok bi obvezatna obrana pri svakom policijskom ispitivanju, bez obzira na to je li riječ o osumnjičeniku ili uhićeniku, zasigurno znatno proširila postojeći koncept obvezatne obrane, obvezatna obrana pri policijskom ispitivanju svakog uhićenika ili pritvorenika mogla bi se opravdati posebno osjetljivom situacijom u kojoj se nalazi svaka osoba lišena slobode.

Prihvaćanje znatno šireg koncepta obvezatne obrane od trenutačno postojećeg zahtijevalo bi temeljito restrukturiranje postojećeg mehanizma obrane po službenoj dužnosti, koji se kroz osude Republike Hrvatske u predmetima *Mađer, Šebalj i Dvorski* pokazao problematičnim. Osim toga, osiguranje učinkovitog ostvarivanja prava na branitelja uvjetovano je dobro koncipiranim i funkcionalnim sustavom besplatne pravne pomoći. Hrvatska je zbog povrede tog segmenta prava na branitelja osuđena pred Europskim sudom za ljudska prava još u presudi *Prežec*,¹⁰² a usprkos zakonodavnim intervencijama koje

⁹⁹ Bruckmüller, *op. cit.* u bilj. 41, str. 52.

¹⁰⁰ *Ibid.*, str. 52 – 53.

¹⁰¹ Rohne, *op. cit.* u bilj. 64, str. 87.

¹⁰² ECHR, *Prežec v. Croatia*, 15 October 2009, 48185/07.

su uslijedile postojeće uređenje besplatne pravne pomoći i dalje trpi ozbiljne kritike, ponajprije zbog toga što se to pravo može ostvariti u istrazi, ali ne i tijekom istraživanja, te zbog birokratiziranog postupka utvrđivanja tog prava.¹⁰³ Iako se nedostatno uređenje prava na besplatnog branitelja donekle kompenzira institutom obvezatne obrane, posebice u najranijoj fazi postupka, uvođenje obvezne obrane neće riješiti problem.

Dakle pravo na branitelja, kao kompleksno konvencijsko i ustavno pravo, zahtijeva cjelovito legislativno uređenje, a ne parcijalna rješenja, pa se u tom smislu može uputiti ozbiljan prigovor Prijedlogu nacrta novele ZKP-a. Ako sustav ne osigurava besplatnu pravnu pomoć onima kojima je potrebna i u najranijoj fazi kaznenog postupka, time će biti uskraćeno i pravo na pravni savjet. Nažalost, ta su dva segmenta prava na branitelja i u legislativi Europske unije razdvojena, vjerojatno ponajprije iz pragmatičnih razloga – da razmatranje financijskih pitanja ne bi ometalo diskusije o pravu na branitelja, odnosno pristupu odvjetniku.¹⁰⁴ Ni praksa Europskog suda za ljudska prava glede prava na besplatnog branitelja ne postavlja striktno standarde koji bi omogućili ostvarivanje tog prava u ranijim fazama kaznenog postupka.

Moguće je zaključiti da Nacrt prijedloga novele ZKP-a donosi pozitivan pomak u odnosu na trenutačno uređenje jer pomiče granice prava na branitelja u najraniju fazu postupka, a ujedno predviđa najučinkovitiji mehanizam procesne kontrole nad ostvarivanjem tog prava, kao i najstrože procesne sankcije za slučaj povrede. Policija u hrvatskom kaznenom postupku, uostalom, kao i u nizu europskih pravnih sustava, uistinu ima iznimno važnu ulogu. Rezultati policijskih izvida, konkretno obavijesnih razgovora s osumnjičenikom, kao i dokaznih radnji koje policija poduzima na temelju ZKP-a, nerijetko determiniraju tijek kaznenog postupka. Stoga je sasvim pogrešno shvaćanje da su obavijesni razgovori „nevažni“ samo zato što se službene zabilješke o njihovu sadržaju ne mogu upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku, premda se mogu upotrijebiti dokazi pribavljeni na temelju sadržaja tog obavijesnog razgovora. Bayer je u kritičkom osvrtu na zakonski koncept obavijesnih razgovora, koji je u hrvatskom kaznenom procesnom pravu prihvaćen i danas, upozorio da „mogućnost da se u kaznenom postupku upotrijebe službene zabilješke koje sadrže obavijesti“, usprkos izdvajanju službenih zabilježaka, „dovodi do bitne devalvacije (gubitka praktične vrijednosti) mnogih propisa ZKP-a koji bi trebali služiti za zaštitu ljudskih prava okrivljenika i drugih osoba u kaznenom postupku“.¹⁰⁵ Nacrt prijedloga novele ZKP-a napokon uređuje policijsko ispitivanje svakog osumnjičenika, što pred policijske službenike stavlja veliku odgovornost.

¹⁰³ Đurđević, *op. cit.* u bilj. 12, str. 352.

¹⁰⁴ Morgan, *op. cit.* u bilj. 17, str. 78.

¹⁰⁵ Bayer, *op. cit.* u bilj. 87, str. 262.

Na kraju, ohrabrujuće je to što je u fazi pregovaranja i posljednja u nizu direktiva u pravima obrane, koja će urediti pravo na besplatnog branitelja, jer „bez funkcionalnog sustava besplatne pravne pomoći, pristup odgovarajućem pravnom savjetu je nedostižan za većinu osumnjičenika“.¹⁰⁶ Ne preostaje drugo nego očekivati da će hrvatsko kazneno procesno pravo, implementirajući očekivanu Direktivu, pravo na branitelja doista urediti onako kako je nužno: cjelovito i sveobuhvatno.

Summary

MOVING THE LIMITS OF THE RIGHT TO A DEFENCE COUNSEL UNDER THE INFLUENCE OF EUROPEAN CRIMINAL LAW

This paper examines the right to a defence counsel through the perspective of the requests that the *Salduz doctrine*, elaborated in the new jurisprudence of the European Court of Human Rights, set before the Croatian criminal procedure law, as well as some provisions of Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer in criminal proceedings. Following an analysis of the term ‘suspect’ in substantive terms, the central part of the paper is devoted to the issue of the interrogation of the suspect by the police, which is viewed from a historical and comparative-law perspective, and contains considerations of some solutions foreseen in the Draft Proposal of the Amendments to the Criminal Procedure Act of July 2015. Since the Directive relates the right to a defence counsel, among other things, to the moment when a person is deprived of liberty, as well as to any interrogation of the suspect, the limits of the right to a defence counsel are moved forward to the earliest stage of the criminal procedure, which imposes the need to prescribe the procedure of interrogation by the police, which has already been traditionally set out as an informal activity in Croatian criminal procedural law. Finally, the author points out that the right to a defence counsel, as a complex and multidimensional human right, requires comprehensive legislative regulation, which must also cover the advancement of the work of the appointed counsel, as well as that of the counsel paid from budget funds.

¹⁰⁶ Spronken, *op. cit.* u bilj. 2, str. 103.