

Prof. dr. sc. Zlata Đurđević*

ODLUKA USTAVNOG SUDA RH O SUGLASNOSTI ZAKONA O KAZNENOM POSTUPKU S USTAVOM

Rad razmatra značenje, sadržaj i pravni učinak odluke Ustavnog suda RH o suglasnosti ZKP s Ustavom kojom je u značajnoj mjeri provedena konstitucionalizacija kaznenog procesnog prava. Ustavni sud je odlukom od 19. srpnja 2012. utvrdio neustavnost i nesuglasnost s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ne samo većeg broja odredaba ZKP/08 već i cijelog zakona utvrdivši postojanje strukturalnih te načelnih manjkavosti protivnih Ustavu RH. Stoga je ne samo ukinuo odredbe 43 članka ZKP/08 već je nametnuo zakonodavcu ispunjenje niza pozitivnih ustavnih obveza. Država donošenjem ZKP/08 nije prošla test iz kaznenog procesnog prava jer nije pronašla pravu mjeru odnosno ravnotežu između dviju oprečnih zadaća ZKP: učinkovitosti i zaštite ljudskih prava. U prvom dijelu rada daje se prikaz tijeka i obilježja ustavnosudskog postupka. U drugom se utvrđuje koje je temeljne ustavne vrednote prema odluci Ustavnog suda prekršio ZKP/08 te se pojedinačne povrede podvode pod šest ustavnih načela: načelo razmjernosti, načelo sudske kontrole, načelo pravičnog postupka, zaštita osobne slobode, zaštita privatnosti i načelo zakonitosti u kaznenom procesnom pravu. U trećem dijelu analizira se način stupanja na snagu ustavne odluke, oblici njezine implementacije te njezin pravni učinak za zakonodavca, građane i pravosudna tijela.

1. UVODNO

Ustavni sud Republike Hrvatske donio je 19. srpnja 2012. odluku¹ kojom je utvrdio da Zakon o kaznenom postupku iz 2008. krši mnoge ustavne odredbe i ustavne vrednote kao i Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te ga je djelomično ukinuo. Prema riječima predsjednice Ustavnog suda dr. sc. Jasne Omejec prilikom javnog proglašenja odluke, riječ je o jednoj od pet najznačajnijih odluka u dvadesetogodišnjoj povijesti hrvatskog ustav-

* Prof. dr. sc. Zlata Đurđević, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

¹ Odluka i rješenje U-I-448/2009, U-I-602/2009, U-I-1710/2009, U-I-18153/2009, U-I-5813/2010, U-I-2871/2011.

nog sudovanja. Iz aspekta kaznenog pravosuđa radi se o daleko najznačajnijoj ustavnoj odluci koja je na dugi rok odredila ustavne okvire i ustavne zapovijedi koje zakonodavac mora poštovati prilikom normiranja kaznenog procesnog prava. Dogodilo se ono što se već neko vrijeme najavljuje u teorijskim radovima – konstitucionalizacija kaznenog procesnog prava.² Iako je Ustavni sud do sada donio velik broj odluka povodom ustavnih tužbi podnesenih zbog povreda Ustava u kaznenom postupku, a dva puta je ukinuo odredbe Zakona o kaznenom postupku, ukupan dosadašnji rad Ustavnog suda u kaznenopravnom području nije dosegao konstitucionalizirajući učinak ove odluke. Osim za kazneno procesno pravo i kazneno pravosuđe, odluka pomiče granice u samom ustavnom sudovanju, kao i u shvaćanju i ostvarivanju zakonodavne i sudske funkcije državne vlasti.

Temeljito obrazložena odluka Ustavnog suda od tristo stranica preopširna je za analizu njezina sadržaja i implementacijskog učinka u jednom teorijskom radu. To će biti dijelom zadatak komentatora Ustava RH, a osobito komentatora Zakona o kaznenom postupku. Ovaj rad ograničit će se na tri aspekta. Prvo na prikaz tijeka i sadržaja postupka ocjene ustavnosti ZKP s osvrtom na društvene prilike u kojima se nalazila Hrvatska i na medijske istupe prema Ustavnom sudu i predstojećoj odluci. Drugi temeljni dio rada provest će klasičiranje neustavnih odredaba i manjkavosti u ZKP iz 2008. prema temeljnim ustavnim vrednotama odnosno ustavnim zapovijedima čije je kršenje Ustavni sud utvrdio. U trećem dijelu analizirat će se pravni učinak Ustavne odluke u zakonodavnoj i sudskoj praksi Hrvatske.

2. POSTUPAK OCJENE SUGLASNOSTI S USTAVOM ZAKONA O KAZNENOM POSTUPKU

Postupak ocjene ustavnosti ZKP/08 s Ustavom pokrenut je na inicijativu šest prijedloga koje je sukladno čl. 38. st. 1. podnijelo šest predlagatelja, od kojih pet odvjetnika i jedna fizička osoba.³ Kako je ZKP parcijalno stupao

² *Krapac, Davor* (2011) Konstitucionalizacija kaznenog procesnog prava u Republici Hrvatskoj, Poseban otisak iz: Okrugli stol: Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske, Zagreb: HAZU, 169-212, 169; *Krapac, Davor* (2010) Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, Zagreb: Narodne novine, 33-45; *Đurđević, Zlata* (2011) Uvod u: Zbirka zakona iz kaznenog procesnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2011., XVIII.

³ Odvjetničko društvo Nobilo i dr. (prijedlog U-I-602/2009 koji je zaprimljen u Ustavnom sudu 11. veljače 2009.), odvjetnice Jasna Novak i Višnja Drenški Lasan iz Zagreba (prijedlog U-I-18153/2009 koji je zaprimljen u Ustavnom sudu 18. rujna 2009.), odvjetnik Zrinko Zrilić iz Zadra podnio je dva prijedloga (prijedlog U-I-448/2009 koji je zaprimljen u Ustavnom sudu 3. veljače 2009. i prijedlog broj: U-I-1710/2009 koji je zaprimljen u Ustavnom sudu 9. travnja 2009.), odvjetnica dr. sc. Laura Valković iz Zagreba (prijedlog U-I-5813/2010 koji je zaprimljen

na snagu i višestruko noveliran, tako su se i prijedlozi postupno podnosili u razdoblju od 2009. do 2011. godine. Prvi prijedlog odvjetničkog društva *Nobilo* i dr. podnesen je već u veljači 2009. Dakle, prije nego što je Zakon stupio na snagu. Najvažniji i najopsežniji prijedlog na koji se odnosi preko 90% ustavne odluke podnijele su odvjetnice Jasna Novak i Višnja Drenški Lasan iz Zagreba 18. rujna 2009. na ZKP/08 prema noveli iz 2009. Niti jedan prijedlog nije podnesen u ime Odvjetničke komore Republike Hrvatske, već se radilo o pojedinačnim odvjetnicima od kojih je Jasna Novak bila članica radne skupine Ministarstva pravosuđa za izradu Nacrta prijedloga ZKP/08. Svih šest prijedloga objedinjeni su u jedan ustavnosudski postupak što je omogućilo da predmet ispitivanja bude ZKP/08 nakon izmjena i dopuna iz 2009. i 2011. (NN 152/08, 76/09 i 80/11). Iako mu to Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH dopušta u čl. 38. st. 2., Ustavni sud nije na vlastitu inicijativu odlučivao o ustavnosti niti jedne odredbe ZKP/08. Postupak koji je uslijedio bio je po više obilježja jedinstven u dosadašnjoj ustavnosudskoj praksi.

Zakon o kaznenom postupku jedan je od najkompleksnijih zakona u hrvatskom pravom poretku i njegova je unutarnja struktura kao i priroda predmeta koji uređuje iznimno osjetljiva. Riječ je o sistemskom zakonu koji se odlikuje izrazitom unutarnjom povezanošću i interakcijom svojih odredaba, u kojem poput unutarnjeg mehanizma sata pomicanje jednog zupca u tor doводи ne samo do obrtanja mnogih vidljivih, ali i skrivenih kotačića i opruga, već i do pokretanja kazaljki koje otkucavaju vrijeme za odvijanje uzastopnih ulančanih procesnih radnji unutar sustava. Složenost kaznenog procesa i njegov dijakronijski tijek zahtijeva da donosilac odluka o zakonodavnim reformama temeljito poznaje strukturu, funkcioniranje i načela kaznenog postupka uključujući sve procesne i pravne posljedice izmjena pojedinih odredbi. Situacija je posebno kompleksna zbog toga što je materija kaznenog procesnog prava fragmentirana u velikom broju zakona te podvrgavana stalnoj žurnoj reformi.⁴ Dodatna otežavajuća okolnost zadiranja u normativno tkivo zakona o kaznenom postupku je njegova organska priroda jer je riječ o zakonu koji zadire u ljudska prava u tolikoj mjeri da se naziva "primijenjenim ustavnim pravom"⁵ te ima i izuzetan značaj za društveni, politički i javni život.

S obzirom na s jedne strane opisanu zahtjevnost Zakona te njegovu važnost za implementaciju ustavnih normi te s druge strane na opsežnost i brojnost osporavanih zakonskih odredbi i pojedinih načelnih rješenja ZKP/08, jasno je

u Ustavnom sudu 5. studenoga 2010.), Igor Rzaunek iz Zagreba (prijedlog U-I-2871/2011 koji je zaprimljen u Ustavnom sudu 2. lipnja 2011.).

⁴ Detaljnije o ekspanziji, diferencijaciji i nestabilnosti normativne infrastrukture kaznenog postupka v. *Đurđević, Zlata* (2011) *Suvremeni razvoj hrvatskoga kaznenog procesnog prava s posebnim osvrtom na novelu ZKP iz 2011.*, HLJKPP, br. 2, 311-357, 313-316.

⁵ *Henkel, H.* (1968) *Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 86.

da se Ustavni sud našao pred dosad najvećim izazovom u ustavnom sudovanju. Stoga je kako bi tehnički i teorijski što bolje pripremio predmet, poduzeo mnogobrojne korake.

U ustavnosudskom postupku o prijedlozima za ocjenu ustavnosti ZKP koji su osporili više od 150 članaka Zakona te mnoga načelna i strukturalna zakonodavna rješenja, na prijedlog suca izvjestitelja osnovana je radna skupina od četiriju sudaca i triju ustavnosudskih savjetnika te obveza periodičnog izvješćivanja sjednice Suda o tijeku rada na predmetu. Radi donošenja što kvalitetnije odluke Ustavni sud je proveo ne samo standardno istraživanje prakse Europskog suda za ljudska prava, prakse ustavnih sudova drugih država i međunarodnog prava, već je prionuo znanstvenoistraživačkim metodama obrade predmeta. Tako je primijenio teorijsku metodu izučavajući znanstvene članke napisane u Hrvatskoj o problematici ZKP/08, poredbenopravnu metodu izučavajući rješenja u drugim europskim kaznenoprocenim poredcima te empirijsku metodu zatraživši od Državnog odvjetništva RH statističke podatke o radu državnih odvjetništava i USKOK-a. Osim očitovanja Ministarstva pravosuđa RH, Ustavni sud je zatražio i dobio opsežna stručna mišljenja o podnesenim prijedlozima profesora pravnih fakulteta koja se smatraju sastavnim dijelom ustavnosudskog spisa.⁶

Novina koja zaslužuje posebnu pažnju je rušenje barijere citiranja znanstvenih radova u sudskim presudama. Ustavni sud je prvi put u našoj pravnoj praksi, koliko je meni poznato, u sudskoj odluci citirao i referirao se na znanstvene članke (v. npr. t. 39.1. obrazloženja). Naime, dok je u presudama međunarodnih i visokih sudova, osobito Europskog suda pravde ili njemačkog Ustavnog suda, uobičajeno da citiraju argumente iz znanstvenih članaka, naša sudska praksa to rezolutno odbija. Takav je stav posve pogrešan zato što pravo kao pozitivna, ali znanstvena djelatnost zahtijeva prožimanje teorije i prakse te pravni sustav kao skup teorijskih pojmova i načela može napredovati samo njihovim stalnim razvojem. Na značenje teorijskih pojmova te na presudnu važnost povezanosti jezičnog naziva i sadržaja kaznenoprocenog pojma upozorava nas i Odluka Ustavnog suda kada kritizira upotrebu pojma “kazneni progon” za fazu preliminarnih istraživanja.⁷ K tome, zadaća sudaca uz

⁶ Mišljenja su napisali prof. dr. sc. Berislav Pavišić (Pravni fakultet u Rijeci), Katedra za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta u Splitu (doc. dr. Matko Pajčić, dr. sc. Marina Carić i Marija Pleić) te prof. dr. sc. Zlata Đurđević (Pravni fakultet u Zagrebu).

⁷ Tako Ustavni sud u točki 40.2 Obrazloženja odluke navodi: “...pojam kaznenog progona ... ostaje sporan za označavanje početnog (predistražnog) stadija u kojem se tek “razjašnjava” sumnja da je određena osoba počinila kazneno djelo kako bi se utvrdilo ima li nekih osnova za tu sumnju. Naime, nazivati preliminarna istraživanja (*preliminary investigations*) “kaznenim progonom” znači stvoriti izravnu i jasnu značenjsku nerazmjernost između stvarnog sadržaja koji taj pojam označava (u pravilu neformalne predistražne radnje) i snažnih značenjskih konotacija koje on sa sobom nosi. Imajući u vidu presudnu važnost jezika u pravu, a uzimajući u obzir da se pojam

utvrđivanje činjenica obuhvaća i primjenu pravilne pravne norme pri čemu im nedvojbeno mogu pomoći znanstveni i stručni komentari i argumenti drugih autora koji dakako nemaju pravnu snagu, već samo snagu ispravne argumentacije. Dapače, danas kada se gubi zakonodavni monopol nacionalnog zakonodavstva,⁸ a pravo propisuju međunarodni, supranacionalni te ustavni sudovi ili druga međunarodna i europska tijela, njegova pravilna primjena uvjetovana je poznavanjem tih izvora, što od sudaca i drugih pravosudnih djelatnika zahtjeva stalno stručno i profesionalno usavršavanje.⁹ Tako će, primjerice, za pravilnu primjenu ZKP/08 od njegove izmjene biti nužno poznavati predmetnu Ustavnu odluku o kojoj je ovdje riječ, kako proizlazi iz četvrtog poglavlja ovog rada.

Ustavnom sudu trebalo je više od tri godine da odluči o ustavnosti ZKP. U tom razdoblju nastavila se dinamična zakonodavna reforma našeg kaznenog postupka donošenjem dviju novela ZKP koje nažalost nisu bitno popravile negativnu dijagnozu ustavnosti. U javnosti se s jedne strane čula sve češće kritika novog kaznenoprocenog modela kroz znanstvene i stručne istupe, dok je s druge strane nastavljeno medijsko glorificiranje ZKP/08.¹⁰ No, najznačajniji

“kazneni progon” pojavljuje u tekstu ZKP-a 143 puta, nije isključeno da on već na pojmovnoj razini pridonosi pogrešnoj percepciji javnosti o toj početnoj fazi istraživanja događaja odnosno o osobama koje se u tom stadiju pojavljuju pred nadležnim tijelima u vezi s tim događajem.”

⁸ *Sieber, Ulrich* (2010) *Legal Order in a Global World: The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms*, u: A. Von Bogdandy/R. Wolfrum (ur.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1-49, 9.

⁹ Karikaturalna krajnost tvrdnje da suci o primjeni prava odlučuju samostalno isključivo temeljem vlastite prakse i iskustva predstavlja primjer iz naše sudske prakse gdje zamjenica općinskog državnog odvjetnika u Zlataru u odgovoru na braniteljevu žalbu uz koje je priloženo pravno mišljenje profesora pravnih znanosti sukladno čl. 5. st. 2. Zakona o odvjetništvu optužuje branitelja i profesora za počinjenje kaznenih djela. Ona navodi da je upitna moralnost i zakonitost takvog postupka te da “se radi o nedopuštenom komentiranju nepravomoćne presude, koje povlači k kaznenu odgovornost. Branitelj poseže za pravnim mišljenjem uvaženog profesora pravnih znanosti, te računajući na snagu njegovog autoriteta u pravnoj struci, želi izvršiti utjecaj i pritisak na suce Županijskog suda u Zlataru koji bi tek trebali odlučivati o nepravomoćnoj presudi Općinskog suda u Zlataru. To je izrazito opasan pojavni oblik u dosadašnjoj praksi, te predstavlja utjecaj na neovisnost i samostalnost sudaca prilikom donošenja sudskih odluka. Teško je vjerovati da bi se uvaženi profesor zaista upustio u takvo analiziranje i komentiranje nepravomoćne sudske odluke, pritom koristeći termin ‘posebnu kritiku zaslužuje onaj dio presude....’ Naime, takvo grubo zadiranje u sferu nepristranosti sudova je nedopustivo i običnim laicima, a kamoli sveučilišnom profesoru kaznenog prava. No, upravo zbog toga što se branitelj poslužio imenom eminentnog pravnog stručnjaka, prikazujući njegovu pravno mišljenje protivnim svim zaključcima presude suda prvog stupnja, isto predstavlja oblik prisile prema pravosudnim dužnosnicima – sucima Županijskog suda u Zlataru koji tek trebaju odlučivati o nepravomoćnoj presudi suda prvog stupnja.” V. Općinsko državno odvjetništvo u Zlataru, br: K-DO-12/04 od 26. studenoga 2009.

¹⁰ Od trenutka donošenja ZKP/08 u većini medija se provodi njegovo kontinuirano nekritičko veličanje i bezrezervno podržavanje. Apologija ZKP išla je do te mjere da je dolazilo i do paradoksalne situacija da mediji koji se smatraju slobodnima odriču stručnjacima i znanstve-

dogadjaj za kazneno pravosuđe tijekom triju godina ustavnosudskog postupka jest okolnost da je 1. rujna 2011. ZKP/08 stupio na snagu za sva kaznena djela, što je značilo da se ZKP/97 primjenjuje samo na predmete u kojima je kazneni postupak pokrenut do 1. rujna 2011. (čl. 574. st. 1. ZKP).¹¹ Ustavni sud nije uspio donijeti odluku o ustavnosti ZKP/08 u razdoblju *vacatio legis* za kaznena djela izvan uskočke nadležnosti koje je trajalo dvije godine i osam mjeseci. Time je Zakon koji je naknadno proglašen u velikoj mjeri neustavnim stavljen u potpunu primjenu u postupcima za sva kaznena djela i pred svim sudovima. Nedvojbeno je za žaljenje što Ustavni sud nije usprkos opsežnosti i kompleksnosti ocjene ovog ustavnog predmeta uspio odlučiti o ustavnosti ZKP/08 dok se primjenjivao samo za djela iz nadležnosti USKOK-a. Donošenje odluke o neustavnosti Zakona, koji je bio jedan od ključnih faktora za zatvaranje zadnjeg, 23. poglavlja: Pravosuđe i ljudska prava, i temeljem kojeg su se vodili važni kazneni postupci zbog koruptivnih djela protiv visokih političkih dužnosnika, nakon zatvaranja hrvatskih pregovora s Europskom unijom 30. lipnja 2011. budi sumnju da je Ustavni sud tražio politički prihvatljivi *tajming*. Međutim, protek daljnje godine dana od zatvaranja pregovora do donošenja odluke ipak govori u prilog činjenici da se Ustavni sud kroz tri godine borio s opsežnom, složenom i osjetljivom materijom i nastojao donijeti što kvalitetniju odluku.

Također se treba prisjetiti da se dva mjeseca prije donošenja odluke sručila lavina žestokih medijskih napada na Ustavni sud koja je nalikovala javnoj harangi te da su u javnosti plasirane brojne neistine o posljedicama ustavnosudske kontrole odredaba ZKP. Tvrdilo se da će u slučaju ukidanja pojedinih odredaba ZKP zbog neustavnosti tekući postupci propasti, optuženici biti oslobođeni,¹² da će doći do poništenja suđenja, potopa korupcijskih afera,¹³ da se faktično zaustavlja borba protiv korupcije, da će suđenja za korupciju biti prekinuta, a već donesene presude ukinute, Ustavni sud je optužen čak i za “puzajući

nicima pravo na slobodu izražavanja izjednačavajući kritiziranje pojedinih rješenja u ZKP-u sa protudržavnom djelatnošću (“Oni koji sada žele rušiti taj zakon, izravno se zalažu za obustavljanje protukorupcijske kampanje. ... Pokušaj rušenja integriteta njihovih institucija (ZKP) iznimno je opasan za RH”, Butković, Jutarnji list, 17. 10.2010.).

¹¹ Odlukom Ustavnog suda U-III/5355/2011 od 29. studenoga 2011. određeno je da se “pokretanje” kaznenog postupka u smislu ZKP/97 može odnositi samo na nominalno određene osobe. Poduzimanje pojedinih istražnih radnji protiv nepoznatog počinitelja, koje su prethodile provođenju istrage, ne bi se moglo smatrati “pokretanjem” kaznenog postupka u smislu ZKP/97 u vezi s člankom 574. stavcima 1. i 2. ZKP/08 jer takvo tumačenje ne osigurava građanima nužan stupanj pravne sigurnosti, pravne predvidljivosti i pravne izvjesnosti u odnosu na zaštićeno područje njihove osobne slobode (točka 22).

¹² Globus, 4. svibnja 2012.

¹³ Večernji list, 8. svibnja 2012.

državni udar”¹⁴ te se prijetilo Bruxellesom, Washingtonom i Strasbourgom.¹⁵ Ti unisoni medijski napadi, koji su se nakon donošenja odluke Ustavnog suda o kojoj govorimo pokazali posve neutemeljenima, ne samo da otvaraju pitanje slobode medija u Hrvatskoj već dokazuju da je otpor mijenjanju medijski i politički hvaljenog instrumenta državne represije bio očito velik.

Usprkos svim objektivnim problemima i javnim pritiscima, Ustavni sud donio je 19. srpnja 2012. vrlo opsežnu, temeljitu i kvalitetnu odluku. Sastoji se od Odluke u kojoj je ukinuo odredbe ZKP/08 protivne Ustavu RH te rješenja u kojem su navedene odredbe ZKP/08 u odnosu na koje Ustavni sud nije prihvatio prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu njihove suglasnosti s Ustavom. U izreci presude ukinuo je odredbe 43 članka ZKP koje su izričito navedene u točki I. te je uspostavio obvezu izvršenja pozitivnih ustavnih obveza u točki III. Nametanje izvršenja pozitivnih obveza podrazumijeva da je Ustavni sud utvrdio ne samo neustavnost pojedinih zakonskih odredbi već i cijelog Zakona utvrdivši postojanje strukturalnih te načelnih manjkavosti kaznenog postupka protivnih Ustavu RH. Obrazloženje Ustavnog suda o neustavnosti odredbi ZKP/08 vrlo je vrijedan izvor tumačenja našeg ustavnog, ali i kaznenog procesnog prava te se po svojoj kvaliteti približilo dubini i vrijednosti obrazloženja odluka njemačkog Ustavnog suda. U uvodnom dijelu obrazloženja odluke (glave I.-V.) nalazimo opisana glavna obilježja ustavnosudskog postupka, pregled mjerodavnih odredaba Ustava RH i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija), određivanje granica ovlasti Ustavnog suda u kontroli ZKP, povijesni pregled razvoja kaznenog procesnog prava u Hrvatskoj od 1873. do 2008., normativna obilježja kaznenog postupka prema ZKP/08 te pregled europskih pravnih standarda vezanih uz postupke prije suđenja. Zatim se prelazi na meritorni dio obrazloženja odluke odnosno ocjenu Ustavnog suda o nesuglasnosti pojedinačnih odredbi ZKP-a s Ustavom (glava VI.). U zadnjem dijelu (glava VII.) Ustavni sud daje uputu za izvršenje svoje odluke što je predmet četvrtog poglavlja ovog rada.

¹⁴ Jutarnji, 12. svibnja 2012.

¹⁵ Tako se tvrdilo da “ako ustavni suci proglase neustavnim dijelove novoga ZKP po kojem su pokretani postupci i donošene presude ... Sud u Strasbourgu oslobodit će ih krivnje” (Globus, 4. svibnja 2012.). Čak je i sam američki veleposlanik Foley bio netočno citiran u članku pod naslovom “I mi ispitujemo osumnjičenike bez odvjetnika” (Jutarnji, 12. svibnja 2012.) iako takva tvrdnja nigdje nije proizlazila iz onoga što je u tekstu rekao veleposlanik Foley. U tekstu je navedeno da je veleposlanik Foley rekao da je normalna praksa u SAD da se “osumnjičenike ispituje u istražnoj fazi bez prisutnosti drugih osumnjičenika i njihovih branitelja,” a ne da ispituju osumnjičenike bez branitelja kako je navedeno u naslovu novinskog teksta.

3. KRŠENJE USTAVA RH I EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA KROZ ZKP/08

Mjerodavno pravo temeljem kojeg je Ustavni sud utvrdio neustavnost Ustava bilo je 18 članaka Ustava RH, ali i šest članaka Konvencije. Prema čl. 141. Ustava, međunarodni ugovori dio su našeg unutarnjeg pravnog poretka i po svojoj su pravnoj snazi iznad zakona.¹⁶ Ustavni sud još je 2000. godine uspostavio svoju izvornu ovlast da neposredno ocjenjuje suglasnost zakona s potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima.¹⁷ Tako je u ovoj odluci utvrdio da je ZKP povrijedio čl. 2. (pravo na život), čl. 3. (zabrana mučenja), čl. 5. (pravo na slobodu), čl. 6. (pravo na pravični postupak), čl. 8. (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života), čl. 13. (pravo na učinkoviti pravni lijek) tumačeći Konvenciju kao i Ustav RH kroz judikaturu Europskog suda za ljudska prava.

3.1. Kršenje pozitivne obveze zakonodavca da uspostavi pravni okvir koji jamči učinkoviti i pravični kazneni postupak

Iako je Ustavni sud utvrdio povredu Ustava zbog pojedinačnih protuustavnih odredaba ZKP kao i zbog neizvršenja pozitivnih ustavnih obveza pri normiranju kaznenog postupka, do povrede je u oba slučaja došlo jer zakonodavac prilikom donošenja ZKP nije ispunio niz pozitivnih obveza koje mu nameće Ustav RH kao i Konvencija. Europski sud za ljudska prava je tumačeći Konvenciju ustanovio i razvio razlikovanje i koncept negativnih i pozitivnih obveza države. Negativna obveza je ona kojom se od države zahtijeva da se suzdrži od miješanja, odnosno od zadiranja u ljudska prava, a pozitivna je obveza države da poduzme određeno činjenje kako bi osigurala učinkovito uživanje konvencijskih prava.¹⁸ Pozitivne obveze države dijele se na sadržajne (ili supstan-

¹⁶ V. Ustavni sud, rješenje U-I-920/1995 i U-I-950/1996 od 11. ožujka 1998.

¹⁷ Prema čl. 5. i 129. Ustava, Ustavni sud odlučuje o usklađenosti propisa različite pravne snage koji čine pravni poredak države. Prema čl. 141. Ustava potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori dio su unutarnjeg pravnog poretka i po svojoj su pravnoj snazi iznad zakona pa "potpunu, Ustavom utvrđenu rangovnu ljestvicu propisa u pravnom poretku Republike Hrvatske činili bi Ustav, međunarodni ugovor, zakon i drugi (podzakonski) propisi." S obzirom na to da je "odlučivanje Ustavnog suda o suglasnosti zakona s Ustavom i drugih propisa s Ustavom i zakonom u biti odlučivanje o suglasnosti propisa nižeg ranga s propisom višeg ranga i s Ustavom kao propisom najvišeg ranga," Ustavni sud ima ovlast ocjenjivati suglasnost zakona s međunarodnim ugovorom kao s propisom višeg ranga u pravnom poretku Republike Hrvatske. V. Ustavni sud, odluka U-I-754/1999 od 8. studenoga 2000.

¹⁸ Detaljnije o pozitivnim obvezama v. *Batišić Kos, Vesna* (2012) *Pozitivne obveze prema Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zagreb: Narodne novine, 22-26.

cijalne) koje se odnose na osiguranje temeljnih uvjeta za zadovoljenje prava i proceduralne od kojih je najznačajnija obveza provođenja učinkovite istrage.¹⁹ Primarna sadržajna obveza države upravo je stvaranje nacionalnog pravnog okvira koji pruža učinkovitu zaštitu konvencijskih prava.

Zakon o kaznenom postupku jedan je od najvažniji pravnih akata jer ima funkciju ispunjenja obje: sadržajne ali i proceduralne pozitivne obveze države. S jedne strane se nalazi proceduralna obveza učinkovitog kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela zajamčena u okviru prava na život (čl. 2. Konvencije i 21. Ustava), zabrane mučenja, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja (čl. 3. Konvencije i čl. 23. Ustava) i prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8. Konvencije i čl. 34., 35. i 36. Ustava). Međutim, represivna narav ispunjenja te funkcije zahtijeva postavljanje granica zadiranju kaznenopravnog aparata u temeljna ljudska prava. Stoga se s druge strane nalazi supstancijalna obveza ustanovljavanja odgovarajućeg kaznenoprocenog pravnog okvira koji će jamčiti pravo na pravičan postupak (čl. 6. Konvencije i čl. 29. Ustava), pravo na slobodu, pravo na vlasništvo, pravo na nepovredivost doma, pravo na tajnost komuniciranja i druga prava. Pravni okvir kaznenog postupka garancija je svakom pojedincu da državna represivna tijela neće arbitrarno i neopravdano narušavati individualne slobode i prava te da će mu biti zajamčena minimalna prava obrane kao i druge procesne garancije pravičnog postupka. Pri tome treba naglasiti da već normativna usporedba čl. 6. Konvencije i čl. 29. Ustava pokazuje na hrvatski Ustav pruža veće garancije pravičnog postupka od Konvencije. Tako čl. 29. Ustava izričito zabranjuje uporabu dokaza pribavljenih na nezakonit način u sudskom postupku, što nije konvencijska garancija. Također, sudska kontrola prethodnog kaznenog postupka Ustavom je šire zajamčena nego Konvencijom.

Nažalost, ZKP/08 nije na odgovarajući način ispunio niti jednu od svojih funkcija. Prema riječima predsjednice Ustavnog suda, ova odluka "daje snažan vjetar u leđa borbi protiv korupcije i organiziranog kriminala" jer upozorava da treba preciznije urediti modele borbe protiv terorizma i ostalih teških djela. K tome, analiza ustavne odluke pokazuje da je došlo do prevelikog naginjanja vage na stranu učinkovitosti nauštrb zaštite temeljnih prava okrivljenika i građana od mjera i radnji državnog aparata. Država donošenjem ZKP/08 nije prošla test iz kaznenog procesnog prava jer nije pronašla pravu mjeru između dviju oprečnih zadaća ZKP.

¹⁹ Ibid.

3.2. Granice ovlasti Ustavnog suda i dinamičko tumačenje Ustava

Iako je Ustavni sud “sjetno” više puta u odluci ponovio da su kaznene odredbe Ustava utemeljene na više od 130 godina dugoj hrvatskoj kaznenopravnoj tradiciji mješovitog kaznenog postupka i sudske istrage,²⁰ koje je zakonodavac napustio donošenjem ZKP/08, istaknuo je da on nema ovlasti²¹ odlučivanja o povratu na takav model kaznenog postupka. Odabir normativnog okvira ili zakonodavnog modela kaznenog postupka izraz je državne kaznene politike koja je u isključivoj nadležnosti Hrvatskog sabora i Vlade (točka 10). Samo zakonodavna vlast na prijedlog izvršne vlasti može odlučiti hoće li, kako je primjerice rekao Ustavni sud, vratiti sudsku istragu ili ukloniti procesnopravni institut parcijalnog imuniteta svjedoka koliko god se činili stranim tradicionalnim postavkama hrvatskog kaznenog procesnog prava (točka 10). Ipak, Ustavni sud zadržava svoju zadaću nadzora izvršenja ustavnopravne obveze zakonodavca da pri normiranju kaznenog postupka osigura ostvarenje ustavnih zahtjeva kao što su načelo sigurnosti pravnog poretka, zakonitosti pravnih normi, poštivanje prava okrivljenika i oštećenika te procesnu ravnopravnost položaja stranaka (točka 10).

Analizom reformi i složenosti hrvatskog kaznenoprocenog zakonodavstva, Ustavni sud zaključuje da je i sam normativni okvir novog kaznenoprocenog modela još uvijek u izgradnji (točka 12.2) te uvažava potrebu stalnog unapređenja uvjetovanu europeizacijom, internalizacijom i globalizacijom suvremenog društva i pravnog poretka.²² Stoga, kao što Europski sud za ljudska prava evolutivno interpretira Konvenciju kao “živi instrument” razvijajući konvencijska prava sukladno aktualnim uvjetima,²³ tako i Ustavni sud u postupku ocjene ustavnosti prihvaća dinamičku ili evolutivnu interpretaciju tzv. kaznenih odredaba Ustava (točka 13) prilikom njihove primjene na novouvedene modele kaznenog postupka ili nove kaznenoprocenove institute.

²⁰ V. točke 10, 13, 15, 20, 39.2, 245 odluke (dalje će se navoditi samo točke odluke Ustavnog suda, npr. točka 10).

²¹ O granicama ovlasti Ustavnog suda v. *Omejec, Jasna* (2003), Granice ovlasti Ustavnog suda u postupku ocjene suglasnosti zakona s stavom, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6, 1423-1456.

²² V. *Sieber*, 2010, 9; *Đurđević*, 2011, Uvod, XXI-XXII.

²³ Temelji tumačenja Konvencije nastali su u presudi *Golder v. Ujedinjeno Kraljevstvo*, 1975. Od Tada ESLJP je prihvatio ideju da je Konvencija “živi instrument” koji se mora tumačiti u svjetlu aktualnih uvjeta, a ne onih iz 1950. kada je Konvencija nastala. Detaljnije o evolutivnom ili dinamičkom tumačenju v. *Letsas, George* (2007) *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: University press, 74-79. O načelu dinamičkog tumačenja prava v. *Batistić Kos*, 2012, 10-13.

3.3. Povreda šest ustavnih načela odredbama i strukturom ZKP/08

Analizom obrazloženja odluke uočava se da je Ustavni sud utvrdio načelno nepoštovanje određenih ustavnih zahtjeva od strane zakonodavca što je dovelo do njihove višekratne povrede kaznenoprocenim odredbama. Zbog njihove važnosti analiza ustavnih povreda provest će se kroz prizmu aksiomatskih ustavnih načela koje je Ustavni sud provlačio kroz cijelu odluku i temeljito obrazložio u kontekstu kaznenog postupka. Pri tome treba istaknuti da je kod niza odredaba Sud utvrdio protuustavnost u više aspekata, pa su pojedine odredbe protivne raznim ustavnim odredbama i mogu se podvesti pod nekoliko ovdje navedenih ustavnih načela. Također će biti istaknuto da su naši kaznenoprocenisti stručnjaci u svojim radovima prethodno upozoravali na neustavnost rješenja koju je utvrdio i Ustavni sud.

3.3.1. "Uskočki" zakon: povreda načela razmjernosti u ograničavanju temeljnih prava u kaznenom postupku

Ustav kao i Konvencija sadržava samo nekoliko apsolutnih prava koja nije moguće ograničiti ni pod kojim uvjetima.²⁴ Ostala temeljna ljudska prava kao i slobode podložni su ograničenjima, a u izvanrednom stanju i derogaciji. Pri tome je država dužna poštovati pretpostavke pod kojima je dopušteno ograničavanje ljudskih prava, a one prema konvencijskom pravu uključuju primjenu načela razmjernosti, postojanje legitimnog cilja te odgovarajućih procesnih garancija.

U kaznenom postupku država je ovlaštena prisilnim mjerama ograničavati temeljna ljudska prava. Isto tako, minimalna prava obrane (čl. 6. st. 3. Konvencije, čl. 29. st. 2. Ustava) kao i drugi elementi pravičnog postupka nisu apsolutna prava, već mogu biti ograničena. Prema Europskom sudu za ljudska prava interesi koji mogu biti konkurirajući pravima obrane jesu: nacionalna sigurnost, zaštita ugroženih svjedoka te prikrivenih istražitelja odnosno čuvanje tajnih policijskih metoda istraživanja kriminaliteta.²⁵ Prava obrane mogu se ograničiti samo radi zaštite temeljnih prava druge osobe ili javnog interesa.²⁶ Pri tome ograničenje mora biti strogo nužno (*strictly necessary*), što predstavlja restriktivno tumačenje dopuštenih ograničenja u konvencijskom pravu i

²⁴ To su pravo na život, zabrana mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, pravna određenosti kažnjivih djela i kazni, te prema čl. 17. st. 3. Ustava RH sloboda misli, savjesti i vjeroispovjedi, a prema čl. 15. st. 2. Konvencije zabrana ropstva i prisilnog rada.

²⁵ *Doorson v. Nizozemska*, 1996.

²⁶ *Van Mechelen v. Nizozemska*, 1996.

pod uvjetom da posljedice koje trpi obrana budu u dovoljnoj mjeri kompenzirane tijekom postupka.²⁷

Poznato je da je primarni cilj donošenja novog ZKP bilo davanje državi učinkovitog oružja u borbi protiv korupcije i organiziranog kriminaliteta. Stoga je on, protivno logici provjere novih zakonskih rješenja, prvo stupio na snagu za tzv. uskočka kaznena djela. Ta njegova zadaća borbe protiv teških oblika kaznenih djela glavno je obilježje ZKP/08 koje je odredilo mnogobrojna zakonska rješenja ograničavanja temeljnih prava obrane protivno konvencijskim uvjetima osobito u prethodnom postupku te je dovela do strukturalne uneravnoteženosti cijelog postupka. U prethodnom postupku ograničenje procesnih prava obrane postalo je pravilo neovisno o tome je li to razmjerno i legitimno.²⁸

U tumačenju ustavnosti ograničenja temeljnih prava Ustavni sud je upozorio na postojanje dviju bitno različitih kategorija kaznenih djela čije je razlikovanje postalo nužno u suvremenom društvu. U prvu kategoriju pripadaju tzv. "djela koja prijete organiziranom životu u zajednici" te "razaraju samu supstanciju društva", kao što su terorizam, organizirani kriminalitet, složena gospodarska kaznena djela te korupcija velikih razmjera i s teškim posljedicama. Riječ je u načelu o djelima koja su danas u nadležnosti USKOK-a (čl. 21. ZUSKOK-a). U drugu kategoriju, prema riječima Ustavnog suda, pripadaju "klasična" kaznena djela kojih je većina oduvijek postojala i postojat će sve dok postoji ljudski rod. Ta razlika u posljedicama kaznenih djela dovela je do razlikovanja kaznenoprocenih standarda tako da se za prvu kategoriju dopuštaju bitno veća ograničenja prava obrane te drugih prava prilikom poduzimanja dokaznih radnji (točka 184.3).

Ustavni sud ističe da zakonodavac, normirajući ZKP, nije uvažio razlike između tih dviju kategorija kaznenih djela, već ih je obuhvatio jedinstvenim zakonskim rješenjem tako da se jačina ograničenja ustavnih prava kod "klasičnih" kaznenih djela ne može ustavnopravno opravdati. Utvrdio je da je to nerazlikovanje dovelo ne samo do protuustavnosti pojedinih zakonskih odredaba već se odnosi na cjelokupni kaznenoprocenjski poredak (točka 184.3). S obzirom na to da je riječ o strukturalnoj manjkavosti, povreda se može ispraviti samo nametanjem pozitivne obveze stvaranja odgovarajućeg pravnog okvira.

²⁷ *Jasper v. UK*, 2000., točka 52; *Rowe and Davis v. UK*, 2000., točka 61; *Ivičević Karas, Elizabeta* (2007) Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspekt načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku, *HLJKPP*, br. 2., str. 999-1018, 1002.

²⁸ Tako su u ZKP/08 prije novele iz 2011. okrivljeniku tijekom kaznenog progona i istrage bila ukinuta sva dokazna procesna prava, i to kako u odnosu na prikupljanje dokaza tako i pravo materijalne obrane odnosno pravo da se očituje o dokazima koji ga terete kad je za njih saznao. *V. Đurđević*, 2011, 320, 327-341.

Međutim, Ustavni sud ističe da on ne zahtijeva stvaranje dvaju paralelnih sustava kaznene procesnopravne zaštite odnosno dvaju ZKP-a, već upravo inzistira na jedinstvenosti normativnog modela kaznenog procesa u Republici Hrvatskoj i na jedinstvenosti načela na kojima se taj model temelji. Način na koji će se to postići, a što je sukladno načelu vladavine prava i zaštiti ljudskih prava na kojima počivaju suvremena demokratska društva, jest ispunjenje zahtjeva da opći kaznenoprocetni poredak bude prilagođen i uređen prema standardima primjerenim “klasičnim” kaznenim djelima, a sva odstupanja od tih standarda koja bi bila opravdana za prvu kategoriju kaznenih djela koja prijete organiziranom životu u zajednici u načelu bi morala biti propisana u obliku iznimaka od općeg pravila (točka 184.3).

Ustavni sud je odredio da izvršenje odluke u smislu navedenih povreda znači da je zakonodavac obvezan uravnotežiti kaznenoprocetni poredak tako da dosljedno počiva na određenim, preciznim i predvidljivim općim pravilima, pri čemu sva odstupanja moraju činiti jasno naznačene iznimke iz kojih je razvidna njihova ustavnopravna opravdanost, a to se osobito tiče kaznenih djela koja prijete organiziranom životu u zajednici i koja su povezana s važnim javnim interesom (točka 246. odluke).

Odredbе kod kojih je Ustavni sud utvrdio nerazlikovanje između dviju kategorija kaznenih djela jesu:

a) Posebne dokazne radnje (čl. 334. st. 2. i čl. 335. st. 3 ZKP).

Riječ je o mjerama koje predstavljaju teško zadiranje u pravo na privatnost građana i koje država može primijeniti samo sukladno načelu razmjernosti, dakle za najteža kaznena djela. U predmetu *Kruslin v. Francuska* iz 1990. Europski sud je rekao da je jedan od minimalnih standarda za konvencijski sukladno uređenje nadzora nad telekomunikacijama propisivanje vrste kaznenog djela.

Katalog propisan čl. 334. ZKP jest širok i uključuje određena kaznena djela lakše prirode. Primjerice, kazneno djelo povrede prava proizvođača zvučne ili slikovne snimke i prava u svezi s radiodifuzijskom emisijom (čl. 231. KZ) zapriječeno je novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.²⁹ Pretpostavka da je djelo počinjeno uporabom računalnih sustava ili mreža navedena u čl. 334. st. 1. t. 3. ZKP opravdava primjenu mjere presretanja, prikupljanja i snimanja računalnih podataka, ali ne i drugih mjera kao primjerice mjere nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora osumnjičenika za to djelo.

²⁹ To su navele u svom prijedlogu i podnositeljice Novak i Lasan Drenški.

Također je nedopustiva generalna klauzula dopuštenosti primjene posebnih dokaznih radnji za kaznena djela počinjena na štetu djece ili maloljetnika bez obzira na vrstu i težinu djela.³⁰ To je utvrdio i Ustavni sud ukinuvši čl. 334. st. 2. te je istaknuo da gotovo ne postoji kazneno djelo za koje se ne bi moglo reći da nije počinjeno “na štetu djece ili maloljetnika” ako je u okolnosti konkretnog slučaja uključeno i neko dijete ili maloljetnik (točka 166).

Drugo, rokovi duljine trajanja dokaznih radnji u odredbi čl. 335. st. 3.³¹ ustavno su neprihvatljivi zato što nije napravljena nužna distinkcija između “djela koja prijete organiziranom životu u zajednici” i onih koja nemaju ta obilježja i na koja se produljivanje rokova objektivno ne treba odnositi. Neodređeni pravni pojmovi “važnost razloga” i “složenost predmeta” koji predstavljaju pretpostavke za produljenje radnji ne mogu poslužiti kao mjerilo te distinkcije (točka 170.1).

b) Odredba o odgodi dostave naloga o provođenju istrage (čl. 218. st. 3.)³²

Odredbom o odgodi dostave naloga okrivljeniku oduzima se pravo obrane. U pravilu država bi trebala pronaći drugi način da zaštiti život ili tijelo ili imovinu od opasnosti, a ne oduzimanjem okrivljeniku protiv kojeg vodi istragu svih prava obrane.

Ustavni sud je ovu odredbu osporio iz dva aspekta. Prvo zbog preširoko i neodređeno postavljenog legitimnog cilja (sprečavanje ugrožavanja života ili tijela ili imovine velikih razmjera), a zatim i zbog povrede načela razmjernosti. Iako načelno nije ustavnopravno neprihvatljivo da zakonodavac propiše odgodu dostave naloga o provođenju istrage do mjesec dana, za takvu ovlast državnog odvjetnika potrebno je precizirati i jasno odrediti katalog kaznenih djela za koja bi odgoda dostave naloga o provođenju istrage mogla biti ustavnopravno opravdana. Prema ocjeni Ustavnog suda to bi moglo biti samo za

³⁰ Kako podnositeljice Novak i Lasan Drenški navode, primjerice za kazneno djelo iz čl. 209. KZ koje inkriminira povredu dužnosti uzdržavanja.

³¹ “Čl. 335. st. 3. Posebne dokazne radnje mogu trajati najdulje šest mjeseci. Na prijedlog državnog odvjetnika sudac istrage može ih produljiti iz važnih razloga za još šest mjeseci. U posebno složenim predmetima sudac istrage može produžiti radnje za daljnjih šest mjeseci. Ako odbije prijedlog državnog odvjetnika za produljenje radnje, sudac istrage donosi rješenje protiv kojeg državni odvjetnik može podnijeti žalbu u roku od osam sati. O žalbi odlučuje vijeće u roku od dvanaest sati.”

³² “Čl. 218. st. 3. Državni odvjetnik može odgoditi dostavu naloga o provođenju istrage do mjesec dana ako bi se dostavom ugrozio život ili tijelo ili imovina velikih razmjera. Razloge za odgodu dostave naloga o provođenju istrage državni odvjetnik upisuje službenom zabilješkom u upisnik iz članka 205. stavka 4. ovog Zakona.”

najteža kaznena djela koja prijete organiziranom životu u zajednici ako se u konkretnom slučaju procijeni da postoji opasnost za život ili tijelo ili imovinu velikih razmjera i njihov je katalog zakonodavac dužan precizno odrediti u samom zakonu (točka 111).

c) Odredba o odgodi razotkrivanja dokaza (čl. 353. st. 2. i 3.)³³

Institut razotkrivanja dokaza uveden u ZKP/08 iz anglo-američkog prava³⁴ “nagrižen” je odlukom Ustavnog suda do te mjere da je upitan njegov opstanak. Prvo zbog ukidanja prekluzije dokaza u odnosu na obranu, a drugo zbog ukidanja odredaba o sudskoj odgodi razotkrivanja dokaza važnih za obranu i anonimnim svjedocima (čl. 353. st. 2. i 3.).

Odgoda razotkrivanja dokaza važnih za obranu, a osobito zaštićenih svjedoka, posebno zbog konstrukcije prethodnog postupka s isključivim državnoodvjetničkim prikupljanjem dokaza, posebno je teško limitiranje okrivljenikovu prava obrane.³⁵ Ustavni sud je utvrdio da odredbe čl. 353. st. 2. i 3. ograničavaju načelo jednakosti oružja u mjeri u kojoj se krši čl. 29. Ustava i čl. 6. Konvencije. Razlog su ustavno neprihvatljivo široke pretpostavke za limitiranje prava obrane u odnosu na a) vrstu kaznenih djela, b) legitimni cilj. Zakonodavac je predvidio odgodu razotkrivanja dokaza obrani za sva kaznena djela. Ustavni sud ovo ograničenje obrane nije dovodio u pitanje za “djela koja prijete organiziranom životu u zajednici”, ali ga je smatrao neustavnim za “klasična” kaznena djela. Drugo, u odnosu na legitimni cilj Ustavni sud je ponovio da su važni javni interesi koji konkuriraju pravima obrane nacionalna sigurnost te zaštita života ili tijela drugih osoba. Također je preuzeo stajalište Europskog suda za ljudska prava da je ustavnopravno neprihvatljivo kod tih djela odstupati od načela jednakosti oružja u jednom postupku zbog

³³ Čl. 353. ZKP glasi:

(1) O novim dokazima koji su naknadno otkriveni u prethodnom postupku obavijestit će se protivna stranka najkasnije u roku od osam dana od saznanja za njihovo postojanje.

(2) Ako bi obavještavanje o pojedinom dokazu važnom za obranu moglo nanijeti štetu istrazi u drugom postupku koji se vodi protiv istog ili drugih okrivljenika, vijeće će na prijedlog državnog odvjetnika rješenjem odobriti odgodu obavještavanja.

(3) Rješenje iz stavka 2. ovog članka vijeće će donijeti i ako postoje okolnosti iz članka 294. ovog Zakona.

(4) Odgoda o obavještavanju o dokazima iz stavka 2. ovog članka mora prestati prije završetka dokaznog postupka, dok odgoda iz stavka 3. ovog članka može trajati do odluke o položaju svjedoka.

³⁴ O pravilima za razotkrivanje dokaza u engleskom pravu v. *Ivičević Karas, Elizabetal Kos, Damir* (2011) *Sudska kontrola optužnice*, HLJKPP br. 2, str. 449-470.

³⁵ V. *Tripalo, Dražen/Đurđević, Zlata* (2011) *Predlaganje dokaza*, HLJKPP br. 2, str. 471-487, 476-478.

nanošenja štete istrazi u drugom kaznenom postupku (točka 184.4) kako to predviđa čl. 353. st. 2. Rizik kompromitiranja uspjeha istraga u tijeku, čak i kada su vrlo kompleksne i uključuju velik broj drugih osumnjičenika, ne može se spriječiti tako da se bitno ograniče prava obrane.³⁶ U odnosu na skrivanje iskaza ugroženog odnosno zaštićenog svjedoka³⁷ Ustavni sud je opravdano bio još restriktivniji. Rekao je da odgoda obavješćivanja obrane o sadržaju dokaza kojeg je dao anonimni svjedok može biti ustavnopravno prihvatljiva samo kada bi se dostavom dokaza ugrozio život drugih osoba (svjedoka, prikrivenog istražitelja, točka 184.5).

d) Ograničenje prava na tajnost komunikacije okrivljenika s braniteljem
(čl. 75. i 76.)

Odredbe čl. 75. i 76. ograničavaju tajnost komunikacije okrivljenika kojima je oduzeta sloboda s braniteljem. Ustav u čl. 29. st. 2. t. 3. izričito jamči pravo okrivljenika na nesmetano uspostavljanje veze s braniteljem. Europski sud za ljudska prava je rekao: "Pravo okrivljenika da komunicira sa svojim braniteljem izvan slušnog dometa treće osobe dio je temeljnih pretpostavki za pravični postupak u demokratskom društvu i proistječe iz čl. 6. st. 3.c. Konvencije."³⁸ Taj privilegij potiče otvorenu i poštenu komunikaciju između klijenta i odvjetnika kao važno jamstvo prava obrane.³⁹ Pravo na slobodnu komunikaciju branitelja i okrivljenika vrijedi i u prethodnom postupku. Naime, Europski sud je u mnogobrojnim presudama potvrdio da se čl. 6. odnosi i na prethodni postupak, a to je izričito rekao i u odnosu na t. b i c st. 3. čl. 6. Konvencije.⁴⁰

Odredbe čl. 75. nisu propisale razloge zbog kojih se može odrediti nadzor razgovora, pa je ta ovlast državnog odvjetnika uspostavljena kao pravilo, a ne iznimka. To je protivno temeljnom pravilu da ograničenje minimalnog prava obrane mora biti iznimka od općeg pravila i stoga treba biti opravdana posebnim okolnostima slučaja. Zakon ne propisuje ni slučajeve ni okolnosti koje moraju postojati za određivanje nadzora prema čl. 75. ZKP. Isto vrijedi i za čl. 76. st. 1. t. 1. i dio t. 2. ZKP. Nepostojanje materijalnopравnih pretpostavki onemogućuje sucu da obrazloži opravdanost nadzora. Europski sud u predmetu *Rybacki v. Poljska* iz 2009. postavio je zahtjev da odluka o nadzoru mora sadržavati razloge određivanja nadzora i konkretne razloge koji pokazuju da

³⁶ *Lietzow v. Njemačka*, 2001., t. 46 i 47. V. *ibid.*, 480.

³⁷ V. *Valković, Laura* (2010) Pravni i praktični problemi dobre obrane okrivljenika, *Odvjetnik*, 5-6, 44-50, 49.

³⁸ *Rybacki v. Poljska*, 2009., t. 56.

³⁹ *Rybacki v. Poljska*, 2009., t. 56.

⁴⁰ *Can v. Austria*, Report of the Commission, 1984., t. 47.

je u okolnostima slučaja nadzor bio nužan i opravdan.⁴¹ Ustavni sud je istaknuo da zbog nedostataka koje sadržava čl. 75. st. 2. ZKP prisiljava ovlaštene službene osobe da ga tumače, a to je uvijek povezano s rizikom pogrešaka i pojave određenog stupnja proizvoljnog postupanja (točka 65.1). Široko postavljani katalog kaznenih djela (čl. 76. st. 2. t. 1. ZKP), a osobito čl. 76. st. 2. t. 2. ZKP, otvaraju ustavnopravno neprihvatljivu mogućnost da se mjerom nadzora dopisivanja i razgovora okrivljenika s njegovim braniteljem nastoje postići ciljevi različiti od onih koji bi se mogli smatrati legitimnima, kao što je, primjerice, olakšavanje prikupljanja inkriminirajućih izjava okrivljenika (točka 66.2).

I ovdje je Ustavni sud utvrdio da zbog težine stupnja ograničenja prava branjenika da održava povjerljivu (tajnu) komunikaciju sa svojim odvjetnikom te mjere moraju biti ograničene na najteža kaznena djela koja predstavljaju prijetnju organiziranom životu u zajednici te moraju biti navedena u samom zakonu i moraju biti precizno određena (točka 66.2).

3.3.2. Obveza uspostavljanja sudske zaštite od nezakonitog kaznenog progona i istrage (čl. 2. st. 5. i čl. 217. st. 1. i 2.)

a) Strukturalne manjkavosti koje priječe uvođenje sudske kontrole

Teško je odrediti koja je ustavna zapovijed za normiranje kaznenog postupka iz ove odluke Ustavnog suda najznačajnija. Međutim, obveza uspostavljanja sudske zaštite u prethodnom kaznenom postupku ima u odnosu prema ostalim obvezama posebno značenje u hrvatskom pravnom poretku. Dok primjena ustavnih načela razmjernosti, legitimnosti, jamčenja temeljnih ljudskih prava i procesnih garancija pravičnog postupka kao i načelo zakonitosti izvire iz međunarodnog prava, osobito Europske konvencije i judikature njezina suda, načelo sudske zaštite od kaznenog progona nije zajamčeno međunarodnim pravnim izvorima. Postoje i poredbenopravna rješenja poput njemačkog, koja odriču okrivljeniku sudsku zaštitu od tužiteljskih odluka u prethodnom kaznenom postupku. Stoga je i bilo moguće da zakonodavac tako radikalno “odstrani” odnosno limitira sudsku zaštitu u državnoodvjetničkom prethodnom postupku u ZKP/08 u odnosu prema ZKP/97. Upravo je Ustavni sud ovom svojom odlukom potvrdio da je sudska zaštita od nezakonitog kaznenog progona inherentna duhu hrvatskog Ustava te je konstitucionalizirao pravo na sudsku zaštitu tijekom cijelog kaznenog postupka. Fundamentalnu vrijednost sudske zaštite u hrvatskom pravnom poretku Ustavni sud istaknuo je riječima: “Cjelokupni tekst Ustava zrači jamstvima sudske zaštite. Cjelokupni katalog ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom usmjeren je

⁴¹ *Rybacki v. Poljska*, 2009., t. 58.

prema sudskoj zaštiti. Cjelokupni ustavni poredak utemeljen je na vladavini prava i načelu zakonitosti kojih je središnji zaštitnik sud.” (Točka 39.2).

Nedostatak konvencijskih standarda, suprotna poredbenopravna rješenja te pozitivna i poredbena analiza opsega i sadržaja sudske kontrole u prethodnom postupku prema ZKP/97 i ZKP/08 kao i spoznaja postojanja personalnog, supstantivnog i procesnog ograničenja sudske kontrole kaznenog progona i istrage već je opisana u teoriji,⁴² a sada i u odluci Ustavnog suda (točke 39.1-39.5). Novina su obveze koje je Ustavni sud nametnuo za uspostavljanje sudske zaštite te normativne manjkavosti koje je Ustavni sud uočio, a koje priječe ustanovljavanje učinkovite sudske zaštite u prethodnom postupku.

Za razumijevanje ustavnih povreda temeljno je uočiti razlikovanje između a) sudske kontrole istražnih funkcija državnog odvjetnika koja se odnosi na kontrolu pojedinačnih radnji i mjera kojima se zadire u temeljna ljudska prava i slobode, te b) sudske kontrole tužiteljskih funkcija državnog odvjetnika kao kontrole pretpostavaka za započinjanje, nastavak i obustavu prethodnog postupka. Dok ZKP/08 u pravilu jamči sudsku kontrolu prisilnih radnji uz nekoliko iznimaka koje je Ustavni sud utvrdio kao protuustavne,⁴³ sudska kontrola tužiteljske funkcije posve je izostala. Smatralo se da državni odvjetnik kao *dominus litis* u potpunosti odlučuje o kaznenom progona, pa i o njegovoj zakonitosti odnosno o poštovanju načela legaliteta, a sudac istrage samo o zakonitosti pojedinih prisilnih mjera.⁴⁴ Ustavni sud je odbacio ovakav pravni okvir. Zahtjev za sudskom zaštitom od kaznenog progona utemeljio je na vladavini prava kao najvišoj vrednoti ustavnog poretka (čl. 3. Ustava), načelima ustavnosti i zakonitosti (čl. 5. Ustava) te na općim jamstvima iz čl. 29. Ustava i čl. 6. Konvencije u dijelu u kojem se ta jamstva protežu i na prethodni postupak (točka 39.2).

Ustavni sud nije se zadržao na izricanju ustavne obveze zakonodavcu da u normativnu strukturu prethodnog postupka ugradi sudski mehanizam zaštite protiv nezakonitog (arbitrarnog) kaznenog progona i istrage. Radi izvršenja te obveze, Ustavni je sud, a da nije zakonodavcu nametnuo normativna rješenja, postavio glavne parametre sudske kontrole kaznenog progona i istrage kao što su opseg kontrole i trenutak otpočinjanja kontrole. Pritom je uočio strukturni deficit u normativnoj strukturi prethodnog postupka u četiri

⁴² Đurđević, Zlata (2010) Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt, HLJKPP br. 1, 7-24.

⁴³ Određivanje tjelesnog pregleda od strane državnog odvjetnika iz čl. 326. (točka 154.3), posebne dokazne radnje zbog nedostavljanja dnevnih izvješća i dokumentacije tehničkog zapisa sucu istrage što dovodi do manjkavosti sudskog nadzora čl. 337. (točka 174), procesni imunitet svjedoka iz čl. 286. st. 2-4 (točka 146.2).

⁴⁴ V. Pavišić, Berislav (2008) Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2, str. 489-602, 591-592.

točke bez čijeg otklanjanja nije moguće ugraditi sudsku kontrolu. Riječ je o ovim točkama:

1) *Provjerljivost osnova sumnje*. U odnosu na opseg kontrole, Ustavni sud izričito je rekao da ona obuhvaća pretpostavke i zapreke za kazneni progon. Suprotno stajalištu na kojem se temeljilo rješenje iz ZKP/08, prema kojem temeljna pretpostavka kaznenog progona i istrage nije sudski provjerljiva,⁴⁵ Ustavni sud izričito je rekao da su i osnove sumnje provjerljive (točka 39.3). Na istom je stajalištu i Europski sud za ljudska prava koji smatra “da razumnost sumnje na kojoj se temelji uhićenje pretpostavlja postojanje činjenica i obavijesti koje će zadovoljiti objektivnog promatrača da je osoba počinila kazneno djelo”.⁴⁶

2) *Materijalni kriterij za početak kaznenog progona*. Sudska kontrola trebala bi biti osigurana ne samo u istrazi već i tijekom kaznenog progona. Pri tome Ustavni sud uočava teškoće uvođenja sudske kontrole u postojeći kazneni progon zbog formalnog kriterija za njegov početak, upis kaznene prijave u upisnik, koji ne odgovara i materijalnom kriteriju odnosno postojanju osnova sumnje da je osoba počinila djelo. Koncept kaznenog progona miješa preliminarno istraživanje u kojem se provode neformalni izvidi radi utvrđivanja postojanja osnova sumnje s formalnim početkom postupka kada je postojanje sumnje utvrđeno (točka 40.2). Sudska kontrola pretpostavki za postupak može se provesti tek kada su one utvrđene, a s obzirom na to da kazneni progon može početi prije utvrđenja pretpostavki, Ustavni sud je proglasio čl. 2. st. 5. protuustavnom preprekom za uvođenje sudske kontrole.

3) *Obavijest osumnjičeniku o početku kaznenog progona*. Osim toga, sudsku zaštitu može zatražiti samo ona osoba koja zna da se protiv nje vodi kazneni progon. ZKP/08 ne samo da ne predviđa obavijest osumnjičeniku da se protiv njega vodi kazneni progon već je moguće da on i ne mora znati da je u statusu osumnjičenika sve do neposredno prije podizanja optužnice (čl. 341. st. 3. ZKP). Pravo na obavijest o osnovama optužbe jedno je od minimalnih prava obrane zajamčeno čl. 6. Konvencije i čl. 29. Ustava. Zbog toga je zakonodavac dužan propisati obvezu da se osoba mora odmah službeno obavijestiti da je osumnjičenik i uz taj trenutak konstituirati djelotvorno pravno sredstvo zaštite protiv nezakonitog progona (točka 39.8).

4) *Kvaliteta pravne norme*. Odredba čl. 2. st. 5. ZKP, iako predstavlja uvođnu, načelnu odredbu koja bi trebala biti vodilja u tumačenju drugih zakonskih odredbi višestruko je nejasna i nepotpuna. Na to je upozorio Ustavni sud rekavši da ona govori o “razjašnjavanju sumnje”, a ne o osnovama sumnje,

⁴⁵ Tvrđilo se da s obzirom na to da sud više ne ocjenjuje uvjete za započinjanje istrage, ona više ne mora biti osnovana, dakle provjerljiva. *Novosel, Dragan/Pajčić, Matko* (2009) Državni odvjetnik kao gospodar novog prethodnog kaznenog postupka, HLJKPP br. 2, 427-474, 447, vidi i 457 bilj. 29.

⁴⁶ *Stepuleac v. Moldova*, 2007, t. 68; *V. i Leva v. Moldova*, 2009., t. 50.

određuje da kazneni progon završava sudskom odlukom iako takvu situaciju Zakon ne poznaje, vezuje kazneni progon za upis i neku radnju ili mjeru, a ne uz trenutak faktičnog utvrđenja da postoje osnove sumnje da je određena osoba počinila kazneno djelo te konačno preliminarna istraživanja proglašava kaznenim progonom što čini taj pojam značenjski pogrešnim te stvara pogrešan vanjski dojam (točka 40.2). Sva ta određenja su nejasna, odredba je nerazumljiva i nepotpuna⁴⁷ te dovodi do pravne neizvjesnosti.

b) Ustavne obveze zakonodavca o uvođenju sudske zaštite u prethodni postupak

Na temelju svega navedenog Ustavni je sud formulirao pozitivnu obvezu zakonodavca usmjerenu na uklanjanje strukturalnih manjkavosti u prethodnom postupku ovako (točka 246):

1) Ugraditi mehanizam djelotvorne sudske zaštite protiv nezakonitog (arbitrarnog) kaznenog progona i istrage od trenutka kad je osoba obaviještena da je u statusu osumnjičenika;

2) Propisati zakonsku obvezu određivanja trenutka i obavještavanja osobe da je u statusu osumnjičenika u slučajevima kad se ne provodi istraga;

3) Urediti instancijsko pravno sredstvo protiv odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u radu državnih odvjetnika i sudaca istrage sukladno zahtjevima djelotvornog domaćeg pravnog sredstva.

3.3.3. Procesne garancije pravičnog postupka

Odredbe i praksa nastala temeljem čl. 6. Konvencije i čl. 29. Ustava RH u bitnom određuju procesna prava i ovlasti subjekata kao i konstrukciju kaznenog postupka. Iz tog razloga Ustavni je sud i utvrdio najveći broj povreda prava na pravični postupak.

a) Zabrana korištenja dokaza pribavljenih povredom prava na dostojanstvo (čl. 10. st. 3.)

Ustav Republike Hrvatske u puno širem opsegu nego međunarodno pravo zabranjuje korištenje nezakonitih dokaza u kaznenom postupku i time pruža

⁴⁷ Osim što je nejasna, odredba je i nepotpuna jer je propušteno utvrditi da kazneni progon završava i odbačajem kaznene prijave ako oštećenik ne dađe izjavu da preuzima progon (točka 40.3).

znatno višu zaštitu svojim građanima od nezakonitih posega državnih tijela u njihova temeljna prava. Za razliku od Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava, Ustav RH u čl. 29., st. 4. propisuje: "Dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se uporabiti u sudskom postupku." Time je u Republici Hrvatskoj pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza uspostavljeno kao element pravičnog postupka i svako korištenje u kaznenom postupku nezakonitih dokaza dovodi do nepravičnog postupka, odnosno do kršenja čl. 29. Ustava RH. Propisom iz čl. 29. st. 4. Ustava zabrana korištenja nezakonitih dokaza uzdignuta je na rang ustavnog načela.

Odredba čl. 10. ZKP⁴⁸ zbog mogućnosti korištenja dokaza pribavljenih povredom određenih prava sukladno načelu razmjernosti, u javnosti se pojavila kao najkontroverznija i najviše osporavana odredba ZKP. Protiv nje je podnesen i prvi prijedlog za ocjenu ustavnosti ZKP. Ipak, njezina konstrukcija kao i primjena načela razmjernosti u ocjeni valjanosti dokaza prošla je sudsku kontrolu. Naime, vaganje povreda prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života u cilju ostvarenja učinkovitog kaznenog postupka predviđeno u čl. 10. st. 3. ZKP prihvaćeno je u mnogim europskim pravnim sustavima. Isto tako, i prema judikaturi Europskog suda za ljudska prava riječ je o pravima koja se mogu ograničiti u legitimnom cilju i sukladno načelu razmjernosti. Međutim, to ne vrijedi za pravo na dostojanstvo.

Nije pretjerano tvrditi da je ljudsko dostojanstvo nakon Drugog svjetskog rata postalo ključna vrijednost i najvažniji pojam za razvoj ljudskih prava u svijetu. Europska konvencija o ljudskim pravima ne spominje izričito ljudsko dostojanstvo, međutim konvencijska su ga tijela uspostavila ne samo kao element pojedinih konvencijskih prava (čl. 3., 6., 8. Konvencije) već je sada na načelnoj razini usvojeno da je ljudsko dostojanstvo temelj svih prava zaštićenih Konvencijom. Tako je u predmetu *Pretty v. Ujedinjeno Kraljevstvo* iz 1997. Sud rekao da "sama esencija Konvencije je poštovanje ljudskog dostojanstva i ljudske slobode" (točka 65). Čl. 1. Povelje ljudskih prava Europske unije⁴⁹ glasi: "Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Ono se mora poštovati i štiti." Time je u Europskoj uniji na čelo piramide prava postavljeno pravo na ljudsko dostojanstvo kao prvo od nedjeljivih, univerzalnih vrijednosti na kojima je

⁴⁸ Članak 10. (2) Nezakoniti su dokazi: 2) koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života.

(3) Ne smatraju se nezakonitim dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. ovog članka: 2) u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti postupak, kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela.

⁴⁹ OJ 2000 C 364, p. 1.

Unija utemeljena te predstavlja osnovu svih temeljnih prava u Povelji.⁵⁰ Povelja je impostirala ljudsko dostojanstvo po uzoru na njemački Ustav koji u čl. 1. jamči pravo na ljudsko dostojanstvo kao temeljno i najvažnije pravo.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud je utvrdio da je ljudsko dostojanstvo apsolutno, nederogabilno i nekomparabilno i nije ga moguće ni ograničavati ni vagati. Pribavljanje dokaza povredom ljudskog dostojanstva čini taj dokaz nezakonitim. Odstupanje od tog pravila nije dopušteno jer nijedno drugo pojedinačno pravo ili sloboda odnosno nijedan opći ili javni interes, pa ni onaj usmjeren na uspješno procesuiranje najtežih kaznenih djela, nije dopušteno uspoređivati niti mu je dopušteno dati prednost pred ljudskim dostojanstvom. Stoga odredba čl. 10. st. 3. ZKP pada na testu ustavnosti jer ljudsko dostojanstvo sadržano u čl. 17. st. 3. Ustava nije moguće ograničavati niti vagati.⁵¹

b) Povreda prava na nepristranog suca (čl. 34. st. 2., čl. 399. st. 2., čl. 532. st. 2.)

Ustavni sud je utvrdio da tri odredbe ZKP krše odredbe o nepristranosti sudaca. Prva je odredba čl. 34. st. 2. kojom se predviđalo vremensko ograničenje prava na podnošenje zahtjeva za otklon do početka rasprave. Prema praksi Europskog suda za ljudska prava, objektivna i subjektivna pristranost suda jednako teško krše pravo na pravičan postupak koji mora biti zajamčen okrivljeniku tijekom cijelog kaznenog postupka.⁵² Zakon mora pružiti okrivljeniku djelotvorno pravno sredstvo za ostvarivanje prava na pravičan postupak u svim njegovim aspektima pa se vremenskim ograničavanjem prava na podnošenje zahtjeva za otklon suca ili suca porotnika do početka rasprave neosnovano uskraćuje pravo okrivljeniku da osporava subjektivnu pristranost suca ili suca porotnika zbog razloga koji su nastali poslije početka rasprave (točka 50).⁵³

Odredba čl. 399. st. 2.⁵⁴ krši čl. 29. Ustava jer omogućuje održavanje rasprave pred istim sudom pred kojim je počinjeno djelo. Kada tijekom rasprave osoba počini kazneno djelo pred sudskim vijećem, suci pred kojima se dogodilo kazneno djelo su svjedoci te ih njihova neposredna saznanja čine pristranim.

⁵⁰ V. Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, June 2006, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 23-29.

⁵¹ *Bojanić, Igor/Đurđević, Zlata* (2008) Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, HLJKPP br. 2, 973-1003, 1000.

⁵² Detaljnije o toj povredi v. *Đurđević* 2011, 342-344, poglavlje b) Kršenje prava na nepristranog suca odredbom čl. 34. st. 2.

⁵³ Iz tog razloga Hrvatska je osuđena u predmetu *Olujić* 2009. godine.

⁵⁴ Čl. 399. st. 2. ZKP: Ako tijekom rasprave u zasjedanju druga osoba počini kazneno djelo, vijeće može prekinuti raspravu i prema usmenoj optužbi tužitelja suditi o počinjenom kaznenom djelu odmah, a može za to djelo suditi nakon završetka započete rasprave.

U predmetu *Kyprianou v. Cipar* iz 2005., Europski sud je utvrdio da je riječ o povredi zahtjeva za nepristranošću suda jer “konfuzija uloga između podnositelja, svjedoka, tužitelja i suca može samorazumljivo izazvati objektivno opravdane strahove u odnosu na usklađenost postupka s drevnim načelom da nitko ne smije biti sudac u vlastitoj stvari, i stoga o nepristranosti vijeća.“ Ispravan pristup suda je da dostavi predmet tužitelju radi suđenja pred drugačije sastavljenim sudom.

Mogućnost da sudac koji odlučuje u optužnom vijeću sudi na raspravi (čl. 532. st. 2.) krši pravo na nepristranog suca. Sudac se ne smatra nepristranim ako je prije u istom postupku donosio odluke koje se odnose na odluku o glavnoj stvari odnosno odlukom o krivnji ili su povezane s njom. Iz tog razloga je u čl. 32. st. 1. t. 4. ZKP propisan kao jedan od razloga izuzeća koji predstavlja apsolutno bitnu povredu kaznenog postupka odlučivanje u istom kaznenom predmetu o potvrđivanju optužnice. Suprotno tome, ZKP u čl. 532. st. 2. izričito dopušta da u skraćenom postupku sudjeluje ili presjedava raspravi sudac koji je odlučivao o ispravnosti i osnovanosti optužnice (točka 239.2).

c) Povrede minimalnih prava obrane

Ustavni sud je utvrdio da veći broj odredaba krši minimalna prava obrane predviđena čl. 6. st. 3. Konvencije odnosno čl. 29. Ustava utvrdivši da ih je zakonodavac neopravdano ili prekomjerno ograničio ili ih nije djelotvorno omogućio.

Pravo osumnjičenika na obavijest o prirodi i razlozima optužbe povrijeđeno je u stadiju kaznenog progona te je Ustavni sud ustanovio pozitivnu obvezu obavještanja osobe da je u statusu osumnjičenika u slučajevima kad se ne provodi istraga (čl. 2. st. 5.).

Pravo na branitelja prekršeno je u raznim aspektima: njegovim isključenjem zbog postojanja osnova sumnje za pranje novca zbog niskog standarda vjerojatnosti (osnova sumnje) i neprecizno određenog oblika kaznenog djela pranja novca (čl. 70. st. 5.); kršenje prava okrivljenika na tajnost komunikacije s braniteljem (čl. 75. st. 2. i 3. i čl. 76. st. 2.-4.); kršenje prava na branitelja zbog mogućnosti održavanja rasprave bez njegove prisutnosti u skraćenom postupku (čl. 530. st. 3. i čl. 531. st. 2.).

Pravo na materijalnu obranu: odredbe o prekluziji dokaza prekomjerno ograničavaju pravo optuženika i njegova branitelja da se opredijele za koncepciju obrane koja će osporiti navode tužiteljstva (čl. 377. st. 1. i čl. 421. st. 2. t. 1.).

Uvid u spis predmeta nije u praksi djelotvorno ostvariv što je protivno procesnoj pravičnosti; zakonodavac nije jasno definirao značenje šutnje okrivljenika

i njezin utjecaj na djelotvorno ostvarenje prava osumnjičenika na korištenje spisom (čl. 184. st. 2. t. 1.).

Pravo optuženika da ispituje svjedoke optužbe: kršenje prava okrivljenika da bude prisutan raspravi (čl. 369. st. 2.); institut parcijalnog imuniteta svjedoka zbog preširokih diskrecijskih ovlasti državnog odvjetništva i kršenja prava obrane (čl. 286. st. 2-4).

Privilegij od samooptuživanja krši odredba st. 3. čl. 399.⁵⁵ jer nalaže obvezu da se svjedoku odnosno vještaku dade da potpiše poseban zapisnik s vlastitim iskazom. Taj se zapisnik dostavlja državnom odvjetniku kao dokaz koji ga tereti da je počinio kazneno djelo davanja lažnog iskaza.

Druga prava optuženika: dokazne zabrane uspostavljene na štetu okrivljenika, tzv. "antidokazne" zabrane protivna su načelu pravičnog postupka jer dokazne zabrane postoje u korist okrivljenika (čl. 298.); nepostojanje subjektivnog roka za izdvajanje nezakonitih dokaza u istrazi (čl. 86. st. 1.); odredba da državni odvjetnik uz optužnicu dostavlja popis dokaza kojima raspolaže a da nije obvezan uz optužnicu priložiti sve dokaze koje je pribavio (čl. 342. st. 2.); ukidanje obveze suda da u obrazloženju presude navede razloge za odluku o dokaznim prijedlozima stranaka i o načinu izvođenja dokaza (čl. 459. st. 5.).

3.3.4. Povreda prava na slobodu

Nekoliko odredaba Ustava o mjerama za osiguranje prisutnosti okrivljenika povrijedilo je pravo na slobodu: neustavno oduzimanje slobode okrivljenika protiv kojeg je određeno jamstvo od strane policije bez postojanja ustavnopravno dopuštene svrhe (čl. 97. st. 7.); neustavno isključivanje okrivljenika kojima je određen istražni zatvor po čl. 123. st. 1. t. 4. ZKP od puštanja na slobodu uz jamstvo (čl. 102. st. 1.); odredbe o propasti jamstva protivne su načelu razmjernosti i prava na vlasništvo (čl. 104. st. 2.); mogućnost arbitrnog oduzimanja slobode od druge osobe (čl. 106. st. 3.); rokovi za trajanje uhićenja ne odgovaraju ustavnom zahtjevu trenutnosti predavanja uhićenika sudu (čl. 112. st. 2.).

⁵⁵ Čl. 399. st. 3. Ako postoje osnove sumnje da je svjedok ili vještak na raspravi dao lažni iskaz, ne može se za to djelo odmah suditi. U takvu slučaju predsjednik vijeća može narediti da se o iskazu svjedoka, odnosno vještaka sastavi poseban zapisnik, koji će se dostaviti državnom odvjetniku. Taj će zapisnik potpisati ispitani svjedok, odnosno vještak.

3.3.5. *Povreda prava na privatnost*

Jedno od prava u koja se najviše zadire tajnim istražnim mjerama kao i dokaznim radnjama jest pravo na poštovanje osobnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. Ustavni sud pronašao je povredu tog prava kod sljedećih propisa:⁵⁶ odredbe koje uređuju pretragu bez naloga (čl. 246. st. 1.), pretragu noću (čl. 247. st. 2. i 3.), pretragu osobe (čl. 251. st. 1.), tjelesni pregled (čl. 326. st. 1.-3.), podaci prikupljeni molekularno-genetskom analizom (čl. 327. st. 6. i 7.), posebne dokazne radnje zbog višestrukih povreda Ustava (čl. 332. st. 2., 334. st. 2., 335. st. 3., 337. st. 1. i 2); propis o prikupljanju osobnih podataka nije sukladna ustavnom jamstvu poštovanja i pravne zaštite privatnog života pojedinca (čl. 186. st. 1.); ispitivanje okrivljenika radi prikupljanja podataka o etničkom porijeklu okrivljenika (čl. 272. st. 1.).

3.3.6. *Načelo zakonitosti u kaznenom procesnom pravu*

Načelo zakonitosti univerzalno je načelo pravnog poretka koje vrijedi za sve pravne norme u međunarodnom, supranacionalnom i u domaćem pravu. Europska unija uz njega je vezala neposredan učinak svojih normi, što je temeljna karakteristika nadnacionalnog poretka. Ipak, upravo to načelo ima posebno značenje za kaznenopravno područje. Načelo zakonitosti u materijalnom kaznenom pravu zajamčeno je kao apsolutno i nederogabilno međunarodno ljudsko pravo. U kaznenom procesnom pravu načelo zakonitosti znači da svi zahvati državnih vlasti u pojedinčeva prava i slobode moraju biti utemeljeni na pravnoj normi zakonskog ranga.⁵⁷ Njegova svrha je izbjegavanje arbitrarnosti u primjeni zakona.

Ustavna odluka prekretnica je u primjeni načela zakonitosti kako u ustavnom sudovanju tako i u kaznenom procesnom pravu. Načelo zakonitosti jedno je od ustavnih zahtjeva koji se provlače kroz cijelu odluku. Ustavni je sud utvrdio da procesne odredbe do te mjere krše načelo zakonitosti da je zakonodavcu naložio ispunjenje pozitivne obveze da uravnoteži kaznenoproceni poredak tako da dosljedno počiva na određenim, preciznim i predvidljivim općim pravilima.

Slijedi navođenje nekih povreda načela zakonitosti. Pretpostavke za produženje posebnih dokaznih radnji (čl. 335. st. 2.) definirane kao “važni razlozi” i “složenost predmeta” su neodređeni pravni pojmovi koji omogućuju sucima preširoke diskrecijske ovlasti kad tumače ograničenja ustavnih prava građana (točka 170.2).

⁵⁶ Detaljnije vidi Ivičević Karas, *Elizabeta* (2008) Radnje i mjere procesne prisile radi pribavljanja predmeta za potrebe kaznenog postupka, HLJKPP broj 2, str. 939-971.

⁵⁷ *Krapac, Davor* (2010) Kazneno procesno pravo: Institucije, Zagreb: Narodne novine, 32.

Ustavni sud je ocijenio ustavnost i odredaba o roku za podizanje optužnice od petnaest dana i rokove za produljenje tog roka od petnaest dana, zatim za dva mjeseca da bi konačni ukupni rok bio šest mjeseci. Rekao je da ne postoji razuman odnos razmjernosti između redovitog roka i dopuštenih produljenja koja dovode do roka čak 11 puta duljeg od redovitog te u cijelosti poništavaju učinke koje impliciraju kratki rokovi. Rečenica čl. 229. st. 2.: “U svakom slučaju smatra se da je državni odvjetnik odustao od kaznenog progona ako optužnica nije podignuta šest mjeseci nakon završetka istrage.” u cijelosti poništava svrhu, smisao i ciljeve prethodno postavljenih pravila o kratkom redovitom roku za podizanje optužnice i njegovim dopuštenim produljenjima. Riječi “u svakom slučaju” pokazuju da prethodno postavljeni rokovi nemaju nikakvo praktično pravno značenje (točka 115.1). Stoga je Sud utvrdio da ta rečenica nije u suglasnosti sa zahtjevima koji za zakone proizlaze iz načela vladavine prava, osobito onima koji se tiču pravne izvjesnosti, pravne sigurnosti i pravne dosljednosti (čl. 3. Ustava).

Daljnji primjer su odredbe o ispravku presude kojima se daje ovlast sudu da rješenjem ispravlja pogreške koje predstavljaju osnovu za pobijanje presude i o kojima bi trebao odlučivati drugostupanjski sud u povodu žalbe (čl. 462. st. 2. i 3.). Štoviše, iz tih odredbi proizlazi da to može biti i nakon što je presuda dostavljena strankama i stranka je protiv nje već izjavila žalbu. Sud je istaknuo da nije precizno određen postupak za ispravljanje presuda rješenjem te da propisane odredbe ne ispunjavaju zahtjeve pravne sigurnosti (točka 115.3).

4. IZVRŠENJE I PRAVNI UČINAK USTAVNE ODLUKE

Sadržaj ustavnih povreda kroz pojedinačne kaznenoprocne norme te kroz strukturalne manjkavosti opisan je i analiziran u prethodnom dijelu rada. U ovom dijelu bit će riječi o subjektima koji izvršavaju odluku, o važenju i pravnom učinku odluke te o načinu izvršenja ili primjene odluke. Odluka ima pravni učinak na zakonodavca, građane te pravosudna tijela.

a) Zakonodavac kao glavni adresat odluke

Odluka Ustavnog suda o sukladnosti ZKP s Ustavom namijenjena je primarno zakonodavcu. On je odgovoran za izvršenje odluke kojom su ukinute 43 odredbe Zakona o kaznenom postupku te su u točki 246. utvrđene pozitivne ustavne obveze. Prema točki II. i III. izreke kao i točki 240, pod izvršenjem ove odluke razumije se usklađivanje teksta ZKP kroz zakonodavnu novelu ili novi ZKP u kojem moraju biti provedena pravna stajališta iz ustavne odluke

i ispunjene pozitivne ustavne obveze. Iako su pozitivne obveze sadržane u obrazloženju cijele odluke, Ustavni sud objedinio ih je i u točki 246. Odluke.

Imajući na umu rezultat ustavne kontrole te složenost zadatka koji je postavio pred zakonodavca, Ustavni je sud dao zakonodavcu rok od nešto manje od godine i pol odnosno od 20. srpnja 2012. do 15. prosinca 2013. za izvršenje ove odluke.⁵⁸ Pri tome će ukinute odredbe ZKP prestati važiti na dan stupanja na snagu novih odredbi ZKP usklađenih s Ustavom, a najkasnije 15. prosinca 2013.⁵⁹ Tako dugi odgodni rok u kojem će i dalje biti na snazi neustavne odredbe ZKP Ustavni sud obrazložio je činjenicom da je novi model kaznenog procesa oblikovan prvi put u hrvatskoj kaznenopravnoj povijesti i da se u vrijeme njegova prihvaćanja 2008. godine objektivno nisu mogli predvidjeti problemi koje može rasvijetliti tek njegova primjena u praksi. Istaknuo je da je riječ o normativnom modelu u izgradnji, a sudska i državnoodvjetnička praksa tek se počela razvijati. Stoga je Ustavni sud posebnu pažnju usmjerio na unutarnju strukturu novog kaznenoprocenog modela i u tim okvirima utvrdio njegove temeljne strukturalne nedostatke i manjkavosti. Ustavni sud bio je svjestan da utvrđeni stupanj neusklađenosti pravnog okvira kaznenog postupka s Ustavom i Konvencijom nužno zahtijeva provođenje opsežnije reforme kaznenog procesnog prava za čije je izvršenje potrebno dulje vrijeme (točka 243).

Hrvatski zakonodavac odlučio se na parcijalne izmjene ZKP u dva stupnja. Kako bi se što prije otklonile neustavne kaznenoprocenke odredbe u ZID ZKP/12⁶⁰ kojim se provodi usklađivanje s novim KZ koji stupa na snagu 1. siječnja 2013. unesene su i odredbe kojim je ZKP usuglašen u pogledu 17 ukinutih odredaba Odlukom Ustavnog suda. Tih 17 odredaba ZKP/08 koje su ukinute Odlukom Ustavnog suda prestaju važiti na dan stupanja na snagu ZID ZKP/12.

⁵⁸ Davanje zakonodavcu roka u kojem mora uskladiti neustavni zakon s naloženim izmjenama ustaljena je praksa Ustavnog suda koju je primijenio npr. na Zakon o parničnom postupku, gdje je Ministarstvo pravosuđa čak tražilo dodatni rok za usklađenje, a najrecentniji primjer tiče se Zakona o javnom okupljanju. Ustavni je sud 6. srpnja 2011. ukinuo pojedine odredbe Zakona o javnom okupljanju i rekao da, uvažavajući vrijeme potrebno za provedbu ocjene stanja, pripreme novele kao i trajanje zakonodavnog postupka zakonodavcu daje rok od godine dana za usklađivanje ukinutih odredbi s Ustavom.

⁵⁹ O vremenu prestanka važenja zakona ukinutih odluka Ustavnog suda RH v. *Omejec, Jasna* (2002) *Pravni učinci ustavnosudske kontrole zakona i drugih papira u: I. Crnić i N. Filipović, Ustav kao jamac načela (106 - 109) pravne države, Zagreb: Organizator, 95-141.*

⁶⁰ Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku prihvaćen je na sjednici Vlade 21. 11. 2012., te je poslan u drugo čitanje u Hrvatski sabor.

b) Građani

Ustavna odluka otvorila je pitanje kaznenih postupaka koji su se vodili, vode se ili će se voditi na temelju odredaba koje su odlukom proglašene neustavnima. Građanima su u tom smislu otvorena dva pravna puta od kojih je jedan moguć tek nakon stupanja na snagu ustavne odluke.

Ustavni zakon o Ustavnom sudu predvidio je mogućnost obnove kaznenog postupka za pravomoćne presude koje još nisu proizvele učinke (čl. 58. st. 1. Ustavnog zakona) odnosno naknade štete za pravomoćne presude čiji su učinci nastupili (čl. 59 Ustavnog zakona), ako su presude bile utemeljene na odredbi zakona koja je ukinuta zbog nesuglasnosti s Ustavom, ali tek od dana stupanja na snagu odluke Ustavnog suda o ukidanju zakonske odredbe. U toč. V. izreke Odluke, Ustavni sud je upozorio na nemogućnost pozivanja na Ustavnu odluku za vrijeme važenja pozitivnog ZKP. Pri tome je naglasio da se pravomoćna kaznena presuda mora isključivo ili odlučujuće temeljiti na ukinutim odredbama i na razlozima zbog kojih je tu odredbu Ustavni sud ukinuo. O postojanju tih pretpostavki ovlašteni su odlučivati nadležni kazneni sudovi, a zakonodavca je obvezao da čl. 58. st. 1. i 5. i čl. 59. Ustavnog zakona razradi u prijelaznim odredbama novog zakonodavstva. U protivnom će se te odredbe primjenjivati neposredno počevši od 16. prosinca 2013.

Međutim, svatko ima pravo osporavati ustavnom tužbom da je pojedinom konkretnom radnjom ili mjerom u kaznenom postupku povrijeđeno njegovo ustavno pravo odnosno da je imao nepravičan postupak. Sukladno točki V. izreke Odluke ne smije se pozivati na odluku Ustavnog suda da su mu povrijeđena ustavna prava već na sam Ustav odnosno ustavna načela. Pri tome treba imati na umu da je kazneni postupak neustavan kada se smatra nepravičnim u cjelini. Ukidanje pojedine odredbe ZKP-a po kojoj je postupano u nekom kaznenom postupku u pravilu ne znači da je taj postupak nepravičan u cjelini te stoga ne može dovesti do njegove neustavnosti. Europski sud za ljudska prava a i Ustavni sud koji slijedi njegovu praksu visoko vrednuju javni interes za vođenje kaznenog postupka i kažnjavanje počinitelja kaznenih djela i stoga neustavnost pojedine postupovne odredbe koja je primijenjena ne značiti da će čitav kazneni postupak biti proglašen nepravičnim i neustavnim. Pravičnost postupka ne ovisi samo o zakonu već o postupanju državnih tijela u konkretnom predmetu. Državni odvjetnici i suci kad vode kazneni postupak znaju da su dužni primjenjivati standarde propisane Ustavom i Europskom konvencijom o ljudskim pravima koji ih obavezuju i imaju jaču snagu od zakona, i ako to čine nema opasnosti za pravičnost postupaka. Primjer za takvo postupanje je praksa državnog odvjetništva da dozvoljava obrani u puno širem opsegu uvid u spis predmeta nego što to propisuje ZKP.

c) Pravosudna tijela

IV. točka izreke Odluke navodi da ona nema učinaka na postupke koji su pokrenuti ni na radnje i mjere koje su poduzete prema ZKP za vrijeme njegova važenja. Međutim, državna odvjetništva i sudovi nakon donošenja odluke Ustavnog suda moraju uzeti u obzir činjenicu da su pojedine odredbe ZKP/08 proglašene neustavnima, iako su formalno i dalje na snazi. To znači da su dužni tumačiti odredbe ZKP na način koji nije protivan temeljnim načelima Ustava. Pred njih se postavlja zadaća odgovarajućeg tumačenja tih protuustavnih normi kako bi se u njihovoj primjeni u praksi izbjegle neustavne situacije.

5. ZAKLJUČAK

Ustavni sud je odlukom od 19. srpnja 2012. utvrdio neustavnost i nesuglasnost s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda ne samo većeg broja odredaba ZKP/08 već i cijelog zakona utvrdivši postojanje strukturalnih te načelnih manjkavosti kaznenog postupka protivnih Ustavu RH. Nesuglasnosti s Ustavom mogu se svrstati pod povrede šest fundamentalnih ustavnih načela: načelo razmjernosti, načelo sudske kontrole, načelo pravičnog postupka, zaštita osobne slobode, zaštita osobnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja te načelo zakonitosti u kaznenom procesnom pravu. Pozitivne obveze koje je Ustavni sud nametnuo zakonodavcu u cilju restauracije ovih načela dubinski ulaze u strukturu kaznenog postupka. Određivanje početka formalnog kaznenog progona, pretvaranje procesnih garancija i prava obrane u prethodnom postupku iz iznimki u pravilo, razmjerno, jasno i legitimno ograničavanje temeljnih ljudskih prava, ponovno osnaženje uloge i ovlasti suda kroz cijeli kazneni postupak, terminološko usklađenje kaznenoprocenih pojmova s njihovim stvarnim sadržajem, pročišćavanje zakonskih odredbi u cilju stvaranja određenih, preciznih i predvidljivih općih pravila te izbjegavanje arbitrarnosti u primjeni zakona neće biti provedivo bez strukturalne reforme cijelog prethodnog postupka s neizbježnim refleksnim odrazom na kasnije stadije kaznenog postupka.

Kako je rekao Ustavni sud, ustavna je obveza zakonodavca da u postupku izvršenja ove odluke otkloni neustavne deficite kako bi novi nacionalni kaznenoprocen model u cijelosti uskladio s Ustavom i Konvencijom te postigao njegovu trajnu unutarnju pravnu konzistentnost i koherentnost. To je zahtjevan ali krucijalan i nužan zadatak kako bi došlo do normativne konsolidacije kaznenog procesnog prava te se počela izgrađivati jedinstvena sudska i državnoodvjetnička praksa. Iscrpljivanje na permanentnom prilagođavanju novim modelima štetno je za razvoj pravosuđa i pravnog sustava u cjelini. Ukoliko zakonodavac uspije izvršiti svoju ustavnu obvezu i stabilizirati kaznenoprocen model daljnje zakonodavne reforme uvjetovane prije svega pra-

vom Europske unije biti će neizbježne ali bitno manjeg opsega te će nam omogućiti da se posvetimo tumačenju a ne samo učenju pravnih normi.

Summary

DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA ON THE COMPLIANCE WITH THE CONSTITUTION OF THE CRIMINAL PROCEDURE ACT

This paper discusses the content, significance and legal effect of the decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia on the compliance with the Constitution of the Criminal Procedure Act (CPA). This decision to a great extent provided for the constitutionalisation of criminal procedural law. In its decision of 19 July 2012, the Constitutional Court determined the unconstitutionality and non-compliance with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of not only a large number of provisions of the CPA/08, but of the entire act, by finding structural and principal drawbacks that are contrary to the Croatian Constitution. Therefore, not only did it repeal the provisions of 43 articles of the CPA/08, but also imposed on the legislator the task of fulfilling a series of positive constitutional requirements. By adopting the CPA/08, the Government had failed the criminal procedure law test, failing to find the right measure of, or balance between, two opposite tasks of the CPA: efficiency and protection of human rights. The first part of the paper presents the course and characteristics of the Constitutional Court procedure. The second identifies the basic constitutional values that the CPA/08 violated according to the decision of the Constitutional Court, and classifies the individual violations under five constitutional principles: proportionality, judicial control, fair trial guarantees, protection of liberty and legality in criminal procedure law. In the third part, the author analyses the manner in which the constitutional decision comes into force, the forms of its implementation and its legal effect on the lawmaker, on the individuals and on judicial bodies. She emphasises that, although the decision will come into force only after the CPA is aligned with the Constitution and at the latest on 15 December, until then the State Attorney's Office and judges must interpret the unconstitutional provisions in a manner that is not contrary to the fundamental principles of the Constitution and must avoid unconstitutional situations in practice.