

Alen Lukač*

ZAKONITOST DOKAZA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM I POREDBENOM PRAVU

Predmet je rada razmatranje načela zakonitosti dokaza u bosansko-hercegovačkom kaznenom procesnom pravu s teorijskog, normativnog i praktičnog aspekta. U radu se analiziraju poredbenopravna rješenja u Sjedinjenim Američkim Državama, kao i judikatura Europskog suda za ljudska prava, s posebnim osvrtom na najznačajnije odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država kojima je postavljen temelj teorijskim postavkama ekskluzijskog pravila u SAD-u. U nastavku se analizira uređenje načela zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom pravnom sustavu, uz prikaz pravnih stajališta sudske prakse, prvenstveno Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, koja se odnose na institut zakonitosti dokaza. U sklopu navedenog u zasebnim se odlomcima razmatraju dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, s posebnim osvrtom na semantičko-kontekstualnu analizu odredbe te iznošenje stajališta da su te dvije potkategorije postavljene alternativno, a ne kumulativno. Naposljetku se iznose i prijedlozi de lege ferenda, a sve u cilju potpunijeg uređenja instituta zakonitosti dokaza u BiH.

Ključne riječi: zakonitost dokaza, ekskluzijsko pravilo, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, Europski sud za ljudska prava, bitne povrede odredaba kaznenog postupka

1. UVOD

Problematika zakonitosti dokaza u kaznenom postupku bez ikakve sumnje spada u jedno od najkompleksnijih pitanja kaznene procesne dogmatike. Ono je komplicirano i teško rješivo ne samo sa stajališta zakonske regulative, odnosno zakonskog određenja samoga instituta, nego i sa stajališta procesne teorije

* Univ. spec. iur. Alen Lukač, sudac Općinskog suda u Srebreniku

i sudske prakse. Upravo se sudskoj praksi pripisuje zadatak evolucije i razvoja instituta nezakonitih dokaza u kaznenom postupku.

Problematika dokazivanja u određenom sudskom postupku, konkretno zakonitosti dokaza u kaznenom postupku, osim toga što nipošto nije jednostavna, nije ni jednostrana te je treba promatrati dvojako. Naime ključna su pitanja uređenja postupanja s dokazima najprije samo određivanje što se ima smatrati nezakonitim dokazom, a zatim i reguliranje načina postupanja s takvim dokazima. Prvim se nastoje dati konture zakonitosti postupanja tijela kaznenog progona, osigurati njihovo discipliniranje te onemogućiti povrede temeljnih ljudskih prava i sloboda do kojih može doći povredama propisanih procesnih formi u prikupljanju dokazne građe.

Čitav koncept instituta zakonitosti dokaza ima za svoj cilj i svrhu osigurati u kaznenom postupku korištenje dokaza koji su pribavljeni uz poštivanje zakonskih odredbi o dokazivanju s jedne strane, kao i sprječavanje tijela kaznenog progona u postupanjima koja bi mogla predstavljati kršenje temeljnih ljudskih prava i sloboda. Iz gornjega je sasvim razvidno da je u samoj srži toga instituta neprestano previranje te latentan sukob između dva ustavnopravno zaštićena interesa, odnosno zaštite temeljnih ljudskih prava s jedne strane te obveze države na učinkovit kazneni progon. Kroz rezultate toga antagonizma očituje se te razrađuje institut zakonitosti dokaza, i to kako kroz zakonodavnu djelatnost određivanja granica zakonitosti tako i kroz aktivnosti sudske prakse u primjeni i tumačenju na konkretne slučajeve. Upravo se na ta pitanja pokušavaju dati odgovori u nastavku teksta, uz istodobno izlaganje pravnih stajališta dvaju možda najutjecajnijih sudova u svijetu: Vrhovnog suda SAD-a i Europskog suda za ljudska prava.

U radu se najprije razmatraju poredbenopravna rješenja u Sjedinjenim Američkim Državama, prvenstveno najznačajnije odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, u kojima su postavljeni presedani u primjeni ekskluzijskog pravila u SAD-u, s posebnim naglaskom na cilj i suštinu toga instituta, koja se sastoji u otklanjanju samovoljnog policijskog postupanja. U nastavku se razmatra judikatura Europskog suda za ljudska prava, s osvrtom na pravne standarde ispitivanja koje koristi ESLJP prilikom utvrđivanja je li došlo do povrede prava na pravičan postupak propisan čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Središnji dio rada predstavlja analizu zakonskog uređenja načela zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom pravnom sustavu, uz prikaz stajališta sudske prakse, prvenstveno Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, koja se odnosi na institut zakonitosti dokaza. U sklopu navedenog u zasebnim se odlomcima razmatraju dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, i to dokazi koji su pribavljeni bitnim povredama ZKP-a s jedne strane te dokazi pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je

ratificirala Bosna i Hercegovina s druge strane. Naposljetku se kritički razmatraju aktualni zakonodavni okvir i nedostaci postojećih procesnih rješenja te daju preporuke za njihovo otklanjanje u cilju stvaranja jasnijeg i koherentnijeg sustava postupanja s nezakonitim dokazima, što u svakom slučaju pridonosi pravnoj sigurnosti i predvidljivosti te jednakosti građana pred zakonom.

2. ZAKONITOST DOKAZA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA

Prve naznake primjene procesnoga instituta zakonitosti dokaza nalazimo u srednjovjekovnom kontinentalnom pravu. Tako profesor Damaška navodi da „današnje suvremene odredbe koje nalažu zabacivanje nezakonitih dokaza imaju preteču u inkvizitorskom postupku te da najviše iznenađuje što je to uključivalo i zabranu korištenja dokazima proizašlim iz nezakonito pribavljeno¹“. Nema smisla poricati da se u prošlosti temeljenje presude na dokazima koji su pribavljeni uz određene procesne povrede činilo znatno manje odbojno nego što je to slučaj danas. Stvarna doktrinarna i teoretska razrada toga instituta provedena je unutar pravnih sustava iz tradicije *common law*, što je i sasvim logično kad se imaju u vidu specifičnosti porotničkoga načina odlučivanja o činjenicama.² Naime utjecaj koji bi nezakoniti dokaz mogao imati na svijest članova porote, odnosno njihove nemogućnosti kao laika otkloniti takav dokaz prilikom odlučivanja o činjenicama, zaista je poguban, što je samo jedan od razloga polaganja posebne pozornosti ocjeni zakonitosti pojedinih dokaza u sustavima iz tradicije *common law*.³

Doktrina zakonitosti dokaza u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) razvijana je dugi vremenski period, i to kroz praksu Vrhovnog suda SAD-a. Treba imati u vidu da se u kaznenom pravu SAD-a nezakoniti dokazi, čisto s leksičkog aspekta, označavaju kao *illegally obtained evidence* – nezakonito

¹ Vidi više: Damaška, Mirjan, Potraga za pravičnim postupkom u doba inkvizitorne procedure, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 20, broj 1/2013, str. 193–194.

² Tako Redemann navodi da je razvoj instituta ekskluzijskog pravila američki fenomen, ali da ima svoje korijene čvrsto ugrađene u povijesti zapadne civilizacije. Ističe se da se teorijska osnova za pravilo proteže do antičkih vremena i dokazanog uvjerenja u potrebu za privatnošću i osobnom sigurnošću od neželjenih i neopravdanih upada te da se vjerovanje u potrebu za privatnošću može pronaći već kod Grka i Rimljana. IV. amandman ima svoje povijesno korijenje u prirodnom pravu, koje postoji kao postojano i nepromjenjivo pravo koje vlada ljudskim pravima. Redemann, Bob, *The Historical and Philosophical Foundations of the Exclusionary Rule*, Tulsa Law Review, volume 12, issue 2, 2013, str. 324.

³ Više o onemogućavanju kontakta porote s nepouzdanim dokazima: Martinović, Igor; Kos, Damir, *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 23, broj 2/2016, str. 314.

prikupljeni dokazi. Međutim u doktrini kaznenog procesnog prava u SAD-u problematiku korištenja nezakonitih dokaza u kaznenom postupku ustalilo se terminološki označavati kao *exclusionary rule* – pravilo o ekskluziji (isključenju) dokaza. Takav doktrinarni naziv odražava na najbolji mogući način stajališta i pravne teorije, ali i sudske prakse prema tome institutu; na način da je terminološki i leksički naglasak na samoj konzekvenci nezakonito prikupljenih dokaza. Drugim riječima, njime se želi na neki način staviti u prvi plan da ekskluzijsko pravilo regulira način postupanja s nezakonitim dokazima, njihovo korištenje u kaznenom postupku, nasuprot samom odgovoru na pitanje što su to nezakoniti dokazi (*koje zasigurno nije zanemarivo*). Zbog toga se i za potrebe rada prilikom razmatranja ovoga instituta u SAD-u koristi terminologija koja je bliža pravnoj kulturi i razmišljanju kakvo je vladajuće u SAD-u – ekskluzijsko pravilo.

Svoje pravno izvorište ekskluzijsko pravilo crpi iz IV. i V amandmana na Ustav SAD-a, pri čemu IV. amandman propisuje da: „*pravo građana na sigurnost domova, dokumenata i imetka od nerazumnih pretraga i zapljena neće biti povrijeđeno ni sudski nalozi izdavani bez utemeljenog razloga, poduprtog zavjetom ili prisegom, uz poseban opis mjesta koje se ima pretražiti, osoba, odnosno stvari koje se imaju uhititi, odnosno zaplijeniti*“. S druge strane V. amandman propisuje da se „*nijedna osoba neće držati odgovornom niti će biti u ijednom kaznenom slučaju prisiljena svjedočiti protiv sebe, niti će joj biti oduzet život, sloboda ili imetak bez pravednog zakonitog postupka*“.⁴ Dakle kako se ta dva amandmana referiraju na ustavno pravo privatnosti od nerazumnih pretraga i samooptuživanja, iz samog njihova teksta proizlazi da je doktrinarna razrada ekskluzijskog pravila supstancijalno skrojena oko dokaznih radnji pretrage i ispitivanja osumnjičenika.

Genezu instituta ekskluzijskog pravila možemo pronaći u sada već davnoj odluci Vrhovnog suda SAD-a iz 1886. u predmetu *Boyd v. United States*,⁵ u kojem je Vrhovni sud SAD-a zaključio da je prinuda osumnjičenika na predaju privatnih dokumenata koji su poslije poslužili njegovoj inkriminaciji povrijedila pravo na zabranu samooptuživanja proklamiranu V. amandmanom na

⁴ Treba napomenuti da u vrijeme ratifikacije (ratificiran je 1791.) IV. amandman nije usvojen s izvornim ciljem zaštite građana od pogrešno zaplijenjenih dokaza, nego kao reakcija na zlouporabe britanskih općih naloga za pretragu (*general search warrants*), koji su pak služili za kontrolu carinskih prijevara. Ti opći nalozi za pretragu bili su sporni jer su izdavani bez ikakve potrebe dokazivanja osnova sumnje te su se lako zloupotrebljavali jer nije bilo potrebe navođenja imena pojedinaca ili preciziranja prostora koje treba pretražiti, zbog čega i nose naziv „opći“ nalozi za pretragu u punom smislu te riječi. Smith, Jared M., *The Evolution of the Exclusionary Rule: From Weeks v. United States and Mapp v. Ohio to Herring v. United States and Hudson v. Michigan*, *Grove City College Journal of Law and Public Policy*, vol. 2, number 2, 2011, str. 218-219.

⁵ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

Ustav SAD-a te je presudio u Boydovu korist. Između ostaloga, Vrhovni sud SAD-a u predmetu Boyd zaključio je da jednostavno ne postoji racionalna razlika između „*pljenidbe privatnih dokumenata za dokazivanje protiv osobe*“ i „*prisiljavati ga da bude svjedok protiv sebe*“. Odluka upozorava da radi zaštite od erozije „ustavnih odredbi o sigurnosti osobe i imovine“ sudovi moraju slobodno tumačiti te slobode umjesto da primjenjuju skučenu konstrukciju koja im oduzima polovicu njihove učinkovitosti i dovodi do postupne deprecijacije prava...

I dok je predmet *Boyd* svoju suštinsku teorijsku podlogu imao u V. amandmanu na Ustav SAD-a, Vrhovni sud SAD-a u predmetu *Weeks v. United States*⁶ iz 1914. ide dalje te postavlja temeljne doktrinarne postavke ekskluzijskom pravilu zaključujući jednoglasno da zapljena *Weeksovih* dokumenata bez sudskog naloga krši IV. amandmanom propisanu ustavnu zabranu nerazumnih pretraga i zapljena te da dokazi prikupljeni na taj način moraju biti izuzeti od korištenja u saveznim kaznenim postupcima. Međutim odluka Vrhovnog suda, koliko god bila značajna za povijesni razvitak ekskluzijskog pravila, imala je bitno ograničeno djelovanje jer je uspostavila pravilo da su dokazi koji su prikupljeni u suprotnosti s IV. amandmanom nedopušteni samo na suđenjima pred federalnim sudovima. Drugim riječima, odluka u predmetu *Weeks* nije uspostavila obveznost primjene ekskluzijskog pravila i saveznim državama, a to je stajalište Vrhovni sud potvrdio u predmetu koji je uslijedio 35 godina poslije – *Wolf v. Colorado*⁷ iz 1949.

U predmetu *Wolf*, iako se tvrdilo da je pretraga također bila nerazumna, a time i u suprotnosti s temeljnim postavkama IV. amandmana, budući da nije bila riječ o suđenju pred federalnim sudom, zaključeno je da doktrina iz predmeta *Weeks* ne obvezuje savezne države te da nije zabranjeno da se na suđenju pred sudovima saveznih država u kaznenim postupcima priznaju dokazi dobiveni nerazumnom pretragom i zapljenom. I dok je odluka Vrhovnog suda u predmetu *Wolf* iz 1949. predstavljala blagi zastoj u razvitku ekskluzijskog pravila, taj institut svoju potpunu emancipaciju doživljava pod Warrenovim sudom (*Warren Court, 1953-1969*).⁸ Tako samo 12 godina nakon odluke u

⁶ U predmetu *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914) riječ je bila od pretrazi i pljenidbi stvari osumnjičenika bez sudskog naloga, gdje Vrhovni sud SAD-a u obrazloženju odluke ističe da, ako se dokaz pribavljen u suprotnosti s IV. amandmanom može upotrijebiti protiv optuženika, „njegovo pravo na sigurnost protiv nerazumnih pretresa i pljenidbi nema nikakvu vrijednost... i može biti i brisano iz Ustava”.

⁷ U predmetu *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) Vrhovni sud SAD-a utvrđuje da nema mjesta zaključku da IV. amandman svojim tekstom obvezuje savezne države da moraju izuzeti nezakonito prikupljene dokaze u kaznenom postupku.

⁸ U pravnoj tradiciji SAD-a ustalilo se označavati period djelovanja Vrhovnog suda po nazivu njegova predsjednika (*Chief Justice*), pa kako je njegov predsjednik u periodu od 1953. do 1969. godine bio Earl Warren, tako se taj period djelovanja Vrhovnog suda popularno i

predmetu *Wolf* Vrhovni sud u predmetu *Mapp v. Ohio* iz 1961.⁹ odlučuje da se dokazi prikupljeni protivno IV. amandmanu, koji štiti od “nerazumnih pretraga i zapljena“, ne mogu koristiti u kaznenim postupcima pred sudovima saveznih država. Predmet je došao na razmatranje i do Vrhovnog suda SAD-a, koji ga je razmotrio i s aspekta XIV. amandmana. On propisuje, između ostaloga, i da *nijedna država neće donijeti ili provoditi neki zakon koji bi ograničio vlastite ili zaštitu državljanima Sjedinjenih Država niti će koja država oduzeti kojoj osobi život, slobodu ili imetak bez propisanog zakonitog postupka*. Kroz tekst te odredbe o obvezi provođenja propisanog zakonitog postupka (u SAD-u popularno nazivane *Due Process Clause*) Vrhovni sud u predmetu *Mapp* izvodi zaključak o tome da su i savezne države kroz tekst XIV. amandmana dužne prihvatiti standarde o korištenju dokaza koji su prikupljeni u protivnosti s IV. i V. amandmanom te je odluka savezne države Ohio u predmetu *Mapp* ukinuta, kao i suprotno stajalište istoga suda u već spomenutom predmetu *Wolf* iz 1949. godine. Ukratko, odlukom u predmetu *Mapp* Vrhovni je sud pravo na privatnost iz IV. amandmana proglasio provedivim protiv saveznih država putem ustavne odredbe o obvezi provođenja propisanog zakonitog postupka (*Due Process Clause*) iz XIV. amandmana. Odluka u predmetu *Mapp* imala je dalekosežne posljedice za različite aspekte kaznenog postupka u SAD-u.¹⁰ U tom predmetu Vrhovni sud udara temelje i nečemu što će se poslije smatrati

označava kao Warrenov sud. Taj period djelovanja Vrhovnog suda označen je kao period u kojem je liberalna većina svojim povijesnim odlukama snažno ojačala ljudska prava i slobode (predmet *Loving v. Virginia* iz 1967. godine, koji je ustanovio da su zakonske zabrane međurasnih brakova u protivnosti s Ustavom), saveznu vlast, ali i sudačku neovisnost, pri čemu su istodobno donesene vrlo važne odluke iz sfere kaznenog postupka (predmeti *Miranda v. Arizona* iz 1966., koji je ustanovio obvezu policijskih službenika na davanje upozorenja uhićeniku o pravu na šutnju i odvjetnika; *Brady v. Maryland* iz 1963. godine, u kojem je ustanovljena dužnost optužbe da preda obrani sve dokaze koji mogu biti od oslobađajuće važnosti (*exculpatory evidence*) itd.

⁹ U predmetu *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), Vrhovni sud SAD-a u obrazloženju odluke navodi da dopustiti drugačije (uporabu nezakonito pribavljenih dokaza) znači priznati pravo (na privatnost), ali u stvarnosti uskratiti njegove privilegije i njihovo uživanje. Također se navodi da se *ustavna prava na privatnost moraju liberalno tumačiti... jer ih striktna tumačenja lišavaju polovice njihove efikasnosti i vode postupnom obzvrjeđivanju prava... bez mogućnosti sudske aktivnosti kroz ekskluziju dokaza pribavljenih nerazumnim pretragama, ustavno jamstvo protiv nerazumnih pretraga i pljenidbi svodi se na “mrtvo slovo na papiru”*.

¹⁰ Ističe se da odluka u predmetu *Mapp* označava “revoluciju kaznenog postupka”, kojom je Vrhovni sud značajno proširio proceduralne zaštitne mjere kaznenih optuženika. Slijedom toga policijski odjeli i tužitelji postali su vrlo senzibilni prema strogim proceduralnim pravilima u izdavanju naloga za pretragu počevši od proceduralnih smjernica iz *Mappa* preko upozorenja koje je Sud postavio u predmetu *Miranda v. Arizona* iz 1966. i drugih zaštitnih mehanizama za optuženike. Hartman, Gary R.; Mersky, Roy M.; Tate, Cindy L., *Landmark Supreme Court Cases – The most influential Decisions of the Supreme Court of the United States, Facts On File, Inc, 2004, str. 344.*

temeljnim stupom standarda ispitivanja dosega važnosti ekskluzijskog pravila, a to je njegova svrha, cilj i suština, koja se sastoji u otklanjanju samovoljnog policijskog postupanju te budućeg kršenja IV. amandmana (*deterrent principle*).¹¹ Bez umanjivanja važnosti toga elementa u cijelom konceptu ekskluzijske doktrine, treba napomenuti da nipošto nisu rijetke ni usamljene kritike u pravnoj teoriji tako proklamirane svrhe ovoga instituta, jer se navodi da ona djeluje pretjerano ograničavajuće.¹²

Još jedan iznimno važan predmet koji je u bitnome skrojio doktrinu ekskluzijskog pravila u SAD-u jest predmet *United States v. Leon* iz 1984. godine,¹³ u kojem je utemeljena iznimka ranije formiranog ekskluzijskog pravila, koja se odnosi na dokaze prikupljene u dobroj vjeri (*good faith exception*). Naime Vrhovni sud SAD-a prihvaća da je nalog za pretragu izdan bez potrebnog uvjeta osnova sumnje, ali ponavlja svrhu i cilj ekskluzijskog pravila (otklanjanje samovoljnog policijskog postupanja, a ne kažnjavanje pogreške sudaca), pa kako su policijski službenici dužni postupati po sudskim nalogima, samim time čim postupaju po takvu sudskom nalogu, oni postupaju u objektivnom uvjerenju u njegovu racionalnost i ispravnost, odnosno u „dobraj vjeri“ u zakonitost i valjanost sudskog naloga, zbog čega se ne može zaključiti da je pretraga bila nerazumna prema IV. amandmanu.

Vrhovni sud navodi i da je svrha ekskluzijskog pravila da se prinudi na poštivanje ustavnog jamstva privatnosti, i to na jedini dostupni način: uklanjanjem poticaja da se to ne poštuje. Riječ je o institutu koji je predmet iznimno živih rasprava ne samo pravnih teoretičara nego i samih sudaca Vrhovnog suda SAD-a. Naime sukladno već dugogodišnjoj tradiciji toga Suda pojedini su suci kroz izdvojena mišljenja (*dissenting opinions*) iskazivali svoja neslaganja sa stajalištima većine. Pojedini autori upozoravaju da su pred kraj 20. stoljeća pojedine odluke Vrhovnog suda SAD-a označile početak nove ere razvitka ekskluzijskog pravila, koje počiva na snažnoj antipatiji prema izu-

¹¹ Tako *Bradley* ističe da ranije odluke Vrhovnog suda nisu uopće spominjale tu svrhu ekskluzijskog pravila, nego su se fokusirale na održavanje čistoće i dostojanstva sudskog postupka te na potrebu izbjegavanja davanja sudske sankcije policijskim zloporabama. *Bradley, Craig M., The Exclusionary Rule in Germany, Harvard Law Review, vol. 96, no. 5, 1983, str. 1035.*

¹² *Tomkovicz* ističe da je velika zasluga Warrenova suda u proklamiranju ekskluzijskog pravila, ali da je u tom periodu vođeno malo računa o konturama ekskluzijske doktrine, zbog čega se upravo u toj proklamiranoj svrsi ekskluzijskog pravila i nalazi temelj za kasniju eroziju ekskluzijske sankcije nezakonito pribavljenih dokaza, i to kroz prenamaglašavanje otklanjajuće svrhe toga instituta, a zanemarivanje ostalih elemenata. *Tomkovicz, James J., Davis v. United States: The Exclusion Revolution Continues, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 9, 2011, 385.*

¹³ *United States v. Leon* 468 U.S. 897 (1984); slično stajalište potvrđeno je i u predmetu *Arizona v. Evans* 514 U.S. 1 (1995).

zimanju nezakonito pribavljenih dokaza i prekomjerno rigidnom shvaćanju cilja ekskluzijskog pravila,¹⁴ da Vrhovni sud SAD-a svojim odlukama dalje sužava prostor djelovanja ekskluzijskog pravila,¹⁵ pa čak i da je krenula snažna kampanja u smjeru reformiranja, pa čak i ukidanja ekskluzijskog pravila,¹⁶ pri čemu se navode odluke u predmetima *Hudson v. Michigan*,¹⁷ *Davis v. United States*,¹⁸ *Utah v. Strieff*¹⁹ i *Herring v. United States*.²⁰ To je moderno shvaćanje uloge ekskluzijskog pravila utemeljeno na nekoliko postavki, a polazi od toga da je izuzimanje nezakonito pribavljenih dokaza sudski kreirano pravno sredstvo koje izravno služi samo za zaštitu onih kojima je pronađeno nešto inkriminirajuće. Često se ponavlja da, iako IV. amandman štiti građane od nerazumnih pretraga i pljenidbi, sam tekst toga amandmana ne govori ništa o izuzimanju iz kaznenog postupka dokaza koji su pribavljeni u protivnosti s tom zabranom, pa samim time i ne omogućava građanima neotuđivo pravo da se dokazi koji su pribavljeni u nerazumnoj pretrazi moraju obligatorno izuzeti iz sudskog postupka.²¹

¹⁴ *Tomkovicz* ističe da je trenutачni sastav Vrhovnog suda SAD-a pod predsjedanjem predsjednika Johna G. Roberts-a Jr. udario temelj eroziji ekskluzijske sankcije, a potvrdu toga stajališta navodi u pojedinim odlukama naglašavajući u prvom redu predmete *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009) i *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011). Ističe da su te odluke Vrhovnog suda SAD-a označile početak nove ere razvika ekskluzijskog pravila, i to kroz instaliranje novih filtera za aktiviranje ekskluzije. To se izravno postiže podizanjem letvice poslije koje će pogreške u policijskom postupanju rezultirati ekskluzijom. Takav novi standard ispitivanja razumnosti policijskog postupanja dovodi u pitanje vitalnost održivosti ekskluzijske doktrine, jer samo obična nemarnost policijskih službenika ne opravdava izdvajanje dokaza. *Tomkovicz*, James J., op. cit. (bilj. 13), str. 382 i 387.

¹⁵ *Giantris*, Laura A., *Arizona v. Evans: Narrowing the Scope of the Exclusionary Rule*, *Maryland Law Review*, volume 55, issue 1, 1996, str. 265.

¹⁶ Op. cit. (bilj. 4), str. 229.

¹⁷ U Predmetu *Hudson v. Michigan* od 15. 6. 2006. Vrhovni sud nalazi da, iako su policijski službenici povrijedili pravilo o „kucanju i najavi“ prilikom obavljanja dokazne radnje pretrage, ta povreda ne zahtijeva supresiju dokaza pribavljenih takvom pretragom.

¹⁸ U predmetu *Davis v. United States* od 16. 6. 2011. Vrhovni sud nalazi da pretrage koje su izvršene u objektivno razumno uvjerenju u tada važeće sudske presedane (pa čak i kada su oni poslije utvrđeni neustavnima) ne mogu biti predmet ekskluzijskog pravila.

¹⁹ U predmetu *Utah v. Strieff* od 20. 6. 2016. Vrhovni sud nalazi da je, iako je policijsko zaustavljanje osobe (kod koje je naknadno pronađena droga) bilo nezakonito, odnosno bez razumne sumnje, korištenje tih dokaza dopustivo.

²⁰ U predmetu *Herring v. United States* od 14. 1. 2009. Vrhovni sud nalazi da se ekskluzija dokaza ne primjenjuje na dokaze koji su pribavljeni iz nezakonitih pretraga koje su rezultat običnih policijskih pogrešaka, a ne ponavljanih obrazaca ponašanja ili flagrantnih kršenja pravila postupanja.

²¹ Op. cit. (bilj. 2), str. 334

Možda najznačajniju doktrinarnu razradu instituta ekskluzije dokaza Vrhovni sud postavlja u predmetu *Herring v. United States*,²² gdje se ističe da ekskluzija dokaza nije automatska posljedica povrede IV. amandmana, nego se mora voditi računa o stupnju krivnje policijskih službenika i potencijalu da ekskluzija dokaza otkloni buduće nezakonito postupanje. Drugim riječima, da bi se aktiviralo ekskluzijsko pravilo, policijski propust mora biti dovoljno namjieran ili krajnje nemaran, a u nekim slučajevima čak i ponavljajući ili sistemski nemaran, da bi ga ekskluzija smisljeno otklonila u budućem ponašanju, do te mjere da je takvo otklanjanje vrijedno cijene koju plaća pravosudni sustav. Iako ni ta odluka Vrhovnog suda nije bez kritika,²³ ustavnopravno utemeljenje takva stajališta, koje udara temelje novom stadiju razvitka instituta ekskluzije dokaza, Vrhovni sud obrazlaže naglašavajući da su odluke koje su iznjedrile ekskluzijsko pravilo (ranije citirane odluke u predmetima *Weeks v. United States* iz 1914. i *Mapp v. Ohio* iz 1961.) bile rezultat povreda koje su toliko fundamentalno kršile ljudska prava – kako se navodi, „flagrantne i namjerne povrede ljudskih prava“ – da čak ni postojanje sudskog naloga ne bi moglo opravdati proceduru. Za razliku od povreda u tim predmetima povrede koje su rezultat nesistemskih i nemarnih pogrešaka samim su time toliko udaljene od same suštine koja je vodila sudsku praksu prilikom usvajanja ovoga instituta u prvom redu da ni na koji način ne mogu opravdati ekskluziju dokaza.

3. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Treba najprije navesti da Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu ESLJP) u svojoj jurisprudenciji nije priznao pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza kao posebno konvencijsko pravo. Iako neki teoretičari smatraju da je zabrana korištenja nezakonitih dokaza opći element pojma „pravičnog postupka“, ESLJP do sada nije prihvatio takvo stajalište.²⁴ Drugim riječima, ESLJP prepušta nacionalnim zakonodavstvima kako samo definiranje pojma instituta zakonitosti dokaza tako i postupanje s takvim dokazima (apsolutna ili relativna ekskluzija).

²² *Herring v. United States* od 14. 1. 2009.

²³ Tako *David H. Kaye* ističe da je ekspanzivno tumačenje pravila iznimke „dobre vjere“ na sve tipove slučajeva, dano u predmetu *Herring*, neprikladno te da ostavlja većinu povreda IV. amandmana bez pravnog lijeka. Kaye, David H., *Unraveling the Exclusionary Rule: From Leon to Herring to Robinson - And Back?*, 58 *UCLA Law Review*, Disc. 207, 2011, str. 213.

²⁴ Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, *Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008, str. 976.

To je i sasvim logično kad se ima u vidu složenost i kompleksnost strukture ESLJP-a, koji nije nacionalni sud, nego je u stvari sudska institucija Vijeća Europe, dakle međunarodni sud koji je ustrojen 1959. sa sjedištem u Strasbourgu. Nadležnost je toga suda odlučivati o pojedinačnim ili međunarodnim zahtjevima koji se odnose na povredu građanskih i političkih prava sadržanih u Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija). Drugim riječima, zadaća je Suda osigurati da države poštuju prava i jamstva predviđena Konvencijom. Ne treba gubiti iz vida da su pojedine države članice Vijeća Europe propisale različite zakonske mehanizme zakonskog uređenja prikupljanja dokaza u kaznenom postupku, kao i toga što se ima smatrati nezakonitim dokazima, ali i različite mehanizme postupanja s njima. Samim time države članice itekako se razlikuju u samim zakonskim konceptima uređenja instituta nezakonitih dokaza. To su razlozi zbog kojih bi bilo gotovo nemoguće za ESLJP izvesti neke zajedničke standarde za sve pravne sustave država članica, što bi neminovno imalo za posljedicu i nametanje nacionalnim zakonodavstvima određenih ekskluzijskih pravila, tako da je sasvim logično da se samo uređenje toga instituta ostavlja nacionalnim zakonodavstvima.²⁵

No to nipošto ne znači da ESLJP nije kroz svoju judikaturu postavio određena opća pravila i smjernice za buduće postupanje država članica. Prva odluka u kojoj je razmatrao pitanje zakonitosti dokaza jest predmet *Schenk v. Švicarska*,²⁶ u kojem je ESLJP zauzeo svoj početni stav o nezakonitim dokazima, pri kojem je ostao manje-više i u svojem budućem djelovanju. Druga značajna odluka o istom pitanju donesena je u predmetu *Khan v. Ujedinjeno Kraljevstvo*, u kojoj je ESLJP zauzeo stajalište da kršenje prava iz članka 8. Konvencije nije u suprotnosti s člankom 6. Konvencije. Riječ je o predmetu s činjeničnim i pravnim okolnostima vrlo sličnima onima iz predmeta *Schenk*, jer se i u ovom slučaju radilo o kaznenoj osudi temeljem snimki uređaja za prisluškivanje, koje je izvršeno bez valjanog pravnog temelja.

ESLJP u svojim odlukama navodi da se ni iz jedne konvencijske odredbe ne može izvesti pravilo prema kojem bi dokaze pribavljene kršenjem nacionalnog kaznenog procesnog prava trebalo smatrati neupotrebljivima za osudu. Drugim riječima, nezakonit je dokaz upotrebljiv u smislu Europske konvencije ako su ipak prilikom njegova pribavljanja i uporabe poštivana jamstva pravičnog postupka.²⁷ Zbog toga nije zadatak Suda odrediti u načelu jesu li određene vrste dokaza – primjerice dokazi dobiveni nezakonito – dopuštene niti je li podnositelj zahtjeva kriv ili ne. Pitanje na koje treba odgovoriti jest je li postu-

²⁵ Krapac, Davor, *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, 2010, str. 1212.

²⁶ *Schenk v. Švicarska*, Application no. 10862/84 iz 1988.

²⁷ Op. cit. (bilj. 25), str. 1226.

pak u cjelini, uključujući i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pravičan. To uključuje ispitivanje navodne „nezakonitosti“ te, kad je u pitanju povreda nekog drugog konvencijskog prava, prirode utvrđene povrede. Drugim riječima, ESLJP ispituje je li postupak kao cjelina proveden pošteno, a u tom se kontekstu cijeni je li okrivljenik imao procesnu mogućnost osporavati vjerodostojnost i uporabu dokaza te je li taj dokaz bio jedini dokaz pri donošenju osude. U predmetu *Khan* ESLJP ide i korak dalje te uvodi novi standard prema kojemu *važnost postojanja drugih dokaza osim nezakonitog ovisi o okolnostima slučaja. U konkretnom slučaju, kada je dokaz veoma jak i kada nema rizika da je nepouzdan, analogno tome potreba za dokazima koji ga podržavaju je slabija* (§ 37. Odluke u predmetu *Khan*). Dakle može se zaključiti da se na taj način značajno odstupa od ranije postavljenog testa pravičnosti jer ESLJP instalira novi filter za ocjenu pravičnosti postupka s aspekta nezakonitih dokaza te se takvom pomalo ezoteričnom interpretativnom razinom omogućava nacionalnim vlastima donošenje osuđujućih odluka i temeljem nezakonitog dokaza kao jedinog dokaza.

Zbog sličnosti pravnoga uređenja te razmatranog pitanja, a posebice daljnje izlaganja u nastavku rada, potrebno je izložiti predmet *Dragojević v. Hrvatska*,²⁸ u kojemu se kao sporno pojavilo pitanje korištenja kao dokaza snimki telefonskih razgovora koje su pribavljene temeljem naloga istražnog suca kojim je naložena mjera nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora, ali bez dostatnog obrazloženja istražnog suca o ispunjenju uvjeta za primjenu te mjere nadzora (*Ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama...*). ESLJP utvrđuje da je zbog korištenja takva dokaza u kaznenom postupku došlo do povrede prava na privatnost iz čl. 8. Konvencije (toč. 102. Odluke) jer je primjenom posebnih istražnih radnji prisluškivanja telefona i tajnim nadzorom došlo do miješanja u pravo podnositelja zahtjeva na poštivanje privatnog života, a mjerodavno pravo nije dovoljno jasno reguliralo diskreciju nadležnih tijela prilikom određivanja primjene mjere nadzora. Međutim ESLJP ne nalazi da je došlo i do povrede prava na pravičan postupak iz čl. 6. Konvencije. Drugim riječima, korištenjem nezakonito pribavljenih dokaza može doći do povrede konvencijskih prava, primjerice prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života, međutim u tom će slučaju ESLJP utvrditi povredu članka 8. Konvencije, ali ne automatizmom i povredu članka 6., koji jamči pravo na pravično suđenje. Razlog je to što ESLJP kod ocjene je li suđenje bilo pravično uzima u obzir znatno više kriterija nego što je to slučaj kod ostalih prava propisanih Konvencijom. To dovodi do jedne zanimljive situacije, a to je da ESLJP u okviru davanja svoje ocjene pravičnog suđenja može čak i utvrditi da je određeni dokaz bio nezakonit pre-

²⁸ *Dragojević v. Hrvatska*, zahtjev br. 68955/11 iz 2015.

ma propisima nacionalnog zakonodavstva, ali da je pravičnost suđenja ipak zadržana zbog ispunjenja ostalih kriterija, pri čemu sud cijeni čak i pouzdanost i vjerodostojnost takva jednoga nezakonitog dokaza.

Zaista je od prevalentnog značaja napomenuti tu supstancu rezoniranja ESLJP-a, koja se često gubi iz vida kod razmatranja instituta zakonitosti dokaza. Drugim riječima, je li neki dokaz zakonit ili ne, sukladno važećem domaćem zakonodavnom uređenju, spada unutar široke diskrecije domaće sudbene vlasti, koja jedina može voditi računa o specifičnosti pravnoga uređenja i pravne tradicije u toj državi članici, kreirane sudske prakse i njihova tumačenja zakona. Međutim ta ocjena je li neki dokaz zakonit ili ne nipošto ne znači da ESLJP ne može naći da je korištenje i takva dokaza koji je zakonit po domaćem mjerodavnom pravu dovelo do povrede nekoga od ljudskih prava i sloboda proklamiranih Konvencijom. Upravo ta interpretativna dimenzija upućuje na svu složenost i suptilnost instituta nezakonitih dokaza, njegov znatno širi zamah djelovanja, koji se ne ograničava samo na aspekte kaznenoprocenog prava nego i na ustavnopravne aspekte temeljnih ljudskih prava proklamiranih Konvencijom.

Bitno je napomenuti da ESLJP po prvi put u predmetu *Jalloh v. Njemačka*²⁹ ipak uvodi konvencijsko ekskluzijsko pravilo, odnosno apsolutnu zabranu upotrebe dokaza pribavljenih zabranom prava na mučenje iz čl. 3. Konvencije,³⁰ pri čemu kod povreda ostalih zabrana čl. 3. EKLJP-a koje ne predstavljaju mučenje, nego su povrede "nižeg intenziteta", ESLJP uvijek ocjenjuje je li uporaba takva dokaza u nacionalnom postupku (*admission of evidence*) ujedno povrijedila i načelo pravičnog postupka iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a.³¹ Prema tomu uporaba dokaza pribavljenih zabranom mučenja čini kazneni postupak u cijelosti i bez iznimke nepravičnim, dok u ostalim slučajevima povreda relevantnog konvencijskog prava podliježe „vaganju“ ESLJP-a, i to interesa osobe na zakonito pribavljene dokaze s javnim interesom za efikasan kazneni progon. Sud navodi da su u članku 3. Konvencije ugrađene neke od najfundamentalnijih vrijednosti demokratskih društava i da čak i u najtežim okolnostima, kao što je borba

²⁹ ESLJP u predmetu *Jalloh v. Njemačka* ističe da, iako Sud u ovom predmetu nije utvrdio da je podnositelj zahtjeva bio podvrgnut mučenju, prema mišljenju Suda dokazi koji su dobiveni kao rezultat nasilja ili brutalnosti ili drugih metoda koje se mogu okarakterizirati kao mučenje nikada ne bi trebali služiti kao dokaz krivnje, bez obzira na svoju dokaznu vrijednost (toč. 105. Odluke).

³⁰ Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008, str. 979.

³¹ Tako Krapac navodi da mučenje, kao zločin *juris gentium*, samo po sebi cjelokupnoj pravosudnoj djelatnosti uvijek oduzima legitimnost. Krapac, Davor, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, 2010, str. 1216.

protiv terorizma i organiziranog kriminala, Konvencija zabranjuje mučenje, nečovječno i ponižavajuće postupanje.

4. ZAKONITOST DOKAZA U BIH

Što se tiče statusa ovoga instituta nezakonitih dokaza u kaznenom procesnom pravu koje se primjenjivalo na prostoru Bosne i Hercegovine, on nije bio izrijeком propisan sve do donošenja Zakona o kaznenom postupku iz 2003. godine. Međutim to nipošto ne znači da su ranije važećim zakonima o kaznenom postupku bile u potpunosti nepoznate osnovne konture procesnih pravila dokazivanja, a samim time i različitih oblika dokaznih defektnosti do kojih se dolazilo u prikupljanju dokazne građe.³² Naime proceduralnu regulaciju postupanja s dokazima koji su prikupljeni uz povrede propisane procesne forme sadržavalo je i bivše jugoslavensko pravo nakon 1967. godine, premda ono nije bilo podignuto na razinu procesnog načela niti je uopće prikladno govoriti o institutu zakonitosti dokaza u strogom smislu riječi, budući da je za taj period puno prikladniji termin „nevaljanih“ dokaza, odnosno dokaznih zabrana. Iako su se te procesne zabrane ograničavale tek u ocjeni same vjerodostojnosti dokaza koji su prikupljeni uz određene povrede procesnih pravila propisanih za prikupljanje dokazne građe, taj raniji sustav procesnih povreda bio je osamljeni relikv ranijih procesnih zabrana, zapravo preludij jednom logičnom procesnom razvitku prema sustavu nezakonitih dokaza.

Ranije važeći ZKP SFRJ-a³³ nije predviđao jednu općenitu odredbu koja bi u širem kontekstu regulirala postupanje s različitim povredama propisane procedure prikupljanja dokaza. Nasuprot tomu legislativni arhitekti ZKP-a SFRJ-a u sferi dokaznih defektnosti fokusirali su se na reguliranje različitih oblika procesnih zabrana, koje su bile izričito propisane. Te su zabrane normativno pretočene kroz zakonski koncept „zabrane utemeljenja presude“ (na zakonom određenim slučajevima procesnih povreda) te su pod određenim uvjetima mogle predstavljati apsolutnu bitnu povredu odredaba kaznenog po-

³² Tako Karas navodi da Zakon o krivičnom postupku iz 1953. godine, pa ni onaj iz 1967. godine, koji su važili u prethodnom pravnom sustavu, nisu predviđali nikakve posebne posljedice za uporabu dokaza koji su prikupljeni procesnim povredama, već je utjecaj bio moguć kroz ocjenu vjerodostojnosti dokaza. Vidi: Karas, Željko; Jukić, Miroslav, Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 16, broj 2/2009, str. 606.

³³ Zakon o krivičnom postupku donesen je 24. 12. 1976., objavljen je u „Službenom listu SFRJ“ br. 4/77, a stupio je na snagu 1. 7. 1977., s brojnim izmjenama i dopunama (Službeni list SFRJ, br. 36/77, 60/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90). Vuković, Špiro, Zakon o krivičnom postupku sa objašnjenjima i sudskom praksom, Savremena administracija, Beograd, 1985, str. 3.

stupka.³⁴ Te su se dokazne zabrane ograničavale na zabrane iznuđivanja iskaza od okrivljenika,³⁵ određene propuste prilikom saslušanja svjedoka³⁶ i određivanja vještaka,³⁷ manjkavosti do kojih je došlo uslijed povrede okrivljenikova procesnog prava na branitelja³⁸ te propusta upoznavanja svjedoka ili vještaka s pravima i dužnostima u postupku.³⁹

Takvo novo i revolucionarno uređenje bilo je usklađeno s međunarodnim obvezama SFRJ-a u vezi s člankom 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (koji je SFRJ ratificirao 30. siječnja 1971. godine), ustavnim garancijama poštovanja ljudskog dostojanstva u kaznenom postupku u slučaju lišenja slobode te zabranama nezakonite prinude i kažnjivošću iznuđivanja priznanja i izjava. Postupanje suprotno tome načelu imalo je za posljedicu da se na iskazu okrivljenika nije mogla temeljiti bilo koja odluka, a ne samo presuda, a sam zapisnik o iskazu okrivljenika dobiven uz upotrebu sile, prijetnje i drugih nedopuštenih sredstava morao se izdvojiti iz predmeta.⁴⁰ Bitno je napomenuti da navedene procesne zabrane nisu bile apsolutnoga karaktera, a budući da su se isti zapisnici mogli pročitati na izričit zahtjev okrivljenika (članak 84. stavak 1. ZKP-a), dakle samo ako on ima interes da se to učini, ali se osuđujuća presuda nije mogla temeljiti isključivo na tim iskazima. Ako bi sud presudu utemeljio na takvu dokazu, počinio bi bitnu povredu odredaba kaznenoga postupka i time stvorio razlog za ukidanje presude i vraćanje predmeta na ponovno suđenje. Iako je normativno uređenje dokaznih zabrana u bivšem društveno-političkom sustavu ostalo tek fragmentarni i osamljeni relikv ranih pokušaja uređenja toga instituta kaznenog procesnoga prava, on ipak predstavlja povijesno ishodište od kojega treba ozbiljnije razmatrati materiju zakonitosti dokaza.

I onda, pod krinkom tobožnje efikasnije borbe protiv korupcije i organiziranog kriminaliteta te pod snažnim utjecajem međunarodne zajednice, u Bosni i Hercegovini 2003. godine dolazi do snažne zakonodavne akcije na području kaznenog prava (kako materijalnog tako i procesnog) na svim razinama vlasti.⁴¹ Kao glavni ciljevi reforme, barem s aspekta kaznenog procesnog prava,

³⁴ Čl. 364. st. 1. toč. 8. ZKP-a SFRJ-a: ako se presuda zasniva na dokazu na kojem se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda.

³⁵ Čl. 10. st. 2. ZKP-a SFRJ-a.

³⁶ Čl. 228. ZKP-a SFRJ-a.

³⁷ Čl. 244. st. 1. ZKP-a SFRJ-a.

³⁸ Čl. 218. st. 10. ZKP-a SFRJ-a.

³⁹ Čl. 333. st. 3. ZKP-a SFRJ-a.

⁴⁰ Čl. 83. st. 1. ZKP-a SFRJ-a.

⁴¹ Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BiH), Zakon o kaznenom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP FBiH), Zakon o kaznenom postupku Republike Srpske (u daljnjem tekstu: ZKP RS-a), Zakon o kaznenom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BD-a).

navode se jačanje načela vladavine prava, efikasnije suzbijanje kriminaliteta, naročito korupcije i drugih oblika organiziranog kriminaliteta, jačanje i razvoj efikasnosti kaznenog postupka, zaštita međunarodnim pravom afirmiranih prava i sloboda čovjeka, otklanjanje dugotrajnosti kaznenih postupaka, rastećenje kaznenog pravosuđa pojednostavnjenjem procesnih oblika i instituta te harmonizacije u okviru nacionalnog pravnog sustava.⁴²

Koncept kaznenog postupka doživljava tektonske promjene (pojačanje procesne uloge tužitelja, jačanje kontradiktornih elemenata u postupku, limitiranje značaja načela traženja materijalne istine, izmjene konture žalbenog postupka kroz ograničenje mogućnosti ukidanja odluka itd.) u kojima se teško snalaze kako pravni teoretičari tako i praktičari.⁴³ Osim nizom anglo-američkih postupovnih ustanova (izravno i unakrsno ispitivanje, izjašnjenje o krivnji...) legislativne su promjene obilježene i podizanjem na razinu procesnog načela jednog instituta koji je do tada bio nepoznat u kontinentalnoj pravnoj tradiciji kaznenog procesnog prava na našim područjima, jer je u Glavi I – Temeljne odredbe u čl. 10. reguliran institut „Zakonitosti dokaza“. Proklamiranje toga instituta predstavlja možda najplastičiji primjer nepresušnih nastojanja ukalupljenja anglo-američkih procesnih dogmi u kontinentalnu pravnu svijest, jer zaista nema smisla poricati da odredba o zakonitosti dokaza predstavlja legislativni/normativni produkt koji je rezultat jedne šire pojave svojevrstne asimilacije/presađivanja anglo-američkih procesnih ideja⁴⁴ te se na taj način zakonodavni arhitekti u BiH, u potpunosti neupoznati sa svim suptilnostima instituta nezakonitih dokaza, zaustavljaju na reguliranju jedne općenite odredbe prepustivši sve detalje i sporna pitanja sudskoj praksi.

Da bi se uopće pristupilo raspravljanju materije jednog pravnog instituta u određenoj državi, potrebno je najprije upoznati se s osnovnim pravnim propisima koji reguliraju taj institut, a to je u konkretnom slučaju Zakon o kaznenom postupku. Kao što je već rečeno, problematika zakonitosti dokaza bez ikakve

⁴² Sijerčić-Čolić, Hajrija, Krivično procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini – glavni izazovi nakon reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine, *Pravo i pravda*, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1, Sarajevo, 2013, str. 60.

⁴³ Tako Bubalović navodi da je kao važan poticaj za reformske zahvate uzeto i međunarodno pravo o ljudskim pravima, posebice judikatura Europskog suda za ljudska prava (ESLJP), rezolucije Vijeća Europe te preporuke drugih međunarodnih organizacija, čiji je doprinos bio od velike koristi, ali je proizveo i neizbježno prihvaćanje pojedinih zakonskih rješenja iz potpuno različitih pravnih kultura, što se odrazilo na koherentnost i konzistentnost temeljnih kaznenih zakona, prvenstveno Zakona o kaznenom postupku BiH. Više o strukturalnim izmjenama kaznenog procesnog prava u BiH: Bubalović, Tadija, *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 6. 2008. – pozitivna rješenja i iznjevjerena očekivanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2/2008, str. 1130.

⁴⁴ Više o prodoru anglo-američkih procesnih ideja u kontinentalne pravne poretke vidi: Damaška, Mirjan, *Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17, broj 2/2010, str. 822.

sumnje spada u jedno od najkompleksnijih pitanja kaznene procesne dogmatike. Srećom, legislativnih razlika između važećih navedenih procesnih zakona u BiH na području materije nezakonitih dokaza nema jer je tekst zakonske odredbe koji regulira zakonitost dokaza kod sva četiri ZKP-a⁴⁵ identičan, tako da nema posebnog otklona od glavnog smjera izlaganja.

Tako stavak 1. propisuje općenitu zabranu iznuđivanja priznanja ili kakve druge izjave od osumnjičenika, optuženika ili od bilo koje druge osobe koja sudjeluje u postupku, što predstavlja svojevrsni procesni kontinuitet s ranijom procesnom zabranom iz čl. 10. ZKP-a SFRJ-a. Stavak 2. istoga članka donosi supstancijalnu definiciju instituta nezakonitih dokaza jer ona propisuje da „*Sud ne može temeljiti svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovoga Zakona*“.⁴⁶ Stavak 3. istoga članka donosi definiciju podvrste nezakonitih dokaza popularno nazivanih „plodovima otrovne voćke“ (prema već ustaljenoj praksi preuzimanja anglo-američkih tradicijskih elemenata), koja propisuje: „*Sud ne može temeljiti svoju odluku na dokazima koji su dobiveni na temelju dokaza iz stavka 2. ovog članka*“.⁴⁷

U teoriji se koriste različiti načini kategorizacije sustava nezakonitih dokaza.⁴⁸ Tako *Simović*⁴⁹ ističe da su nezakoniti dokazi iz čl. 10. st. 2. ZKP-a ustvari „*primarni nezakoniti dokazi*“, dok su oni iz čl. 10. st. 3. ZKP-a „*sekundarno*

⁴⁵ Načelo zakonitosti dokaza regulirano je u ZKP-u BiH, ZKP-u RS-a i ZKP-u BD-a člankom 10., dok je samo u ZKP-u FBiH regulirano člankom 11., pri čemu je jezično tekst toga članka kod sva četiri procesna zakona identičan, tako da se za potrebe rada navodi da članak 10. ZKP-a regulira institut zakonitosti dokaza, radi izbjegavanja nepotrebnog ponavljanja.

⁴⁶ *Ikanović* navodi da takvom definicijom nije određen krug zakonitih dokaza, već se pojam nezakonitog dokaza široko i neprecizno definira negativnim određivanjem, na način da je nezakoniti dokaz onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava ne smije koristiti za donošenje presude u krivičnom postupku. *Ikanović, Veljko, Naredba za pretresanje na osnovu usmenog zahtjeva i zakonitost dokaza, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, godina 4, br. 4, Banja Luka, srpanj 2014., str. 119.*

⁴⁷ Više o toj kategoriji nezakonitih dokaza: *Obradović, Bojan, Župan, Ivan, „Plodovi otrovne voćke“ u hrvatskom i poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 18, broj 1/2011.*

⁴⁸ Tako *Carić* nezakonite dokaze dijeli u četiri kategorije: 1. dokazi pribavljeni mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem koji predstavljaju apsolutnu dokaznu zabranu u potpunosti nederogabilnu; 2. dokazi pribavljeni kršenjem procesnih pravila ZKP-a koji su izričito propisani Zakonom (*ex lege*); 3. dokazne zabrane zbog kršenja temeljnih prava zajamčenih međunarodnim pravom, Ustavom i zakonom, ali koje nemaju apsolutni karakter, već je ocjena njihove zakonitosti prepuštena sudovima; 4. dokazi izvedeni iz nezakonitih dokaza. *Carić, Marina, Novosti u sustavu nezakonitih dokaza s osobitim osvrtom na čl. 10. st. 3. i 4. ZKP/08, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17, broj 2/2010, str. 849-853.*

⁴⁹ *Simović, Miodrag, Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, Banja Luka, 2005, str. 35.*

izvedeni nezakoniti dokazi“, pri čemu se ne daje odgovor kojoj kategoriji pripadaju oni iz čl. 10. st. 1. ZKP-a, kao niti postoji li unutar primarnih nezakonitih dokaza jedna kategorija nezakonitih dokaza ili dvije. Naravno da su razlike u kategorizaciji nezakonitih dokaza uvjetovane i različitošću pravnih sustava unutar kojih se te podjele rade. Nakon razmatranja zakonske formulacije teksta članka 10. ZKP-a za potrebe ovoga rada čini se prikladnim nezakonite dokaze iz čl. 10. st. 1. i 2. ZKP-a nazivati primarnima,⁵⁰ a one iz čl. 10. st. 3. ZKP-a sekundarnim nezakonitim dokazima. Ipak, predmet razmatranja ovoga rada predstavljaju primarni nezakoniti dokazi, odnosno oni navedeni u čl. 10. st. 2. ZKP-a.

Iako je često citirana, toj odredbi iz stavka 2. manjka detaljna i supstancijska analiza s aspekta sintakse, odnosno rečeničnog ustroja. Danas je praktično nemoguće za potrebe pravne teorije skrojiti jednu općevažecu definiciju instituta nezakonitih dokaza kad se imaju u vidu posebnosti različitih pravnih sustava, budući da ta definicija varira od jednog pravnog sustava do drugog. Bosanskohercegovačka pravna teorija (a na određeni način i sudska praksa) ne pravi striktnu doktrinarnu razliku između dviju potkategorija nezakonitih dokaza iz čl. 10. st. 2. ZKP-a, nego ih ukalupljuje u jednoznačnu i jedinstvenu definiciju na način da su nezakoniti oni dokazi kod kojih su kumulativno ispunjena oba uvjeta iz čl. 10. st. 2. ZKP-a.⁵¹ Tako simplificirana definicija toga instituta čini se poprilično obmanjujućom kad se ima u vidu da se do nje dolazi ignoriranjem svih profinjenih pravila semantičke analize teksta čl. 10. st. 2. ZKP-a sa sintaktičko-semantičkog aspekta.

⁵⁰ Naime zabrana iznuđivanja priznanja ili kakve druge izjave od osumnjičenika, optuženika ili od bilo koje druge osobe koja sudjeluje u postupku koja je propisana stavkom 1. iz čl. 10. ZKP-a i ne predstavlja ništa drugo doli dosljedno utjelovljenje članka 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Dakle dokaz pribavljen suprotno citiranoj zabrani iz čl. 10. st. 1. ZKP-a upravo bi i bio onaj dokaz koji je *pribavljen povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala...*, tako da je konceptualno navedenu zabranu vrlo primjereno razmatrati zajednički kao primarnu vrstu nezakonitih dokaza.

⁵¹ Definiranje nezakonitog dokaza na način da je to „onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme, koja istovremeno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava, ne smije koristiti za donošenje presude u kaznenom postupku“, može se pronaći kod više autora. Tako tu definiciju navodi Simović, Miodrag; Simović, Vladimir, *Zabrana upotrebe nezakonitih dokaza u krivičnom postupku, Zakonitost dokaza, Pravo i pravda*, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1, Sarajevo 2013, str. 125; zatim Ikanović, Veljko, op. cit. (bilj. 46), str. 119; Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, op. cit. (bilj. 30), str. 974; zatim Mešanović, Merima, *Institut nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u BiH sa osvrtom na uporedno pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru br. XXVI, 2018, str. 61. I Komentar ZKP-a u BiH navodi da svaki od zakonom zabranjenih načina pribavljanja dokaza predstavlja povredu osnovnih prava i sloboda čovjeka, odnosno povredu odredaba kaznenog postupka. Vidi: Sijerčić-Čolić, Hajrija; Hadžiomerađić, Malik; Jurčević, Marinko; Kaurinović, Damjan; Simović, Miodrag; *Komentari Zakona o Krivičnom/Kaznenom postupku u BiH*, Zajednički projekat Vijeća Europe i Europske komisije, Sarajevo, 2005, str. 66.

Naime najprije je potrebno napomenuti da je citirana rečenica čl. 10. st. 2. ZKP-a nezavisnosložena rečenica nastala povezivanjem dviju ravnopravnih surečenica, a zatim je potrebno primijetiti da je ona gramatički nepravilna, jer upotreba sastavnog veznika „*niti*“ ne ide uz glagole s negacijom, tako da bi bilo gramatički pravilnije umjesto veznika „*niti*“ upotrijebiti konstrukciju „*kao ni na*“. Međutim i u situaciji takve leksičke manjkavosti sudska je praksa dužna dati tumačenje intencije zakonodavca.

U tom kontekstu definicija nezakonitih dokaza u ZKP-u formulirana je u negativnom smislu tako da do nje dolazimo inverzijom sadržaja odredbe čl. 10. st. 2. ZKP-a. Naime prirodnim čitanjem čl. 10. st. 2. ZKP-a dolazi se do zaključka da su nezakoniti dokazi prvenstveno oni koji su *pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala*. Zakonodavac položajem u rečeničnoj strukturi toj kategoriji dokaza zasigurno želi dati značaj prvenstva i njegove važnosti. Specifično korištenje sastavnog veznika *niti* na kraju ovog prvoga dijela rečenice iz čl. 10. st. 2. ZKP-a, nakon kojega zakonodavac dodaje nastavak: „*niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovoga Zakona*“, dovodi do neodoljivog zaključka da taj drugi dio rečenice predstavlja sasvim zasebnu i neovisnu kategoriju nezakonitih dokaza, koja je postavljena alternativno, a ne kumulativno s prvom kategorijom nezakonitih dokaza. Da je tomu tako govori nekoliko elemenata rečenične sintakse: tako se u prvom redu ne može zanemariti da zakonodavac ta dva dijela rečenice razdvaja zarezom prije sastavnog veznika *niti* (iako gramatički puritanizam nalaže da se ispred tih veznika ne umeće zarez), što upućuje na jednu veću razinu odvojenosti ta dva rečenična dijela, s obzirom na to da sastavni veznik „*niti*“ uvijek označava viši stupanj nijekanja nego veznik „*ni*“. Također, od prevalentnog je značaja i okolnost što ista rečenica nakon sastavnog veznika „*niti*“ ponavlja jezičnu sintagmu iz prvog dijela rečenice: „*na dokazima koji su pribavljeni*“... To neodoljivo sugerira da je zakonodavac kroz takvu rečeničnu konstrukciju imao u vidu drugi dio rečenice konstruirati kao zasebnu i neovisnu kategoriju nezakonitih dokaza, jer bi suprotno tumačenje zasigurno dovelo do jednog značajno drugačijeg jezičnog ustrojstva, npr. *Sud ne može temeljiti svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala te bitnim povredama ovoga Zakona*. Kako to nije slučaj, može se s praktičnom sigurnošću zaključiti da je bosanskohercegovački zakonodavac imao namjeru da sudska praksa kroz prirodnu interpretaciju citirane odredbe čl. 10. st. 2. ZKP-a predvidi dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, koji su sasvim samostalni i neovisni elementi: a) dokazi pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina i b) dokazi koji su pribavljeni bitnim povre-

dama ZKP-a. U skladu s inverzivnim duhom bosanskohercegovačkog zakonodavca izlaganju tih dviju kategorija pristupit će se na taj način tako da se prvo izlaže druga potkategorija.

a) Dokazi koji su pribavljeni bitnim povredama ZKP-a

Zakonodavac nije izričit oko toga koji su to dokazi koji su pribavljeni „*bitnim povredama ZKP-a*“, međutim u svjetlu ovoga razmatranja nipošto nije beznačajna opservacija da zakonodavac na nekoliko mjesta svojim normativnim izričajem jasno navodi da se na određenim dokazima ne može temeljiti sudska odluka, a njih je nekoliko: priznanje osumnjičenika koje je nepropisno pribavljeno uz uporabu sile, prijetnje, prijevare, opojnih ili drugih sredstava koja mogu utjecati na slobodu odlučivanja i izražavanja volje prilikom davanja izjave ili priznanja; ispitivanje osumnjičenika uz propuste davanja zakonom propisanih pouka osumnjičeniku; ispitivanje kao svjedoka osobe koja ne može biti svjedok ili može odbiti svjedočenje, a nije na to upozorena ili se nije izričito odrekla toga prava ili to upozorenje i odricanje nije uneseno u zapisnik; obavljanje dokaznih radnji tjelesnog pregleda, uzimanja krvi i drugih liječničkih radnji mimo zakonom propisanih pravila; poduzimanje posebnih istražnih radnji bez naloga suca za prethodni postupak ili u oprečnosti s njom; korištenje kao iskaza oštećenika koji je ispitan o svojem spolnom životu prije počinjenog kaznenog djela te vještačenje protivno propisima od strane osobe koja ne može biti ispitan kao svjedok, ili osobe koja je oslobođena od dužnosti svjedočenja, ili osobe prema kojoj je kazneno djelo počinjeno.

Dakle kad se ima u vidu takva frazeologija zakonodavca, izdvajanje tih procesnih povreda u jednu zasebnu kategoriju, zatim sam karakter i značaj tih povreda upozoravaju nas na to da se prirodnom interpretacijom teksta zakona može s praktičnom sigurnošću doći do zaključka da u tu kategoriju nezakonitih dokaza spadaju u prvom redu gore pobrojani dokazi. Nijedan drugi način prikupljanja dokaza, odnosno nijednu drugu procesnu povredu zakonodavac ne nalazi dostojnim odvojiti u zasebnu kategoriju kao gore navedene. To, naravno, ne znači da zakonodavac smatra da nijedna druga procesna povreda ne može rezultirati nezakonitošću dokaza, nego jednostavno znači da zakonodavac prepušta sudskoj praksi ocjenu koje su to povrede procesne forme koje zadobivaju karakter „*bitnosti*“ povrede ZKP-a u kontekstu nezakonitosti dokaza. Kako je ta ocjena „*bitnosti*“ povrede ZKP-a u kontekstu nezakonitosti dokaza prepuštena sudskoj praksi, ona se i razmatra u nastavku rada u sklopu izlaganja sudske prakse u BiH.

Nemoguće je ne primijetiti da se zakonodavac prilikom definicije te potkategorije nezakonitih dokaza koristi poprilično nezgrapnom sintagmom „*bitnih povreda ZKP-a*“ (*ovoga Zakona*). Tu je jezičnu konstrukciju kako pravna teorija tako i sudska praksa u pokušajima definiranja povezivala s bitnim po-

vredama kaznenog postupka kao žalbenog temelja.⁵² Međutim, razmatrajući pridjev „bitne“ u rečenici u čl. 10. st. 2. ZKP-a, do njegova ispravnog značenja ne može se doći bez kontekstne semantičke analize kao jednog od metodoloških temelja uspješne analize značenja riječi.

U tom kontekstu ne treba gubiti iz vida da „bitna povreda odredaba kaznenog postupka“, kao jedan od žalbenih temelja, obuhvaća različite vrste proceduralnih povreda, koje su u slučaju apsolutno bitnih taksativno pobrojane, a u slučaju relativno bitnih omeđene jednom općenitom sintagmom koja može obuhvatiti bilo koju povredu ZKP-a ako je ona „bila ili je mogla biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude“. Jedna od apsolutno bitnih povreda kaznenog postupka jest i slučaj kada se „presuda temelji na dokazu na kojemu se po odredbama ovog zakona ne može temeljiti presuda“.⁵³ Dakle donošenje presude koja se temeljila na nezakonitom dokazu već je apsolutno bitna povreda kaznenog postupka, koja je razlog za ukidanje presude i vraćanje na ponovni postupak.

Ovaj tek sumarni prikaz žalbenog temelja „bitne povrede odredaba kaznenog postupka“ bio je nužan radi identificiranja polja značenja riječi „bitnim“ (povredama ovoga Zakona) iz drugog dijela rečenice čl. 10. st. 2. ZKP-a. Imajući u vidu da „bitne povrede odredaba kaznenog postupka“ kao žalbeni temelj reguliraju pitanje preispitivanja sudskih odluka (među ostalim i zbog njihova temeljenja na nezakonitim dokazima), dok čl. 10. st. 2. ZKP-a regulira upravo što su nezakoniti dokazi, bilo bi krajnje opskurno dovoditi u bilo kakvu vezu zakonsku sintagmu „bitnim“ (povredama ovoga Zakona) iz čl. 10. st. 2. ZKP-a sa žalbenim temeljima. Na prvi pogled sasvim jednostavna i samorazumljiva odredba malo detaljnijim ispitivanjem dovodi do zaključka da se odlikuje izrazitom unutarnjom povezanošću, ali i interakcijom svojih odredaba te upućujućim karakterom na ostale odredbe ZKP-a, prvenstveno one koje se odnose na Glavu ZKP-a – „Dokazna sredstva“. Nit vodilja zakonodavnih arhitekata bila je jednom gipkom normativnom formulacijom omogućiti sudskoj

⁵² Tako *Ikanović* navodi da je posebno kontroverzno propisivanje u okviru nezakonitih dokaza da se presuda ne može zasnivati na bitnim povredama procesnog zakona. U prilog toj tezi navodi da toj odredbi ovdje nije mjesto ako joj je smisao da se presuda ne može zasnivati na svim bitnim povredama, jer se presuda ni ranije nije mogla zasnovati na apsolutno bitnim povredama odredaba kaznenog postupka, a to je i sada zakonom propisano kao žalbena osnova u čl. 311. st. 1. toč. a) do k) ZKP-a RS-a. Od svih nabrojanih bitnih povreda na nezakonitost dokaza odnosi se samo točka z) navedenog člana (ako „se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona ne može zasnivati presuda“), dok se druge povrede ne odnose na nezakonite dokaze. Drugo, ako se htjelo isključiti nezakonite dokaze, onda je trebalo reći ne nezakonitim dokazima pribavljenim bitnim povredama. *Ikanović*, *Veljko*, op. cit. (bilj. 46), str. 119.

⁵³ Čl. 297. st. 1. toč. i) ZKP-a FBiH, čl. 312. st. 1. toč. i) ZKP-a FBiH, čl. 311. ZKP-a RS-a i čl. 297. st. 1. toč. i) ZKP-a BD-a.

praksi kreativnu djelatnost tumačenja, uz ostvarenje širih ciljeva, a to su sprječavanje postupaka tijela javne vlasti kojima se krše temeljna prava osumnjičenika/optuženika, ali i onemogućavanje stvarnoga utjecaja nezakonitih dokaza na raspravne suce.

Naime pitanje karaktera i značenja riječi „*bitnosti*“ iz čl. 10. st. 2. ZKP-a sasvim je bjelodano kompleksno i interpretativno i faktografski te je prilikom njezine interpretacije potrebno voditi računa o pravilima semantičke kontekstualne analize. Vrlo je indikativno da sama dikcija čl. 10. st. 2. ZKP-a, kako je već prije navedeno, nomotehnički dva puta ponavlja izričaj „*na dokazima koji su pribavljeni*“, što upućuje i na usmjerenost riječi „*bitnosti*“. Drugim riječima, ta činjenica neodoljivo upućuje na to da se bitnost povreda iz čl. 10. st. 2. ZKP-a prvenstveno odnosi na zakonska pravila o prikupljanju dokaza iz Glave ZKP-a – „*Dokazna sredstva*“ te se u tom kontekstu i ima promatrati, a nipošto u vezi sa žalbenim temeljima, koji se rukovode sasvim drugačijim pravilima i specifičnostima. Dakle riječ „*bitnosti*“ iz čl. 10. st. 2. ZKP-a nedvojbeno je i interpretativno polivalentna, jer svojom složenošću rukovodi svim dokaznim sredstvima (privremeno oduzimanje predmeta, pretraga, ispitivanje osumnjičenika i svjedoka itd.). Jezični izričaj „*bitnim*“ (povredama ovoga Zakona) iz čl. 10. st. 2. ZKP-a poprilično je obmanjujući te bi *de lege ferenda* trebalo ozbiljno razmotriti njegovu zamjenu nekim interpretativno prihvatljivijim i jasnijim izričajem zakonske norme, primjerice „*značajnijim*“ ili „*težim*“ (povredama dokaznih pravila).

b) Dokazi pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina

Ovdje je riječ o jednoj od dvije potkategorije tzv. primarnih nezakonitih dokaza, koji su sasvim samostalan i neovisan element o ranijoj kategoriji – dokaza koji su pribavljeni bitnim povredama ZKP-a. Najprije se postavlja pitanje zbog čega je ta distinkcija važna s teoretskog i praktičnog aspekta. Drugim riječima, nije li svaki dokaz koji je pribavljen uz „povredu ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina“ (u daljnjem tekstu: ustavnih i konvencijskih prava i sloboda) obligatorno sam po sebi i dokaz koji je pribavljen bitnim povredama ZKP-a. Upravo je praksa pokazala da to nužno ne mora biti slučaj, jer je sasvim moguće da je određeni dokaz pribavljen u potpunosti uz poštivanje svih odredaba ZKP-a o prikupljanju dokaza, ali da on istodobno unatoč tome predstavlja povredu ustavnih i konvencijskih prava i sloboda. Primjerice u predmetu *Dragojević* redovni su sudovi jedne nacionalne države (u konkretnom slučaju Županijski sud u Dubrovniku i Vrhovni sud RH) odbili sve prigovore na zakonitost prikupljanja dokaza koji su bili istaknuti od strane obrane, odno-

sno našli su da je prikupljeni dokaz zakonit, ali unatoč tome ESLJP utvrđuje povredu čl. 8. Konvencije jer je primjenom posebnih dokaznih radnji prisluškivanja telefona i tajnim nadzorom došlo do miješanja u njegovo pravo na poštivanje privatnog života. Iako je riječ o predmetu koji se ne odnosi na Bosnu i Hercegovinu, nego na Republiku Hrvatsku, svi popratni efekti te odluke mogu se preslikati i na Bosnu i Hercegovinu, jer je legislativno uređenje gotovo identično s aspekta posebnih istražnih radnji te su i u BiH do donošenja te odluke bili česti slučajevi odobravanja posebnih istražnih (dokaznih) radnji bez posebno obrazloženih naloga.

Dakle zavodljivo bi bilo lako zaključiti da se između ta dva elementa nezakonitih dokaza može staviti znak jednakosti, pa dosadašnja kako sudska praksa tako i pravna teorija to povremeno i čine,⁵⁴ no može se primijetiti da manjka ozbiljna analiza divergencijskih faktora ta dva očigledno samostalna i odvojena elementa nezakonitih dokaza. Zaključak da je riječ o dva odvojena elementa ima i jednu sasvim praktičnu reperkusiju, koja se kristalno jasno oslikava na predmetu *Dragojević*, gdje imamo zaključak redovnih sudova da je riječ o zakonitom dokazu, zatim zaključak ESLJP-a koji ne osporava da je riječ o zakonitom dokazu (jer to i nije u njegovoj domeni rješavanja, nego u domeni nacionalnih sudova, što taj sud u svojim odlukama uporno ponavlja), ali istodobno utvrđuje da je došlo do povrede prava na zaštitu privatnosti iz čl. 8. Konvencije, ali ne i povrede prava na pravično suđenje iz čl. 6. Konvencije. Ukratko, praktična reperkusija zaključka da je riječ o dva odvojena elementa nezakonitih dokaza jest upravo u tome da, iako određeni dokaz može biti pribavljen uz poštivanje odredaba ZKP-a, ako on predstavlja u svojoj suštini povredu ustavnih i konvencijskih prava (kao što je u konkretnom slučaju bila povreda prava na zaštitu privatnosti iz čl. 8. Konvencije), taj će dokaz biti nezakonit. Suprotno, u situaciji vladajuće interpretativne paradigme koja je prije već izložena, da su nezakoniti dokazi samo oni koji istodobno predstavljaju bitnu povredu odredaba ZKP-a i povredu ustavnih i konvencijskih prava, konzekvenca tog konkretno razmatranog dokaza u obliku manjkavosti naloga za provođenje posebnih istražnih radnji ne bi rezultirala nezakonitošću dokaza, jer kod njega nema ispunjenosti kumulativnog faktora.

Zaista su ozbiljne rezerve oko vladajućeg kumulativnog tumačenja jer ono ne samo što ne odgovara iznesenoj jezičnoj konstrukciji norme i njezinoj frazeologiji nego ne odgovara ni samom zdravorazumskom zaključivanju. Također, takvo tumačenje predstavlja pretjeranu neelastičnost, koja rezultira ozbiljnim procesnim anomalijama. Naime inzistiranje na kumulativnosti nezakoniti bi bili samo oni dokazi koji su pribavljeni i uz bitnu povredu odredaba ZKP-a i uz povredu ustavnih i konvencijskih prava, iako mnoštvo procesnih povreda u

⁵⁴ Vidi bilj. 51.

postupku prikupljanja dokaznog materijala samo po sebi ne mora nužno predstavljati i povredu nekog od ustavnih i konvencijskih prava.

U konačnici, odredba koja regulira materiju nezakonitih dokaza u bosanskohercegovačkom kaznenom procesnom pravu, a kako je već u prethodnom dijelu teksta izloženo, na prvi je pogled sasvim jednostavna i samorazumljiva. Međutim malo detaljnijim ispitivanjem i analizom dolazi se do zaključka da se ta odredba svojim upućujućim karakterom na čitav spektar zakonskih odredbi koje se tiču prikupljanja dokaza odlikuje izrazitom unutarnjom povezanošću i interakcijom. Citirana odredba ZKP-a, koja regulira institut zakonitosti dokaza, u praksi dovodi do brojnih neusklađenih pravnih mišljenja i tumačenja pojedinih procesnih povreda te je u konačnici praksa sudova u BiH prepuštena sama sebi i kreće se od slučaja do slučaja, upravo iz razloga što su bosanskohercegovački suci često prepušteni vlastitoj intuiciji u primjeni toga iznimno kompliciranog instituta. Naime pored tradicionalnih povreda koje rezultiraju nezakonitošću dokaza (pretraga bez naloga, ispitivanje okrivljenika bez branitelja u slučajevima obvezne obrane, privremeno oduzimanje predmeta bez sudskog naloga itd.) suvremena sudska praksa suočava se s čitavom lepezom procesnih situacija u kojima u obzir može doći primjena instituta nezakonitih dokaza. Široka margina nejasnoća kao posljedica normativne nedorečenosti zakonske definicije pojma nezakonitosti dokaza, a s tim u vezi i neustaljene sudske prakse, dovodi do jednoga stranačkog rituala (pretežno obrane) učestalih prigovora na zakonitost dokaza, što pak dovodi do sporova/zapleta, pa čak i ukidajućih odluka po pravnim lijekovima.

Potpuna i cjelovita obrada instituta zakonitosti dokaza u BiH zahtijevala bi detaljnu raščlambu svih pojedinačnih zakonskih odredbi ZKP-a koje se odnose na prikupljanje dokazne građe, i to kroz analizu hipotetičke situacije povrede svake zasebne od tih odredbi i davanja odgovora na pitanje predstavlja li ona nezakonit dokaz ili ne. Dati potpun odgovor na to pitanje zahtijevalo bi znatno opsežniji referat i razradbu od onih koje dopušta prostor ovoga rada, zbog čega se ipak treba zadržati na određenim najvažnijim i najčešćim pitanjima (ne)zakonitosti dokaza koji se pojavljuju u sudskoj praksi.

Najprije je potrebno napomenuti da je i inače stajalište sudske prakse u BiH da se povreda bilo koje zakonom propisane forme prikupljanja ili izvođenja dokaza ne može smatrati razlogom da se takav defektno prikupljeni ili izvedeni dokaz odmah proglasi nezakonitim. To nije cilj ni svrha odredbe članka 10. ZKP-a, ali takvo tumačenje ne odgovara ni samom leksičkom sadržaju te odredbe jer ona kvalificira nezakonitim samo one dokaze koji su pribavljeni „*bitnim povredama ovoga zakona*“ te samim time ne obuhvaća povrede koje su manje značajne. Dakle samo oni dokazi koji su pribavljeni uz bitne, značajne povrede procesnih odredbi ZKP-a o prikupljanju dokaznog materijala imaju se smatrati nezakonitim dokazima u smislu citirane odredbe. Ocjenu

bitnosti povrede daje sud, a to su u svakom slučaju procesne povrede za koje ZKP FBiH izrijekom propisuje da ne mogu biti temelj odluke, dok je u drugim slučajevima bitnost povrede razumljiva sama po sebi.⁵⁵

Tako i sam Vrhovni sud FBiH u mnoštvu svojih odluka⁵⁶ ponavlja da, ukoliko je riječ o povredi procesne forme prikupljanja dokaza za koju ta posljedica nije propisana, sud u takvu slučaju cijeni cilj te odredbe te utjecaj koji je njezino kršenje imalo na osnovna prava i slobode sudionika kaznenog postupka i temeljna načela kaznenog postupka. Dalje, Vrhovni sud FBiH naglašava da se zaključak o nezakonitosti određenog dokaza ne može zasnivati isključivo na činjenici da je prilikom njegova pribavljanja povrijeđena neka odredba procesnog zakona (osim ukoliko to nije izričito propisano), nego se u tim situacijama mora cijeliti smisao i cilj odredbe (koja nije primijenjena ili je prekršena), značaj propusta da se postupi u skladu s njom za osnovna prava i slobode (optuženog ili svjedoka), kao i značaj tog propusta u odnosu na osnovna načela kaznenog postupka, pa se tek tada može izvesti zaključak o zakonitosti ili nezakonitosti određenog dokaza.

Naravno, potrebno je i da sudska odluka sadrži prikaz te ocjene, odnosno konkretne razloge zbog kojih sud smatra da je povreda određene zakonske odredbe pri pribavljanju ili izvođenju određenog dokaza rezultirala nezakonitošću dokaza u smislu članka 10. stavka 2. ZKP-a. Drugim riječima, potrebno je određeno navesti koju povredu osnovnih ljudskih prava i zbog čega predstavlja kršenje određene zakonske odredbe pri poduzimanju pojedinih radnji dokazivanja, odnosno zašto sud smatra da je određeni dokaz pribavljen bitnim, odnosno suštinskim povredama odredaba ZKP-a FBiH, uslijed čega se na tako pribavljenom dokazu ne može temeljiti sudska odluka. Riječ je o jednom zaista vrhunskom objašnjenju i razradbi instituta zakonitosti dokaza, koji ima ne samo praktičan nego i teorijski karakter. Vrhovni sud FBiH takvom interpretativnom tehnikom daje nižim sudovima jasne smjernice na koji način vršiti ocjenu (ne)zakonitosti dokaza istodobno implementirajući jasna, konkretna i praktično primjenjiva doktrinarna pravila, koja će omogućiti interpretaciju nezakonitih dokaza u svakom slučaju.

Ako se imaju u vidu najprije izložena stajališta Vrhovnog suda SAD-a te Europskog suda za ljudska prava te ako se ona dovedu u vezu prilikom razmatranja gore izložene zakonske regulative instituta zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom kaznenom procesnom pravu, onda gotovo neodoljivo sugerira element interpretativne tehnike Vrhovnog suda SAD-a, koji kroz dugogodišnju tradiciju doktrinarnog razvitka instituta ekskluzije dokaza uporno

⁵⁵ Osnovni sud u Derventi br. 84 0 K 046680 16 K 2 od 19. 7. 2017., potvrđeno odlukom Okružnog suda u Doboju br. 84 0 K 046680 17 Kž 2 od 29. 11. 2017.

⁵⁶ Vrhovni sud FBiH, br. 06 0 K 005470 14 Kž od 3. 9. 2014., br. 09 0 K 026508 16 Kž od 15. 12. 2016., br. 04 0 K 007799 16 Kž od 18. 1. 2018., br. 65 0 K 197341 17 Kžž od 9. 11. 2017.

odbacuje brojne zahtjeve za podvođenje pod taj institut različitih formalnih propusta u dokaznoj proceduri te su one rezervirane za namjerne, nesmotrene ili krajnje nemarne postupke, pa čak i do te mjere da se zahtijeva „sistematska nemarnost“ u proceduri prikupljanja dokaza. To je u izravnoj suprotnosti s pojedinim primjerima koji su zabilježeni kako u sudskoj praksi sudova u BiH⁵⁷ tako i u pravnoj teoriji,⁵⁸ koji su različite slučajeve procesnih propusta koji se uistinu mogu podvesti pod čiste formalne proceduralne propuste podvodili pod nezakonite dokaze, sve s nesmotrenom rigidnošću i u potpunosti ignorirajući cilj i svrhu instituta zakonitosti dokaza.

5. KRITIČKI OSVRT NA POSTOJEĆE ZAKONODAVNO UREĐENJE I PRIJEDLOZI DE LEGE FERENDA

Kako je prethodno već izloženo, ESLJP u svojoj jurisprudenciji nije priznao pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza kao posebno konvencijsko pravo, tako da zabrana korištenja nezakonitih dokaza ne spada pod opći element pojma „pravičnog postupka“. Međutim to nipošto ne znači da načelo zakonitosti dokaza nema vrlo važnu ulogu u jačanju svijesti tijela kaznenog progona o potrebi zakonitog postupanja, odnosno pridržavanja zakonskih odredbi o prikupljanju procesne građe u kaznenom postupku, iako nisu rijetke ni kritike važećeg zakonodavnog uređenja.⁵⁹ Utvrditi u kolikoj je mjeri načelo zakonitosti dokaza ispunilo svoju svrhu zahtijevalo bi znatno veće istraživanje sudske prakse, koje nadilazi mogućnosti ovoga rada, ali bilo bi

⁵⁷ Tako je primjerice sudska praksa u BiH poprilično konzistentno nezakonitim proglašavala one dokaze koji su prikupljeni uslijed propusta provođenja radnje otvaranja i pregleda privremeno oduzetih predmeta od tužitelja (Vrhovni sud FBiH br. 58 0 K 068999 12 KŽŽ od 12. 4. 2012., br. 09 0 K 013156 12 KŽ 6 od 12. 9. 2012.) unatoč činjenici što ti privremeno oduzeti predmeti postoje u sudskom spisu. Dalje, nezakonitima su proglašavani i dokazi proizašli iz pretrage koja je odobrena usmenom naredbom suca u slučajevima gdje sudac nije ispunio svoju zakonsku obvezu da u daljnjem roku od 24 sata sačini službeni zabilješku, dakle poduzme jednu običnu formalnu radnju (Ustavni sud BiH AP 291/08 od 19. studenoga 2011., AP 3364/10 od 12. veljače 2014.), unatoč činjenici da je tijekom postupka pouzdano utvrđeno da je sudac nalog za pretragu uistinu izdao (pa čak i tamo gdje je sudac u svojstvu svjedoka to potvrdio) te da je taj nalog formalno u trenutku pretrage postojao.

⁵⁸ Tako *Zadrić* ističe da se nezakonitim dokazima moraju proglasiti i one situacije kada pronađeni predmeti prilikom pretrage nisu dostatno precizno opisani; kada je u pretrazi sudjelovala i osoba koja nije označena u sudskom nalogu za pretragu i sl. *Zadrić, Marin, Zakonitost dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1, Sarajevo, 2011, str. 206–207.*

⁵⁹ Vidi: *Bingas, Dalibor; Kalaba, Bisera – O nepovoljnim učincima primjene instituta nezakonitih dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1, Sarajevo, 2011.*

potpuno neuvjerljivo sumnjati u to da je to načelo u svojoj primjeni od njegova legislativnog ustoličenja u reformi 2003. ipak značajno doprinijelo ispunjenju određenih ciljeva provedene kaznene procesne reforme, prvenstveno u obliku jačanje načela vladavine prava i zaštite međunarodnim pravom afirmiranih prava i sloboda čovjeka.

Iz gore iznesene analize postojećeg normativnog rješenja uočavaju se nedostaci važećeg uređenja načela zakonitosti dokaza u bosanskohercegovačkom kaznenom procesnom pravu. Zbog toga *de lege ferenda* ne bi bilo na odmet ozbiljno razmisliti i o mogućnosti zakonodavne intervencije u zakonski tekst, i to s nekoliko aspekata.

Najprije, radi jasnoće izričaja zakonske norme, *de lege ferenda* trebalo bi ozbiljno razmotriti mogućnost zamjene riječi „bitnim“ (*povredama ovoga Zakona*) iz čl. 10. st. 2. ZKP-a uvođenjem interpretativno prihvatljivijeg i jasnijeg izričaja, primjerice „značajnijim“ ili „težim“ (*povredama dokaznih pravila*). Razlog je to što jezičnu konstrukciju „bitnih povreda Zakona“ kako pravna teorija tako i sudska praksa već tradicionalno povezuje i identificira s apsolutno/relativno bitnim povredama kaznenog postupka kao žalbenog temelja.

Ne bi bilo na odmet razmotriti i mogućnost uvođenja opipljive diferencijacije prihvaćanja nezakonitih dokaza radi osude kriminalnih i za društvo opasnih osoba od njihova prava na novčanu satisfakciju, koje, usput budi rečeno, u ovom trenutku i ne postoji. Čini se sasvim logičnim i opravdanim pravno regulirati poseban postupak koji bi dao pravni temelj osobama kojima je povrijeđeno pravo na privatnost (ili koje drugo ustavom ili međunarodnim ugovorima propisano pravo) za utuženje u parničnom postupku, jer se čini krajnje licemjernim svako inzistiranje na proširenju dometa instituta zakonitosti dokaza uz pozivanje na zaštitu ljudskih prava u situaciji kada iste te osobe kojima su ta prava povrijeđena u ovom trenutku nemaju ni pravnu osnovu za ostvarenje novčane satisfakcije.

Kad se ima u vidu da je mogućnost „vaganja interesa“ u trenutačno važećem tekstu zakona značajno ograničena, jer prema svemu izloženome kategorija nezakonitih dokaza pribavljenih povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Bosna i Hercegovina egzistira sasvim samostalno i neovisno o drugoj kategoriji nezakonitih dokaza pribavljenih uz „bitne“ povrede ZKP-a (koja bi i omogućavala određene mogućnosti „vaganja“). Takav izričaj zakonske norme dovodi do krajnje teško održivih, pa i opskurnih procesnih rezultata, jer i ondje gdje bi sudska praksa utvrdila da je javni interes snažan te značajno premašuje povredu prava na privatnost počinitelja i gdje samim time nema „bitne“ povrede ZKP-a mora se izvesti zaključak o nezakonitosti dokaza jer je pravo na privatnost povrijeđeno i samim time je dokaz nezakonit jer ulazi u prvonavedenu kategoriju sekundarnih nezakonitih dokaza. Zbog toga bi bilo poželjno

jasno normativno diferencirati postupanje s određenim oblicima nezakonitih dokaza, primjerice uvesti obligatornost izdvajanja nezakonitih dokaza do kojih se došlo kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja, kao i na dokazima koji su pribavljeni povredama ZKP-a za koje je izričito propisano da se na njima ne može temeljiti sudska odluka. Čini se da bi bilo prikladno, zbog jasnoće zakonskog teksta i usklađivanja sudske prakse, jasno propisati obvezu izdvajanja dokaza pribavljenih takvim povredama.

Nasuprot tome bilo bi potrebno jasno legislativno razdvojiti postupanje s ostalim vrstama nezakonitih dokaza (dokazi pribavljeni uz „bitne“ povrede ZKP-a, kao i određeni blaži oblici povreda ljudskih prava i sloboda,) koji bi bili podložni „*vaganju interesa*“, odnosno uvođenja mogućnosti temeljenja sudskih odluka i na tim povredama, ali isključivo kod teških kaznenih djela, gdje je javni interes snažan i nezaobilazan. Naime kod svakog nezakonitog dokaza prisutan je određeni javni interes da se taj dokaz uporabi u kaznenom postupku radi osude počinitelja kaznenog djela. Međutim naravno da je snaga toga interesa različita u ovisnosti o okolnostima svakog pojedinog slučaja i značaja svake pojedine povrede procesne forme, tako da je vrlo teško očekivati od zakonodavca da efikasno razradi temeljne postavke „*vaganja interesa*“. Jedino sudska praksa može pružiti jasne i primjenjive kriterije za navedeno „*vaganje interesa*“, koji moraju biti dosljedno i praktički razrađeni od strane najviših sudskih instanci, jer su u suprotnom suci prepušteni vlastitoj intuiciji i dovrtljivosti, a to će uvijek dovoditi do divergentnih varijacija.

Zakonski izraz „*bitne*“ (povrede odredbe ZKP-a) iz stilizacije zakonske odredbe o zakonitosti dokaza u svojem totalitetu nipošto ne upućuje na to da je zakonodavac imao ikakvu namjeru dati ekspanzivnu konotaciju interpretativnom rezultatu danom od strane sudbene vlasti, odnosno nema naznake da se pod tu frazu može skrpati i širi kontekst nekih povreda procesne forme koje su blaže prirode. Međutim iz svega izloženoga čini se neuspjeh pokušaj zakonodavca da kroz izričaj „*bitne*“ i „*zabrane utemeljenja*“ održi i to posljednje zrno kontinentalne tradicije, jer je sudska praksa zastranila u potpuno drugom smjeru – smjeru snažnih anglo-američkih asimilacijskih procesa. Teško je ne primijetiti snažne tendencije sudske prakse prema uspostavljanju sasvim pogrešnog narativa o obligatornosti izdvajanja/ekskluzije dokaza u pojedinim procesnim situacijama, čime se želi konstituirati našoj pravnoj tradiciji jedna sasvim neprirodna matrica.⁶⁰ Sudovi se u odlukama kojima proglašavaju odre-

⁶⁰ Uz ranije već navedene slučajeve iz bilj. 57. Ustavni sud BiH u predmetu AP-3376/07 zaključuje da postoji povreda prava na dom iz članka II/3.(f) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 8. Europske konvencije kada ovlaštena službena osoba u postupku izvršenja naloga za pretragu stana propusti osobi kod koje se pretraga provodi predati nalog o pretrazi prije početka pretrage, uz obrazloženje da je na taj način postupljeno suprotno *izričitoj* zakonskoj

đene dokaze nezakonitima koriste uobičajenim formaliziranim interpretativnim tehnikama: da nije postupljeno u skladu sa zakonom, da je riječ o zakonskim odredbama imperativnog karaktera (kao da zakonske odredbe mogu biti drugačijeg karaktera) i sl. Takva praksa dovodi do toga da je sucima zavodljivo lako zaključiti i u ostalim usporednim budućim slučajevima kako je za ocjenu je li određen dokaz zakonit ili ne od isključive važnosti to je li u potpunosti ispoštovana zakonska procedura prikupljanja dokaza, a ne i sam cilj i svrha zakonske odredbe te utjecaj koji je njezino kršenje imalo na osnovna prava i slobode sudionika kaznenog postupka i temeljna načela kaznenog postupka. Takve odluke najviših sudskih instanci dovode do snažnih nekonzistentnosti i divergentnih rezultata u sličnim i istovrsnim predmetima, što su konstatirala izvješća neovisnih međunarodnih promatrača.⁶¹

Pogrešnim i neutemeljenim pozivanjem na međunarodne obveze BiH u kontekstu Europske konvencije te istodobno maksimalnom ekstenzijom tumačenja pravnih stajališta ESLJP-a, koja zapravo zahtijevaju ekskluziju u vrlo rijetkim i iznimnim situacijama, želi se nametnuti paradigma o faktičnoj determiniranosti našega pravnog sustava, što je sasvim pogrešno. Kontinentalnoj europskoj pravnoj baštini nepoznata je takva intenzivna ekskluzijska agenda te nekritičko prihvaćanje anglosaksonskih doktrinarnih pravila ne predstavlja ništa drugo doli neosjetljivo nepoštivanje domaćih stoljetnih kontinentalnih paradigmi. U tom je kontekstu dužnost kontinentalne pravne teorije ustrajavanje u zadržavanju domaće pravne tradicije i diskursa te istodobno snažno izraženo i artikulirano antagonističko stajalište prema svakom pokušaju metamorfoze nama neprirodnih anglo-američkih procesnih pravila.

odredbi. Dalje, Vrhovni sud FBiH u odluci br. 09 0 K 005333 16 Kž 3 od 29. 5. 2018. nalazi da činjenica da nakon obavljene pretrage bez naloga tužitelj nije postupio po svojoj obvezi iz čl. 78. st. 3. ZKP-a FBiH i obavijestio suca za prethodni postupak rezultira nezakonitošću dokaza pribavljenih takvom pretragom. Sve to nastaje ignoriranjem cilja i svrhe navedene odredbe, bez razmatranja je li ta pretraga bez naloga obavljena od strane ovlaštenih osoba sukladno zakonskim uvjetima obavljanja pretrage bez naloga, uz jednostavno obrazloženje da je riječ o *imperativnoj* obvezi obavještavanja suca za prethodni postupak.

⁶¹ Tako je i OESS u BiH uočio i upozorio na nelogičnosti i dijametralno suprotnu primjenu kaznenih procesnih odredbi vezano za institut privremenog oduzimanja predmeta, konkretno dragovoljne predaje predmeta. Naime propust da tužitelj u istrazi postupi u skladu s čl. 71. ZKP-a BiH, kojim se od tužiteljstva zahtijeva da izvrši otvaranje i pregled privremeno oduzetih dokaza nakon što o tome obavijesti suca i osumnjičenika, u jednom je slučaju rezultirao zaključkom suda da je riječ o nezakonitim dokazima (*Odluka Suda BiH u predmetu Lijanović i dr. od 8. 11. 2019.*), a u drugom (*Odluka Suda BiH br. Sl 2 K 012856 14 Kž od 26. 11. 2014.*) zaključkom suda da taj propust ne znači da su ti dokazi automatski nezakoniti niti da se na tim dokazima ne može zasnivati sudska presuda. Vidi: Treći godišnji izvještaj o odgovoru pravosuđa na korupciju: Sindrom nekažnjivosti, Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2020, str. 21-22.

Vrlo je teško u jednom vladajućem diskursu razmišljanja kontinentalnih pravnika, koji počiva na naučenoj paradigmi inzistiranja na važećem tekstu zakona (i koji inzistira na točnom zakonskom određenju što je zakonito, a što ne), usaditi koncept vaganja interesa i težine povrede, što institut zakonitosti dokaza nesumnjivo nosi sa sobom. Zbog toga je nužno ponovno naglasiti da se koncept nezakonitih dokaza nikako ne može promatrati s pozitivnog aspekta – to nisu dokazi prikupljeni u skladu sa svim provizijama zakonskog teksta – to su dokazi koji nisu pribavljeni uz teške i značajnije povrede zakonske norme. Ranije izloženi smjer razmišljanja Vrhovnog suda FBiH pokazuje vrlo kvalitetno razrađene kriterije prema kojima se pri ocjeni je li dokaz zakonit ili ne mora cijeniti smisao i cilj odredbe (koja nije primijenjena ili je prekršena), značaj propusta da se postupi u skladu s njom za osnovna prava i slobode (optuženika ili svjedoka), kao i značaj tog propusta u odnosu na osnovna načela kaznenog postupka. Ovdje bi se jedino, a u funkciji argumentacijskog parametra odluke o tome je li dokaz zakonit ili ne, mogla dodati i mogućnost cijenjenja javnog interesa i društvene cijene, ali i sam karakter povrede u vidu zlonamjernosti postupanja tijela kaznenog progona. Izmjena ZKP-a u ovom smjeru, *de lege ferenda*, bila bi sukladna modernim komparativnim stremljenjima, ali i suvremenom tumačenju ESLJP-a, koji svojom jurisprudencijom ne isključuje mogućnost da korištenje dokaza koji su prikupljeni određenim procesnim povredama ipak nema utjecaj na pravično suđenje u cjelini. U konačnici, svakoj eventualnoj zakonodavnoj intervenciji u trenutačno važeći ZKP valja pristupiti temeljito i sustavno, uz aktivno sudjelovanje dokazanih pravnih stručnjaka iz teorije i prakse kaznenog prava te predstavnika zakonodavne vlasti.⁶²

6. ZAKLJUČAK

Pitanje zakonitosti dokaza u kaznenom postupku jedna je od nepresušnih tema rasprava kaznenog procesnog prava, kao i u drugim slučajevima u kojima je potrebno pogoditi pravu mjeru ravnoteže suprotstavljenih interesa. Korjenitim izmjenama u sustavu nezakonitih dokaza, sustavno započetim reformom 2003., bosanskohercegovački zakonodavac zakoračio je u sasvim novo i neistraženo područje, kojim se stavlja izvan snage stari anakroni i nedovoljno

⁶² Tako Bubalović navodi da zbog iznimne važnosti svakoga sistemskog zakona, a takav je i ZKP, nije dovoljno samo njegovo parcijalno popravljjanje, a pogotovo ne ugradnja pravno neutemeljenih ideja, koje su ponekad rezultat različitih interesa pojedinaca i društvenih grupa. Posebice je nedopustivo implantiranje gotovih stranih rješenja iz zakonodavstava drugih država, često i s potpuno drukčijim pravnim sustavom i pravnom tradicijom, bez prethodne provjere njihove pravne utemeljenosti i mogućnosti prirodnoga zaživljavanja u domaćem pravnom tkivu. Vidi: Bubalović, Tadija, op. cit. (bilj. 43), str. 1156.

određeni sustav nevaljanih dokaza, koji je očigledno bio neadekvatan kako s aspekta zaštite ljudskih prava tako i s aspekta procesnog normativnog sklada. Međutim raniji je anakronizam zamijenjen novim rudimentarnim tvrdoglavih opiranjima bosanskohercegovačkog zakonodavca usavršavanju i modernizaciji načela zakonitosti dokaza kroz uvođenje načela razmjernosti. Pri tome treba imati u vidu da ni slovo ni duh čl. 10. ZKP-a, ali ni čl. 6. Europske konvencije, ne zahtijevaju obligatornost izdvajanja svih vrsta nezakonitih dokaza, ali i opće karakteristike novih tendencija faze razvitka kaznenog procesnog prava, koje se ogledaju u energičnom protivljenju proširenja utjecaja ekskluzije nezakonitih dokaza.

Postavlja se pitanje koji je cilj i interes recepcije stranih procesnih instituta u većoj i intenzivnijoj formi od one u kojoj oni egzistiraju u pravnim sustavima odakle potječu. Naime u ovom je trenutku prošlo više od stotinu godina od odluke Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Weeks* (1914.) te čak više od 130 godina od odluke istoga suda u predmetu *Boyd* (1886.). Kad se razmatra povijest razvitka ekskluzijskog pravila, nameće se zaključak da zasigurno mora postojati sasvim konkretan razlog zašto je Vrhovni sud SAD-a u tom zaista dugom vremenskom razdoblju došao do krajnjeg zaključka da su za ekskluziju dokaza prikladni samo namjerni, nesmotreni ili krajnje nemarni postupci, ili u nekim slučajevima čak i ponavljajući ili sistemski nemarni. U konačnici, čini se krajnje neprikladnim navlačiti paravan vladavine prava i ustavnih vrijednosti demokratskog društva, uz opravdavanje kontinentalnom pravu stranih procesnih instituta ekskluzije nezakonitih dokaza, kada oni svoje postavke vuku iz sustava koji je tako fundamentalno različit, ali i koji se istovremeno razvija u sasvim drugom smjeru. Čini se da anglo-američki asimilacijski procesi imaju snažne reperkusije na svim poljima, i to ne samo u zakonodavstvu nego i na području sudske prakse. Može se očekivati da će u situaciji gubitka liberalne većine u Vrhovnom sudu SAD-a (koja je kroz povijest bila toliko naklonjena snaženju ovoga instituta) daljnji razvitak ovoga instituta u SAD-u ostati na liniji redukcije (ili barem održavanja *statusa quo*) procesnih situacija koje su pogodne za ekskluziju.

Ovdje se nipošto ne zalaže za daljnja preslikavanja, kao ni za dokidanje instituta zakonitosti dokaza ili njegovo svođenje na puku normativnu fasadu neprimjenjivu u praksi, nego se apelira na fragmentarnu recepciju, u skladu s modernim stremljenjima, ali i samu praksu najviših i najcjenjenijih sudskih instanci u svijetu. Naime u pravu gotovo nikada nema koncepcije koja je besprijeekorna. Tako je i s institutom zakonitosti dokaza. Domaći pravosudni sustav mora se suočiti s izraženom društvenom cijenom koju nosi intenzivna ekskluzijska doktrina. Naime naravno da nezakonita pretraga predstavlja povredu prava na privatnost svake osobe, kako one koja je u potpunosti nedužna tako i one koja posjeduje nedozvoljena sredstva. Međutim, čisto s filozofskog stajali-

šta, u domeni daljnje konzekvence takve jedne nezakonite pretrage te su dvije osobe značajno diskriminirane jer ne uživaju jednake pogodnosti; kriminalac će uživati sve blagodati suzbijanja/ekskluzije dokaza i izlaska na slobodu, dok će nedužna osoba ostati s gorkim okusom nepravde i policijske samovolje, uz dodatnu konzekvencu da je na slobodi još jedan za nju potencijalno opasan kriminalac. Dakle i sam zdrav razum i ljudska logika nalažu zaključiti da se sudovima mora omogućiti određeni „sigurnosni ventil“ u obliku procesnog vaganja suprotstavljenih interesa pri ocjeni zakonitosti dokaza kako bi institutu zakonitosti dokaza pristupili s blažim stupnjem rigidnosti. Dakle sudska praksa, ali i društvo u cjelini, mora napokon zauzeti konačno stajalište oko mogućnosti primjene dokaza koji su pribavljeni i uz povrede određenih ljudskih prava, naravno, ondje gdje javni interes i društvena cijena koju bi ekskluzija nosila znatno prevagne nad povredom prava pojedinca kriminalca. U tom kontekstu javni interes nije jednak kod svake nezakonite pretrage osobe, primjerice kod osobe kod koje su pronađena 4 grama marihuane i kod osobe kod koje je pronađen 1 kg kokaina. Ekskluzija/suzbijanje dokaza u prvom se slučaju čini sasvim opravdanom, dok se u slučaju druge osobe i na prvi pogled običnog laika čini krajnje neprikladnom. Bosanskohercegovačka jurisprudencija mora jasno odlučiti kakav će sustav izdvajanja/ekskluzije dokaza usvojiti. Ipak, sve dok najviši sudovi ne formuliraju stalne i ustaljene kriterije donjih granica ispod kojih se procesnih dokaznih povreda ne može ići, postoji opasnost fragmentarnosti i neustaljenosti sudske prakse, a u konačnici i pravne nesigurnosti. Ostaje nam nadati se da će neprekidna i živa sudska praksa trasiirati novu orijentaciju u postupanju s nezakonitim dokazima, odnosno postupno iskristalizirati složena pravila o tome koje su to procesne povrede u postupku prikupljanja dokazne građe dostojne zvati se nezakonitim dokazom za svako pojedino dokazno sredstvo. Krajnji je cilj uklapanje u konačnici čitavog sustava dokazivanja u kaznenom postupku u jednu harmoničnu cjelinu.

LITERATURA

1. Bingas, Dalibor; Kalaba, Bisera, – O nepovoljnim učincima primjene instituta nezakonitih dokaza, dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1., Sarajevo 2011.
2. Bojanić, Igor; Đurđević, Zlata, Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, gol. 15., broj 2/2008.
3. Bradley, Craig M., The Exclusionary Rule in Germany, Harvard Law Review, gol. 96, no. 5, 1983.
4. Bubalović, Tadija, Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 6. 2008. – pozitivna rješenja i iznevjerena očekivanja, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15., broj 2/2008.

5. Carić, Marina, Novosti u sustavu nezakonitih dokaza s osobitim osvrtom na čl. 10. st. 3. i 4. ZKP/08, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17., broj 2/2010.
6. Damaška, Mirjan, Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 17., broj 2/2010.
7. Damaška, Mirjan, Potraga za pravičnim postupkom u doba inkvizitorne procedure, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 20., broj 1/2013.
8. Giantris, Laura A., Arizona v. Evans: Narrowing the Scope of the Exclusionary Rule, Maryland Law Review, volume 55, issue 1., 1996.
9. Hartman, Gary R.; Mersky, Roy M.; Tate, Cindy L., Landmark Supreme Court Cases – The most influential Decisions of the Supreme Court of the United States, Facts On File, Inc, 2004.
10. Ikanović, Veljko, Naredba za pretresanje na osnovu usmenog zahtjeva i zakonitost dokaza, Godišnjak Ffakulteta pravnih nauka, godina 4, br. 4., Banja Luka, srpanj 2014.
11. Karas, Željko; Jukić, Miroslav, Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 16., broj 2/2009.
12. Kaye, David H., Unraveling the Exclusionary Rule: From Leon to Herring to Robinson - And Back?, 58 UCLA Law Review, Disc. 207., 2011.
13. Krapac, Davor, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda, Zbornik Ppravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60., 2010.
14. Martinović, Igor; Kos, Damir, Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 23., broj 2/2016.
15. Mešanović, Merima, Institut nezakonitih dokaza u krivičnim postupcima u BiH sa osvrtom na uporedno pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru br. XXVI., 2018.
16. Obradović, Bojan; Župan, Ivan, „Plodovi otrovne voćke“ u hHrvatskom i poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 18., broj 1/2011.
17. Redemann, Bob, The Historical and Philosophical Foundations of the Exclusionary Rule, Tulsa Law Review, volume 12, issue 2., 2013.
18. Sijerčić-Čolić, Hajrija, Krivično procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini – glavni izazovi nakon reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1., Sarajevo, 2013.
19. Sijerčić-Čolić, Hajrija; Hadžiomerađić, Malik; Jurčević, Marinko; Kaurinović, Damjan; Simović, Miodrag; Komentari Zakona o Krivičnom/Kaznenom postupku u BiH, Zajednički projekat Vijeća Europe i Europske komisije, Sarajevo, 2005.
20. Simović, Miodrag, Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, 2005. godina
21. Simović, Miodrag; Simović, Vladimir, Zabrana upotrebe nezakonitih dokaza u krivičnom postupku, Zakonitost dokaza, Pravo i pravda, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina XII, br. 1., Sarajevo 2013.

22. Smith, Jared M., The Evolution of the Exclusionary Rule: From *Weeks v. United States* and *Mapp v. Ohio* to *Herring v. United States* and *Hudson v. Michigan*, *Grove City College Journal of Law and Public Policy*, vol. 2, number 2, 2011.
23. Tomkovicz, James J., *Davis v. United States: The Exclusion Revolution Continues*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 9, 2011. godina
24. Treći godišnji izvještaj o odgovoru pravosuđa na korupciju: Sindrom nekažnjivosti, Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini, 2020., web URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/1/9/471006.pdf>, 27. ožujaka 2021.. godine
25. Vuković, Špiro, *Zakon o krivičnom postupku sa objašnjenjima i sudskom praksom*, Savremena administracija, Beograd, 1985.
26. Zadrić, Marin, *Zakonitost dokaza*, *Pravo i pravda*, časopis za pravnu teoriju i praksu, godina X, br. 1., Sarajevo, 2011.

Summary

LEGALITY OF EVIDENCE IN COMPARATIVE LAW AND THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

This paper considers the principle of legality of evidence in the criminal procedure law of Bosnia and Herzegovina from the theoretical, normative and practical aspect. The paper analyses comparative legal solutions in the United States, as well as the jurisprudence of the European Court of Human Rights, with special reference to the most important decisions of the Supreme Court of the United States which laid the foundation for the theoretical principles of that country's exclusionary rule. Then, the regulation of the principle of legality of evidence in the BiH legal system is analysed, with a presentation of the legal positions of court practice, primarily that of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina, which relate to the institute of legality of evidence. As part of the above, two subcategories of so-called primary illegal evidence are examined, with special reference to the semantic contextual analysis of the provision and the view that these two subcategories are set alternatively rather than cumulatively. Finally, proposals are presented *de lege ferenda*, all with the aim of the more complete regulation of the institute of legality of evidence in BiH.

Keywords: legality of evidence, exclusionary rule, Supreme Court of the United States, European Court of Human Rights, material violations of criminal procedure provisions

