

Dr. sc. Marin Mrčela*
Ivana Bilušić**

KONFRONTACIJSKA MJERILA ***

Prema izmjenama Zakona o kaznenom postupku iz 2013. drugostupanjski sudovi moraju po službenoj dužnosti uvijek ispitati je li prvostupanjskom presudom teško povrijeđeno pravo na pravično suđenje zajamčeno Ustavom i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Jedna je od sastavnica prava na pravično suđenje i konfrontacijsko pravo okrivljenika. To pravo često se promatra zajedno s načelom kontradiktornosti i jednakosti oružja. Ispreplitanje tih triju sastavnica prava na pravično suđenje traži njihovo razmatranje radi uočavanja razlika i sličnosti te njihova razumijevanja. Osim toga konfrontacijski standardi Konvencije s jedne strane te Zakona o kaznenom postupku s druge strane nisu jednaki. Zato rad obrađuje navedene tri sastavnice prava na pravično suđenje te razlike i sličnosti konfrontacijskih mjerila.

Ključne riječi: konfrontacijska klauzula, isključivo ili odlučujuća mjera, činitelji protuteze

1. UVOD

Pravo na pravični postupak zajamčeno je člankom 29. Ustava Republike Hrvatske¹ i člankom 6. stavkom 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.² To stožerno načelo kaznenog postupka sadržava minimalna prava na obranu i postavljeno je u članku 6. stavak 1. EKLJP-a.³

* Dr. sc. Marin Mrčela, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske, docent na Pravnom fakultetu u Osijeku

** Ivana Bilušić, sutkinja Općinskog suda u Splitu

*** Riječi i pojmovni sklopovi koji imaju rodno značenje bez obzira na to jesu li u ovom radu korišteni u muškom ili ženskom rodu odnose se na jednak način na muški i ženski rod, osim na mjestima gdje je izričito naznačeno određeno rodno značenje.

¹ „Svatko ima pravo da ... sud pravično ... odluči o ... optužbi zbog kažnjivog djela“, „Narodne novine“ broj 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10., i 5/14.; dalje u tekstu: Ustav.

² „Radi utvrđivanja ... u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da ... sud pravično ... ispita njegov slučaj.“, „Narodne novine – Međunarodni ugovori“ broj 18/97., 6/99., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10., dalje u tekstu: EKLJP.

³ Usp: Stefan Trechsel: *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006 (dalje u tekstu: Trechsel), str. 292, David Harris, Michael O’Boyle & Colin Warbick: *Law*

Riječ je o pravu koje nije „zatvoreno“ jer je njegov sadržaj otvoren za sudsko tumačenje i dodavanje drugih određenih prava koja nisu nabrojena u članku 6. EKLJP-a, a koja su bitna za pravični postupak.⁴

Za tumačenje EKLJP-a važna je praksa Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (dalje u tekstu: ESLJP). Taj je sud na temelju tumačenja EKLJP-a odredio i druge sastavnice prava na pravični postupak koje na prvi pogled nisu vidljive u članku 6. EKLJP-a. Tu ulaze pravo na pristup sudu, pravo na prisutnost okrivljenika na raspravi u kaznenom postupku (načelo neposrednosti), privilegij od samooptuženja, pravo na stranački postupak (*adversarial proceedings*) i na obrazloženu odluku.⁵ Tu, dakako, ulazi i pravo na pravnu pomoć (pravo na branitelja) i konfrontacijska klauzula, koja prava su svojstvena pravičnom postupanju u kaznenom i građanskom postupku.⁶ Kao prvo od prava koje je ESLJP razvio posredstvom stožernog načela jest jednakost oružja, koje se često koristi i kod razmatranja povrede konfrontacijske klauzule i prava na stranački postupak.⁷ Uz EKLJP važan je, dakako, i Ustav, koji u članku 29. ima odredbu koja je gotovo pa istovjetna članku 6. EKLJP-a. U tom su smislu važne i odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, koji u svojoj praksi također ima odluke koje se odnose na načelo kontradiktornosti.

2. KONTRADIKTORNOST, JEDNAKOST ORUŽJA I KONFRONTACIJA

Kontradiktornost, konfrontacija i jednakost oružja djelomično se preklapaju, često se u praksi razmatraju zajedno, katkad se ne vidi razlika između njih, pa je zato potrebno o njima navesti nešto više.

of the European Convention of Human Rights, Oxford University Press, New York, 2009 (dalje u tekstu: Harris), str. 306.

⁴ Harris, str. 246.

⁵ Usp. Nuala Mole i Catherine Harby: The Right to a fair Trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 3, <http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/687924D0-A8FF-4EE7-99C8-1707A6FCF466/0/DG2ENHRHAND032006.pdf>, str. 38, (dalje u tekstu: Mole).

⁶ Iako ta potonja prava možda neće biti primjenjivana s jednakom strogošću i na istovjetan način u odnosu na građanske postupke kao što se razmatraju vezano za kaznene postupke. Usp. Harris, str. 246. No jednakost oružja „vrijedi“ i za građanski postupak te stranka ima pravo na sastavnice jednakosti oružja i u tom postupku; stranci mora biti dopušteno da pozove svjedoka suprotne strane, da ga unakrsno ispita i ima pravo podnijeti materijalne dokaze koji će poduprijeti njezinu tezu (usp. Harris, 253).

⁷ Mole, 46, Harris, 246.

2.1. Kontradiktornost

Kontradiktornost⁸ je glavna, ako ne i najvažnija, odlika akuzatornog kaznenog postupka. Zato taj kazneni postupak nosi naziv kontradiktorni postupak, „jer mu je procesualna bit u tome da je spor ravnopravnih stranaka pred sudom“.⁹ Kontradiktorno obilježje akuzatornog kaznenog postupka sastoji se u tome da se sve „procesne radnje ... koliko je to god po prirodi stvari moguće, obavljaju u prisutnosti obiju stranaka koje imaju pravo i mogućnost da pri obavljanju tih radnji zastupaju svoje interese i izražavaju svoje stajalište“.¹⁰ Pritom stranke imaju mogućnost izjasniti se „o procesnim navodima protustranke prije nego što sud na njima utemelji odluku“.¹¹ Drugim riječima, stranka treba imati priliku proturječiti navodima protustranke.¹² Stoga načelo kontradiktornost označava „pravo stranaka da budu nazočne radnjama u postupku te saslušane prije donošenja odluke“.¹³ Načelo kontradiktornosti sastavnica je stožernog načela kaznenog postupka – prava na pravičan postupak.¹⁴

⁸ Od lat. *contra* (protiv) + *dicere* (govoriti, reći), proturječnost, suprotnost.

⁹ Vladimir Bayer: Kazneno procesno pravno – odabrana poglavlja, Knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava, priredio Davor Krapac, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1995, str. 16.

¹⁰ *Ib.*

¹¹ Davor Krapac: Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, Narodne novine, V. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2012 (dalje u tekstu: Krapac), str. 108.

¹² Bogdan Zlatarić – Mirjan Damaška: Rječnik krivičnog prava i postupka, Informator, Zagreb, 1966, str. 136. *Audiatu et altera pars* (neka se sasluša i druga strana) latinska je uzrečica s kojom se često izražava to načelo.

¹³ Krapac, str. 158.

¹⁴ Nekada je načelo materijalne istine bilo smatrano stožernim načelom kaznenog postupka jer je svrha kaznenog postupka bila utvrditi „potpunu istinu“ o kaznenom djelu. Prema tom načelu „sud i državna tijela koji sudjeluju u kaznenom postupku dužni su istinito i potpuno utvrditi činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke“ (članak 14. stavak 1. Zakona o krivičnom postupku, “Narodne novine”, broj 52/91., 34/93., 38/93. i 28/96.). No to načelo već devetnaest godina ne postoji u hrvatskom kaznenom postupku jer navedenu odredbu ne sadrže kasniji kazneno procesni zakoni. Drugim riječima, donošenjem Zakona o kaznenom postupku 1997., a i svim kasnijim izmjenama i dopunama kazneno procesnih zakona, načelo materijalne istine napušteno je i izbrisano iz hrvatskog kaznenoprocenog sustava (VSRH III Kr 10/14.)

Treba dodati da je „materijalna istina“ mogla biti utvrđena samo ako bi državna tijela bila oslobođena od formi postupanja, a koje forme su inače vodile prema „formalnoj“ istini. Zbog „svoje političke intrumentalizacije“ to je načelo neprihvatljivo. Sada se kao stožerno načelo, „adresirano u prvom redu na zakonodavca“, pojavljuje načelo „pravičnog postupka“. Riječ je o pravnim standardima koji su „učvršćeni normama ustavnog i međunarodnog prava o ljudskim pravima“ (Krapac, str. 79-80).

2.2. Jednakost oružja

Načelo jednakosti oružja nije izriekom predviđeno u EKLJP-u, nego je razvijeno kroz praksu ESLJP-a (*Equality of arms* /eng./ *Waffengleichheit* /njem./). Naziv je prvi upotrijebio odvjetnik koji je podnio zahtjev u predmetu *X. protiv Austrije*, 21. 6. 1963. (1418/61.). Komisija za ljudska prava (koja je prije odlučivala o dopustivosti zahtjeva) odlučila je da zahtjev nije dopušten. Potom je u predmetu *N. M. protiv Austrije*, 6. 7. 1964. (1936/63.) Komisija odlučila da je zahtjev dopušten i u odnosu na povredu jednakosti oružja pa je ESLJP potom u predmetu *Neumeister protiv Austrije*, 27. 6. 1968. (1936/63) o tome i donio odluku. Riječ je bila, među ostalim, o tome da je odluka o produljenju pritvora bila donesena nakon saslušanja tužitelja, a u odsutnosti okrivljenika ili njegova zakonskog zastupnika. U presudi je ESLJP naveo da je „sklon zauzeti gledište da je takvo postupanje suprotno načelu »jednakosti oružja«, za koje je Komisija u nekoliko odluka i mišljenja pravilno navela da je uključeno u pojam pravičnog suđenja navedenog u članku 6 (1)“. Smatra se zato da je jednakost oružja „koncept koji je stvorio Europski sud za ljudska prava u sklopu prava na pravično suđenje (članak 6.)“ EKLJP.¹⁵

Jednakost oružja traži da svakoj stranci u postupku bude dana razumna mogućnost da iznese svoja stajališta pod uvjetima koji je neće staviti u bitno podređen položaj prema suprotnoj strani.¹⁶ Iako to načelo, kao i načelo kontradiktornosti, jednako važi za obje stranke u postupku, najčešće je kod jednakosti oružja riječ o tome da „okrivljenik ne smije biti prikraćen u svojim temeljnim procesnim pravima prema tužitelju“.¹⁷ Tužitelj kao državno tijelo kaznenog progona po prirodi stvari ima na raspolaganju sredstva državnog aparata. Zato se prednost koju on u startu ima nad pojedincem, makar taj pojedinac bio osumnjičen da je počinio teško kazneno djelo, nastoji uravnotežiti time da pojedinac ne bi trebao biti stavljen u nerazumno podređen položaj naspram stroja državnog progona. Gledano kroz cijeli kazneni postupak, traži se dakle pravična ravnoteža između stranaka.

¹⁵ Oxford Dictionary of Law, seventh edition, Oxford University press, New York, 2009, str. 202, usp. i Krapac, 24.

¹⁶ Harris, 251. Načelo postoji i u postupcima pred Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju i Ruandu te se traži da „optuženik mora imati isti položaj bez prednosti koje pripadaju tužitelju“ (Karin N. Calvo-Goller: „The Trial Proceedings of the International Criminal Court“, Martinus Nijhof Publisher, Leiden/Boston, 2006, str. 46).

¹⁷ Elizabeta Ivičević Karas: Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspekt načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 14, broj 2/2007, Zagreb, str. 1000. Detaljnije o načelu v. rad autorice: Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 57, broj 4-5, Zagreb, studeni 2007., str. 761-788.

No u mješovitom kaznenom postupku, a taj je (još uvijek) hrvatski kazneni postupak, unatoč uvezenim akuzatornim sastavnicama, načelo je jednakosti oružja „funkcionalno načelo po kojem sudionici kaznenog postupka moraju imati jednake mogućnosti utjecaja na njegov tijek i ishod“, a nadmoć koju tužitelj ima mora se nadoknaditi „učinkovitim mogućnostima obrane“.¹⁸

Ovo se osobito odnosi na hrvatski kazneni postupak, koji nije akuzatorni postupak angloameričkog tipa jer je postavljen drugačije. Državnoodvjetnička istraga uz puno sudjelovanje policijskih mehanizama nosi kristalnu i snažnu prednost u odnosu na pojedinca. Osumnjičenik u istrazi, a u odnosu na spor sa suprotnom stranom (državom) koji mu tek predstoji, zapravo ima samo dvije mogućnosti, i to tek kad sazna da se istraga vodi: predložiti sucu istrage provođenje dokaznog ročišta i sačiniti bilješke istraživanja obrane. Pritom te bilješke nemaju dokaznu vrijednost. Zbog izrazite nadmoći državnoodvjetničkog i policijskog postupanja u istrazi, praktički je nemoguće provesti načelo jednakosti oružja u tom stadiju i stranke izjednačiti onako kako to načelo traži.¹⁹

Stoga u nas ne možemo govoriti o načelu jednakosti oružja u punom i pravom smislu kako ono postoji u angloameričkom pravu, nego o tzv. materijalnoj jednakosti oružja.²⁰ Stoga izričaj „jednakost oružja“ nije precizan i pod njim bismo trebali podrazumijevati „samo načelnu zabranu promjene položaja jedne od stranaka u kaznenom postupku koja (promjena) ne bi bila opravdana razlikama u njihovom procesnom položaju“.²¹

Treba dodati da Zakon o kaznenom postupku²² ima odredbu koja određuje jednakost oružja, ako je shvatimo kao pravo stranaka da iznesu svoje stajalište i dokaze, a da pritom nisu stavljeni u nepovoljniji položaj u odnosu na protustranku. Naime sud je dužan stranci i branitelju osigurati jednake mogućnosti dokazivanja, ali tek na raspravi²³. To također pokazuje da jednakost oružja u prethodnom postupku nema niti je može biti, zbog izrazite prednosti koju pred osumnjičenikom ima državni odvjetnik koji vodi istragu. Stoga zakon jednakost oružja traži (barem) u raspravi pa u tom stadiju jedna stranka u odnosu na mogućnosti dokazivanja ne smije biti stavljena u bitno nepovoljniji položaj

¹⁸ Krapac, str. 25.

¹⁹ S druge strane kontradiktornost bi mogla biti provedena i u istrazi gotovo pa dosljedno, barem u odnosu na i dalje u nas najčešći dokaz: ispitivanje svjedoka. No zakon tu mogućnost ne određuje izrijekom, praksa je ne uvažava uvijek iako za to nema pravne zapreke, pa rasprava i dalje ostaje glavno mjesto za potpuno ostvarenje načela kontradiktornosti.

²⁰ Naziv potječe od njemačkih autora, usp. Krapac, str. 163, bilj. 125.

²¹ Krapac, 162 i 163. Primjeri takvih promjena bili bi ako se okrivljenik ne bi mogao samostalno koristiti pravima obrane ili ako bi se mogli koristiti rezultati radnji koje su posljedica namjernog kršenja zakonskih odredaba i sl.

²² „Narodne novine“, broj 152/08., 76/09., 80/11., 121/11. – pročišćeni tekst, 91/12. i 143/12., 56/13., 145/13., 152/14.; dalje u tekstu: ZKP/08.

²³ Članak 4. stavak 1. ZKP/08.

prema protustranci. U stadiju istraživanja kaznenih djela „nejednakost oružja“ je dopuštena, bolje rečeno ona se trpi radi učinkovitosti kaznenog progona. Naime dosljedno izjednačavanje oružja u istrazi moglo bi dovesti do otežanog, ako ne i do posve nemogućeg istraživanja osobito teških kaznenih djela.²⁴

2.3. Konfrontacija

EKLJP i Ustav imaju odredbu koja kroz propisano konfrontacijsko pravo jamči provedbu načela kontradiktornosti.²⁵ U ZKP/08 konfrontacijska klauzula „podijeljena“ je na dvije odredbe. Članak 64. stavak 1. točka 10. ZKP/08 jamči pravo okrivljeniku „ispitati suokrivljenike, svjedoke i vještake“. Odredba ne spominje druge dokaze za koje, barem prema praksi ESLJP-a, vrijedi konfrontacija, primjerice isprave. Doduše, ni EKLJP i Ustav ne nabrajaju sve dokaze, nego samo svjedoke, ali je ESLJP praksom o autonomnom tumačenju pojma „svjedok“ konfrontacijsko pravo proširio na sve dokaze optužbe koje terete okrivljenika.

Dio koji se odnosi na okrivljenikovo pravo predlaganja dokaza predviđen je u članku 64. stavku 1. točki 9. ZKP/08., ali bez dijela koji sadrže EKLJP i Ustav; „da se osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe“. Taj dio upućuje i na jednakost oružja te samo pokazuje isprepletenost konfrontacijskog prava i načela jednakosti oružja te kontradiktornosti. No dužnost osiguranja prisutnosti i ispitivanja svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe postoji u praksi te sudovi trebaju o tome voditi računa. To je razvidno iz sudske prakse, o čemu će biti riječi poslije (v. odjeljak 4.), pa ja jasno da sudovi mogu i moraju Ustav i EKLJP tumačiti i primjenjivati neposredno. Time je napuštena ranija postavka prema kojoj sudovi nisu smjeli Ustav primjenjivati neposredno.

Prema izričaju navedenih odredaba, konfrontacijsko pravo predviđeno je za okrivljenika, a povreda se procjenjuje samo ako je riječ o osudi.²⁶ Uz to,

²⁴ Detaljnije, Krapac, 207.

²⁵ „U slučaju ... optužbe zbog kažnjivog djela ... optuženik ima pravo: ... da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe i da zahtijeva da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe“ (članak 29. stavak 2. podstavak 6. Ustava).

„Svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje sljedeća prava: ... da ispituje ili dade ispitati svjedoke optužbe i da se osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe“ (članak 6. stavak 1. točka d) EKLJP-a).

²⁶ Praksa ESLJP-a, a i Ustavnog suda, po tom je pitanju jedinstvena. U tom je smislu i odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske I KŽ-Us 5/11 od 15. ožujka 2011., koje je, inače, prva odluka u kojoj VSRH spominje konfrontacijsko pravo (<http://supranova/>). Riječ je o odluci u povodu žalbe na rješenje o troškovima kaznenog postupka, u kojoj je prigovor bio da je rješenje doneseno nakon „izvanraspravnog ispitivanja vještaka u odsutnosti svih stranaka, kao

kako je već navedeno, konfrontacijska klauzula odnosi se ne samo na svjedoka nego i na isprave, odnosno na sve dokaze koji su dokazi optužbe. Pritom izričaj „svjedok“ ima samostalno značenje pa se svjedokom optužbe smatraju iskazi svih osoba (odnosno svi dokazi) koje terete okrivljenika, uključujući i suokrivljenika.²⁷

Stoga možemo zaključiti da konfrontacijska klauzula označava pravo okrivljenika prema kojem on barem jednom u postupku mora imati mogućnost djeLOTvorno ispitati svjedoka optužbe. Idealno, ta mogućnost treba biti na raspravi jer je rasprava najbolje mjesto i vrijeme za kontradiktornost i konfrontaciju. No vidjet ćemo da je moguće i drugačije postupanje, ali tada moraju biti ispunjena određena mjerila.

i branitelja“ optuženika. U odluci je navedeno: „Po prirodi stvari, povreda načela na pravičan postupak ispituje se u odnosu na cjelokupni kazneni postupak kada se radi o osudi zbog kaznenog djela... [pa] razmatranje je li povrijeđeno pravo obrane (konfrontacijska klauzula), a koje je u sklopu cjelokupno promatranog kaznenog postupka dovelo do povrede načela pravičnog postupka, dolazi u obzir kada je donesena osuđujuća presuda. U tom smislu je i odredba članka 367. stavak 3. ZKP-a koja određuje bitnu povredu određaba kaznenog postupka ako je sud na glavnoj raspravi povrijedio pravo obrane, a to je utjecalo ili je moglo utjecati na presudu. O tome se u konkretnoj situaciji ne radi. Naime, ovdje se ne radi o pobijanju osuđujuće presude već o pobijanju rješenja kojim je žalitelj obvezan naknaditi troškove odgode glavne rasprave koju je prouzročio svojom krivnjom. Budući da se u pobijanoj odluci ne radi o presudi kojom je optuženik proglašen krivim za počinjenje kaznenog djela i osuđen na kaznenopravnu sankciju već o rješenju o dužnosti snalažanja troškova odgode glavne rasprave, to izostanak mogućnosti ispitivanja vještaka o okolnostima koje su služile kao temelj za donošenje pobijanog rješenja ne predstavlja povredu prava obrane koja je utjecala ili mogla utjecati na presudu, a samim tim niti povredu prava na pravično suđenje.“

²⁷ *Isgro protiv Italije*, 19. 2. 1991., 11339/85, *Vidal protiv Belgije*, 22. 4. 1992., 12351/86, *Luca protiv Italije*, 27. 2. 2001., 33354/96. Zbog jednake pravne regulative, a i sudske prakse kao i kod nas, posebno je zanimljiva odluka u predmetu *Mathisen protiv Norveške*, 9. 11 2006., broj 18885/04 i 21166/04. Tu je okrivljenik u istrazi teretio dvojicu suokrivljenika koji nisu bili prisutni njegovu ispitivanju. Na raspravi je koristio svoje zakonsko pravo na šutnju i nije iskazivao pa je njegov raniji iskaz pročitao. U presudi je ESLJP naveo da je suokrivljenik svojim pravom na šutnju uskratio pravo okrivljenicima da ga ispituju pa okrivljenik „nije imao pravu priliku suočiti“ se sa suokrivljenikom. Iskaz suokrivljenika imao je „odlučujući utjecaj na ishod predmeta“. Posebno je zanimljiv dio presude gdje ESLJP razmatra stav norveške vlade da suokrivljenikovo pravo na šutnju nije smjelo biti povrijeđeno. ESLJP „nije uvjeren da kad bi i“ okrivljeniku bilo dano pravo da izravno ispita suokrivljenika koji ga tereti, „to ne bi moglo biti pomireno sa [suokrivljenikovim] pravom ne odgovoriti na pitanja koja bi ga mogla inkriminirati“. Stoga ESLJP nije našao razloga da prihvati drugačiji pristup te je zaključio da okrivljeniku „nije bila dana odgovarajuća i prava prilika osporiti izjavu na temelju koje je osuđen“.

O konfrontacijskom pravu v. detaljnije Marin Mrčela: Svjedoci u kaznenom postupku, Ispitivanje svjedoka kao dokazna radnja, Narodne novine, Zagreb, 2012, str. 143 i dalje.

2.4. Razlike i sličnosti

Na temelju navedenog možemo uočiti sličnosti i razlike između načela jednakosti oružja, načela kontradiktornosti i konfrontacijskog prava.

Kontradiktornost se odnosi „na određene radnje u postupku (podnošenje optužbe, izvođenje dokaza optužbe, iznošenje argumentacije optužbe)“ i o tim radnjama optuženik im mora imati priliku proturječiti.²⁸ Jednakost je oružja „pravo stranke da pri bilo kojoj radnji u postupku ili u nekom postupovnom stadiju iznese svoje stajalište i dokaze pod uvjetima koji je ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na protustranku“, a to znači da jednakost oružja ima širi opseg od kontradiktornosti, ali užu sadržaj.²⁹

Nadalje konfrontacijsko pravo sadržano je u načelu kontradiktornosti. Kontradiktornost se kao načelo odnosi na obje stranke u kaznenom postupku, a konfrontacijsko pravo samo na okrivljenika. To je jasno iz navedenih odredaba Ustava i EKLJP-a, ali i sudske prakse.³⁰ Slično je i s jednakošću oružja. Iz toga slijedi da je konfrontacijsko pravo dio načela kontradiktornosti jer to načelo jamči pravo strankama da budu prisutne pri provođenju radnja u postupku (uključujući i izvođenje dokaza) te saslušane prije donošenja odluke. No konfrontacijska se klauzula odnosi samo na jednu stranku (okrivljenika). Stoga je, barem teoretski, moguće postojanje povrede načela kontradiktornosti i u odnosu na državnog odvjetnika iako je takvu povredu teško zamisliti.³¹ Premda se načelo kontradiktornosti odnosi na obje stranke u postupku, a konfrontacij-

²⁸ Ib. Tu možemo zamijetiti da se najprije radi o radnjama koje se odnose na stadij rasprave. To je sasvim razumljivo jer, kako je navedeno, u istrazi zakon od državnog odvjetnika ne traži ostvarenje kontradiktornosti za sve dokaze koje državni odvjetnik prikuplja u istrazi.

²⁹ Krapac, ib. Usp. i Marin Mrčela: „Načelo kontradiktornosti u dokaznom postupku kao novo temeljno načelo hrvatskog kaznenog postupku“, Modernizacija prava, Knjiga 22: Profili hrvatskog kaznenog zakonodavstva, HAZU, Zagreb, 2014.

³⁰ Primjerice VSRH I Kž-Us 83/13.

³¹ Primjerice takva bi povreda mogla postojati ako sudac istrage na dokazno ročište koje je odredio po prijedlogu okrivljenika ne pozove državnog odvjetnika pa ovaj tada objektivno ne bude u mogućnosti biti prisutan provođenju radnje ispitivanja svjedoka obrane na dokaznom ročištu. Na raspravi je malo teže zamisliti tu povredu jer tužitelj u redovnom postupku mora biti na raspravi. Ako je na raspravi, onda ima i mogućnost proturječiti dokazu obrane koji se izvodi. Ako se tada ne koristi svojim pravom, nema povrede načela kontradiktornosti jer načelo, jednako kao i konfrontacijska klauzula, traži priliku (mogućnost) osporavanja dokaza, a ne i realnu ostvarenost. Stranka se prava kontradiktornosti, kao i okrivljenik konfrontacijskog prava, može odreći i tada nema povrede. To odricanje može biti izriječkom, ali i prešutno; recimo, stranka bude uredno pozvana na provođenje neke radnje (ispitivanja svjedoka na dokaznom ročištu), ali bez opravdanja izostane. U toj se situaciji ne može pozivati na povredu načela kontradiktornosti (ili konfrontacijskog prava) jer je objektivnu i stvarnu mogućnost ostvarenja tog prava imala, ali je nije iskoristila. Takvo obrazloženje moglo bi važiti i za potpuno pasivnu stranku na raspravi.

sko pravo „samo“ na okrivljenika u odnosu na dokaze optužbe, odredbe zakona pokazuju da se više pozornosti polaže na osiguravanje kontradiktornosti u odnosu na okrivljenika, a manje u odnosu na državnog odvjetnika. To ne treba čuditi kad se ima na umu prednost koju državni odvjetnik kao poduzimatelj kaznenog progona ima već u startu u odnosu na osumnjičenika.³²

3. KONFRONTACIJSKA MJERILA PREMA PRAKSI ESLJP-A

3.1. Uvod

Prvi je predmet u kojem je ESLJP ispitivao poštivanje prava na ispitivanja svjedoka optužbe *Unterpringer protiv Austrije*.³³ U tom predmetu ESLJP je zaključio da je okrivljenik osuđen samo na osnovi iskaza u odnosu na koji su njegova prava obrane bila znatno sužena jer nijednom tijekom postupka nije imao mogućnosti ispitati svjedokinju. Pet godina poslije ESLJP je odlučivao o predmetu činjenično vrlo podudarnom s *Unterpringerom (Asch protiv Austrije)*.³⁴ Zaključak suda u tom je predmetu bio suprotan *Unterpringeru* pa je to iznenadilo čak i odvjetnika koji je zastupao podnositelja zahtjeva.³⁵

Nakon tih odluka slijedi bogat niz odluka ESLJP-a koje su stvorile konfrontacijska mjerila u odnosu na privilegirane svjedoke, nedostupne svjedoke, anonimne svjedoke, „osjetljive“ svjedoke³⁶, suokrivljenike, vještake, isprave.³⁷ Praksa ESLJP-a nakon tih odluka pokazuje da konfrontacijska mjerila ESLJP-a možemo promatrati u razdoblju do odluke *Schatschaschwili protiv Njemačke*³⁸ i nakon te odluke. Naime ta je odluka naizgled malo, ali ipak bitno izmijenila tumačenje konfrontacijskog pravila. Za pravilno razumijevanje tumačenja konfrontacijskog prava prema praksi ESLJP-a potrebno je kratko prikazati konfrontacijske standarde prije *Schatschaschwilija* i nakon njega.

³² Upravo zbog te prednosti postoje posebne sastavnice načela pravičnog postupka kojima se nastoji nadomjestiti podređen položaj okrivljenika, u kojem se nalazi naspram državnog odvjetnika, koji za kazneni progon ima na raspolaganju sredstva državne moći kojima državni odvjetnik može i upravljati. Jedna je od tih sastavnica upravo konfrontacijsko pravo okrivljenika, a druge su dvije pretpostavka okrivljenikove nedužnosti i posebna jamstva obrane (usp. Krapac, 170-177).

³³ Odluka od 24. studenog 1986., broj zahtjeva 9120/80.

³⁴ Odluka od 26. travnja 1991., broj zahtjeva 12398/86.

³⁵ Odvjetnik je odluku ocijenio kao pogrešnu (*Fehlurteil*), cit. prema Trechsel, str. 295.

³⁶ Žrtve obiteljskog nasilja, žrtve seksualnih delikata, ali i uopće svjedoke “nježnih” godina (djeca i maloljetnici).

³⁷ Za prikaz tih predmeta v. detaljnije Marin Mrčela: Svjedoci u kaznenom postupku, Ispitivanje svjedoka kao dokazna radnja, Narodne novine, Zagreb, 2012, str. 143-174.

³⁸ Odluka od 15. prosinca 2015., broj zahtjeva 9154/10.

3.2. Praksa ESLJP-a prije odluke *Schatschaschwili*

Konfrontacijska mjerila ESLJP-a prije odluke *Schatschaschwili* mogu biti sažeta u devet točaka.³⁹

1. ESLJP je pojmu svjedok dao samostalno (autonomno) tumačenje. To su „klasični“ svjedoci, ali i svaki drugi dokaz na kojem se temelji osuda (vještak, isprava). Svjedok je optužbe i suokrivljenik koji tereti okrivljenika pod uvjetom da je nacionalni sud uzeo u obzir tu izjavu kod odlučivanja o krivnji.⁴⁰
2. Pravilo o isključivom ili odlučujućem utemeljenju na osudi (*sole or decisive rule*).⁴¹ Povreda konfrontacijskog prava postoji ako se osuda temelji isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu osobe koju okrivljenik nije imao mogućnosti ispitati tijekom postupka. Zato se osuda u osnovi ne smije temeljiti samo na iskazu svjedoka kojeg okrivljenik nije imao priliku ispitati.⁴²
3. Obrana mora imati odgovarajuću priliku ispitati svjedoka optužbe, barem u jednom stadiju postupka. Idealno, to je na raspravi, ali ne i nužno. Moguće je i prije ostvariti konfrontacijsko pravo, osobito ako postoje pokazatelji da će svjedok poslije biti nedostupan ili da ga se na raspravi neće moći ispitati.
4. Anonimne svjedoke treba izbjegavati. No ako su neizbježni, onda njihova ugroženost ili ugroženost njihove obitelji treba biti objektivno utvrđena. Osim toga nije dovoljno čitanje njihovih iskaza koje su dali u predraspravnom postupku. Obrana treba imati mogućnost ispitati ih uz isključenje javnosti ili uz uporabu tehničkih uređaja za prijenos slike i zvuka (ne samo zvuka). Uporaba policijskih istražitelja kao anonimnih svjedoka treba biti svedena na najmanju moguću mjeru, a osuda se ne smije temeljiti samo ili gotovo samo na njihovim iskazima.
5. Kod posebno ranjivih svjedoka, žrtava seksualnih delikata, osobito djece, potreba je zaštite veća, ali ne nauštrb okrivljenikovih prava. Okrivljenik treba imati priliku ispitati i te svjedoke, pritom se preporučuje uporaba tehničkih pomagala snimanjem iskaza tih svjedoka. Okolnost da se osuda temelji samo na iskazu posebno ranjivog svjedoka ne znači odmah i kršenje prava na pravično suđenje – odlučno je da je obrana imala mogućnost postavljanja pitanja svjedoku.⁴³

³⁹ Djelo cit. u bilj. 37, str. 175 i 176.

⁴⁰ *Luca protiv Italije, Isgro protiv Italije, Vidgen protiv Nizozemske.*

⁴¹ Pravilo je konačno oblikovano u predmetu *Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 15. 12. 2011., broj 26766/05. i 22228/06.

⁴² *Unterpringer* je postavio dobru osnovu koju su *Asch* i *Artner* „razvodnili“, ali su kasniji predmeti ESLJP vratili na pravi put.

⁴³ Tu je posebno važan predmet *S. N. protiv Švedske* (detaljnije poslije, bilj. 64).

6. Raspravni sud trebao bi biti u mogućnosti promatrati ponašanje pri iskazivanju svjedoka radi lakše ocjene njihove vjerodostojnosti. Također je dobro i da sudac koji ispituje anonimnog svjedoka ili vodi njegovo ispitivanje zna identitet svjedoka te da u zapisniku ili na drugi odgovarajući način obrazloži zaključak o nužnosti ispitivanja anonimnog svjedoka i dade procjenu vjerodostojnosti njegova iskaza te da raspravni sud kod ocjene tog dokaza pokaže oprez i kritičnost.
7. Čitanje iskaza o ranijem ispitivanju svjedoka nije samo po sebi kršenje prava na pravičnost. No nacionalni sud mora poduzeti razumne mjere za osiguranje prisutnosti svjedoka. Zakonska rješenja prema kojima nije moguće osigurati ispitivanje svjedoka koji isključivo ili u pretežitom dijelu tereti okrivljenika nisu alibi za kršenje prava na pravičnost postupka.⁴⁴
8. Osuda u kojoj okrivljeniku nije bila pružena mogućnost ispitivanja svjedoka koji ga tereti mora sadržavati razloge zbog kojih je došlo do izostanka navedene mogućnosti. U suprotnom radi se o uskrati prava obrane.
9. Konfrontacijsko je pravo okrivljenikovo pravo, ne i njegova dužnost. Odricanje od prava na postavljanje pitanja svjedoku optužbe i prava na predlaganje dokaza u korist optužbe moguće je – tada nema kršenja konfrontacijske klauzule, a time ni prava na pravično suđenje.

3.3. Odluka *Schatschaschwili* i praksa ESLJP-a nakon te odluke

ESLJP u odluci *Schatschaschwili protiv Njemačke*⁴⁵ najprije ponavlja trodijelni test iz odluke *Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Prvi dio odnosi se na ocjenu je li postojao dobar razlog za nepristup svjedoka čije se nekonfrontirano svjedočenje izvodi kao dokaz na raspravi. Drugi je dio ocjena je li taj dokaz bio isključivi ili u odlučujućoj mjeri dokaz za osudu (*sole or decisive rule*). Treće, jesu li postojali dovoljni činitelji protuteže (*counterbalancing factors*), uključujući i snažna postupovna jamstva koja bi nadoknadila smetnje koje su postojale obrani i koji bi osigurali da je postupak u cjelini bio pravičan, a s obzirom na to da je na raspravi izveden nekonfrontirani dokaz.

Redosljed ocjene ne mora nužno biti ovaj koji je naveden. Posebnosti predmeta mogu zahtijevati i drugačiji pristup, osobito ako je to potrebno za pravilnu ocjenu o pravičnosti ili nepravičnosti postupka u cjelini.⁴⁶

⁴⁴ *Mild i Virtanen protiv Finske*.

⁴⁵ Odluka od 15. 12. 2015., broj 9154/10.

⁴⁶ *V. Paić protiv Hrvatske* od 29. 3. 2016. i *Seton protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 31. 3. 2016.

Paić je nama bliži jer je riječ o našem pravu i o odluci Općinskog suda u Šibeniku kojom je okrivljenik proglašen krivim za krađu prijenosnog telefona i osuđen na kaznu zatvora u trajanju

U *Schatschaschwiliju* je Veliko vijeće ESLJP-a potvrdilo da izostanak dobrog razloga za nepristup svjedoka ne mora sam za sebe biti razlog da se postupak proglasi nepravičnim u cjelini. To je i dalje vrlo važan činitelj kojeg svakako treba uzeti u obzir i koji može biti odlučujući kod ocjene nepravičnosti postupka u cjelini. Jednako tako nije dovoljno samo ocijeniti postojanje činitelja protuteže kada je riječ o nekonfrontiranom dokazu koji je isključivo ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu. Cjelokupnu raščlambu treba napraviti i ako nije jasno je li dokaz bio isključiv ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu, ali ima znatnu težinu i njegovo je izvođenje moglo prikratiti obranu, odnosno dovesti je u neravnotežan položaj.⁴⁷ Prema tome ESLJP trodijelni test uvijek izvodi u cijelosti i do kraja, pa i ondje gdje nije postojao dobar razlog za izostanak svjedoka s rasprave.⁴⁸

To pak znači da je moguće da postupak bude pravičan čak i ako je na raspravi izveden iskaz nekonfrontiranog svjedoka iako nije postojao dobar razlog za njegov nepristup na raspravu.⁴⁹ U toj bi se situaciji osuda mogla teme-

od četiri mjeseca te mu je izrečena uvjeta osuda i određeno vrijeme provjeravanja jedna godine. Oštećenica je ispitana na zahtjev državnog odvjetnika putem međunarodne pravne pomoći u Češkoj, gdje inače živi (mobitel joj je ukraden u Betini, gdje je bila tijekom ljeta). Obrana nije obaviještena o tom ispitivanju niti je oštećenica pozvana na raspravu iako je okrivljenik to tražio, a i protivio se čitanju njezina iskaza. Iskaz je pročitao na raspravi jer je oštećenica ispitana prije više od četiri godine i tada se bolje sjećala događaja nego što bi to bilo na raspravi pa prvostupanjski sud ne bi saznao neke nove važne činjenice. Osim toga prijetio je nastup zastare kaznenog progona. Drugostupanjski je sud potvrdio osudu koja se temeljila isključivo na iskazu oštećenice. Naveo je, među ostalim, da telefon nije pronađen kod okrivljenika jer ga nitko nije tražio (pretraga nije obavljena). Ustavna tužba odbačena je kao očito neosnovana (8. 12. 2011.). ESLJP je našao povredu prava na pravični postupak i povredu konfrontacijskog prava te je okrivljeniku dosudio 1.500,00 € na ime neimovinske štete i 1.200,00 € za troškove postupka.

Seton je pak zanimljiv jer ESLJP citira odluku nacionalnog žalbenog suda, koji je potvrdio osudu okrivljenika za ubojstvo na doživotni zatvor (a minimalno trideset godina). Žalbeni sud (*The Court of Appeal*) naveo je da je dokaz protiv okrivljenika možda posređan (*circumstantial*), ali je snažan (*overwhelming*). Taj je dokaz zapravo dvanaest usmjeravajućih okolnosti (indicija), koje, raščlanjene zajedno, upućuju na to da je osuda sigurna (mi bismo rekli da je zatvoren krug indicija). Ovdje ističemo samo dvije jer u angloameričkom pravu očito ne bježe od njihova korištenja, a kontinentalni pravnici prije ih svrstavaju u pravnu egzotiku nego što bi ih koristili u pravnoj argumentaciji. Dakle sud je cijenio to što nije bilo dobrog razloga zbog kojeg je okrivljenik optužio drugu osobu tako kasno (u iskazu na raspravi), a to nije učinio prije iako je očito mogao. Drugo, uzeto je u obzir i to da je okrivljenik pobjegao nakon počinjenja djela pa je žalbeni sud naveo: „teško je shvatiti zašto je žalitelj napustio zemlju ako je bio nevin“. Treba naglasiti da preostalih deset indicija „tvore zatvoren krug“ i bez ove dvije.

⁴⁷ *Seton*, § 59.

⁴⁸ *Paić*, § 30.

⁴⁹ Upravo je o tome riječ u *Setonu*. Okrivljenik je tražio neposredno ispitivanje svjedoka čiji je telefonski razgovor služio tužitelju kao dokaz koji ruši vjerodostojnost okrivljeniko-

ljiti na nekonfrontiranom dokazu ako su postojali dovoljni činitelji protuteže i postupovna jamstva koja nadoknađuju prikratu obrane uzrokovanu izvođenjem nekonfrontiranog dokaza.

Schatschaschwili dakle određuje da opseg činitelja protuteže, koji bi bili potrebni da postupak u cjelini bude pravičan, ovisi o težini nekonfrontiranog dokaza. Što je taj dokaz važniji, to činitelji protuteže moraju imati veću težinu.⁵⁰

3.4. Trodijelni test

Vidjeli smo da trodijelni test treba biti proveden uvijek i do kraja, pa i onda ako nije postojao dobar razlog za nepristup svjedoka na raspravu. Zato ćemo ovdje naznačiti neke primjere iz prakse ESLJP-a koji mogu biti od pomoći.

3.4.1. Dobar razlog za nepristup svjedoka

ESLJP ocjenjuje je li nacionalni raspravni sud imao valjane činjenične i pravne razloge zbog kojih nije osigurao prisutnost svjedoka na raspravi.⁵¹ Sud je pritom zahtjevan i primjenjuje čvrsta mjerila.⁵² Primjerice okolnost da je svjedok odsutan iz zemlje sama po sebi nije dovoljan razlog da bi se ocijenilo da postoji dobar razlog za izostanak s rasprave.⁵³ Čak i ako nije poznato gdje se svjedok nalazi, nacionalni sudovi moraju aktivno tražiti svjedoka i poduzeti sve razumne mjere za osiguranje njegove prisutnosti na raspravi.⁵⁴ Naravno, ne postoji dobar razlog za nepristup svjedoka ako raspravni sud uopće nije pozvao svjedoka.⁵⁵

S druge strane „dobar razlog“ za nepristup svjedoka postoji ako svjedok ne može doći na raspravu zbog ozbiljnih zdravstvenih razloga, ako se boji za

ve obrane. Okrivljenik je na raspravi „optužio“ svjedoka da je on počinitelj ubojstva, a ne okrivljenik. Tužitelj je predložio, a sud dopustio, slušanje telefonskog razgovora u kojem je svjedok njegovoj sugovornici to odlučno zanijekao. Svjedok je inače bio u zatvoru pa nije bilo problema oko zakonitosti snimanja jer se svi telefonski razgovori u zatvoru snimaju, a zatvorenici su s tim upoznati. ESLJP je utvrdio da taj razgovor nije bio isključivi ili u odlučujućoj mjeri dokaz za osudu jer je dvanaest posrednih (usmjeravajućih) dokaza bilo dovoljno za sigurnu osudu.

⁵⁰ *Schatschaschwili*, § 116, *Seton*, ib.

⁵¹ *Paić protiv Hrvatske*, § 34.

⁵² *Seton*, § 61.

⁵³ *Gabrielyan protiv Armenije*, odluka od 10. 4. 2012., broj 8088/05.

⁵⁴ *Lučić protiv Hrvatske*, odluka od 27. 2. 2014., broj 5699/11.

⁵⁵ *Paić protiv Hrvatske, Topić protiv Hrvatske*, odluka od 10. 10. 2013., broj 51355/10.

svoju sigurnost, ako je umro ili ako ga se ne može pronaći unatoč poduzetim razumnim mjerama.⁵⁶

3.4.2. Isključivo ili u odlučujućoj mjeri

Osim navedenog pod 3.2. treba navesti da „isključivo“ označava situaciju kada je riječ o jedinom dokazu za osudu.⁵⁷ „Odlučujući“ dokaz treba biti tumačen usko i označava dokaz takve važnosti da je izgledno da je odredio ishod postupka.⁵⁸ To, dakako, ovisi o okolnosti pojedine situacije. Kada je nekonfrontirani dokaz potkrijepljen drugim dokazima, tada ocjena je li riječ o odlučujućem dokazu ovisi o težini potkrjepljujućih dokaza. Što su ti dokazi snažniji, to je manje vjerojatno da će nekonfrontirani dokaz biti ocijenjen kao odlučujući.⁵⁹ Detaljnije razmatranje nadilazi potrebe ovog rada.⁶⁰

3.4.3. Činitelji protuteže

Odredio ih je ESLJP u predmetu *Schatschaschwili*,⁶¹ a izvrsno su objašnjeni u predmetu *Paić*.⁶² Riječ je o tri činitelja koji se opet promatraju zajedno.

3.4.3.1. Pristup raspravnog suda nekonfrontiranom dokazu

Kod nekonfrontiranog dokaza potreban je poseban oprez. Riječ je o dokazu koji obrana nije imala mogućnost osporiti. Zato ocjena vjerodostojnosti mora biti pažljiva, a činjenica da je riječ o svjedoku čije iskazivanje ni sud nije mogao opažati može imati važnost kod ocjene njegove težine. Obrazloženje raspravnog suda da je nekonfrontirani iskaz „vjerodostojan i istinit“, bez davanje detaljnih razloga koji su temelj takve ocjene, nije dovoljno.⁶³

⁵⁶ *Al Khawaja and Tahery, Bobes protiv Rumunjske*, odluka od 9. 7. 2013., broj 29752/05., *Vroncenko protiv Estonije*, odluka od 18. 7. 2013., broj 59632/09., *Matytsina protiv Rusije*, odluka od 27. 3. 2014., broj 58428/10.

⁵⁷ *Al Khawaja and Tahery*, § 131.

⁵⁸ *Schatschaschwili*, § 123.

⁵⁹ *Ib.*

⁶⁰ Usp. djelo cit. u bilj. 27.

⁶¹ § 145.

⁶² §§ 43-48.

⁶³ *Paić*, § 43, koji citira i druge predmete.

3.4.3.2. Dostupnost i snaga drugih inkriminirajućih dokaza

Tu se ocjenjuje jesu li postojali drugi dokazi koji potkrjepljuju osudu. Osim toga gleda se je li nacionalni sud poduzeo ikakav napor da osigura i druge dokaze. To, dakako, ovisi o stanju spisa. Primjerice u *Paiću* su s oštećenicom *tempore criminis* bile kći i pokćerka, čije pozivanje raspravni sud uopće nije razmatrao.⁶⁴

3.4.3.3. Postupovna jamstva obrane

Riječ je o procesnim mjerama koje trebaju nadoknaditi okrivljenikovu nemogućnost ispitivanja svjedoka na raspravi. Ocjenjuje se je li okrivljenik imao mogućnost iznijeti obranu i osporiti vjerodostojnost nekonfrontiranog dokaza. To može biti i stavljanjem primjedbi na iskaz, ali i predlaganjem (zapravo prihvaćanjem) dokaza koji bi osporili iskaz nekonfrontiranog svjedoka. Ako je svjedok prije ispitivan, gleda se je li na to ispitivanje pozvana obrana. Ako je okrivljenik bio prisutan ranijem ispitivanju, ocjenjuje se je li mu bilo omogućeno postavljanje pitanja.⁶⁵

⁶⁴ Treba napomenuti da je rasprava pred Općinskim sudom u Šibeniku bila u svibnju i listopadu 2010. Prema tada važećem Zakonu o kaznenom postupku sud je *proprio motu* mogao odrediti izvođenje dokaza „samo ako smatra da ti dokazi upućuju na postojanje razloga isključenja protupravnosti ili krivnje ili na činjenicu o kojoj ovisi odluka o kaznenopravnim sankcijama“ (članak 419. stavak 1.). No sud je tada mogao razmotriti ispitivanje dviju svjedokinja jer su njihovi iskazi mogli sadržavati razloge isključenja krivnje, a imajući na umu poricanje okrivljenika. Bez obzira na to ocjena ESLJP-a bila je da sud nije osigurao odgovarajuće činitelje protuteže u odnosu na način izvođenja glavnog dokaza; čitanje iskaza oštećenice koja nije ni pozvana na raspravu.

Danas imamo odredbu članka 419. stavka 3. ZKP/08, prema kojoj sud „može odlučiti da se izvedu dokazi koji nisu predloženi ili od kojih je predlagatelj odustao“. O toj inkvizitornoj ovlasti sud bi uvijek trebao voditi računa kada ima situaciju u kojoj procjenjuje osiguranje činitelja protuteže i procesna jamstva osiguranja konfrontacijskog prava i načela kontradiktornosti.

⁶⁵ Dobar je primjer u predmetu *S. N. protiv Švedske*, odluka od 2. 7. 2002., 34209/96. Jedini dokaz protiv okrivljenika za osudu za seksualni delikt bile su izjave jedanaestogodišnjeg dječaka dane prije raspravnog postupka. Prvo ispitivanje dječaka obavio je iskusni policijski službenik (26 godina policijskog iskustva), razgovor je snimljen na videozapisu, a socijalni radnik i dječakovi roditelji bili su za to vrijeme u susjednoj sobi. Nakon razgovora osumnjičen je okrivljenik koji je dobio odvjetnika te je obrani predan izvještaj prethodne istrage. Uočivši neke nedorečenosti u dječakovoj izjavi, okrivljenikov odvjetnik tražio je dodatno ispitivanje. Isti policijski inspektor proveo je ispitivanje u dječakovoj kući, a prije razgovora odvjetnik je raspravio s istražiteljem koje dijelove treba rasvijetliti u razgovoru s dječakom. Razgovor je sniman zvučno, odvjetnik nije bio prisutan, a kada je preslušao snimke, utvrdio je da su pitanja koja su ga zanimala bila „pokrivena“ u razgovoru te nije tražio dodatno ispitivanje niti je poslije tražio da dječak svjedoči na sudu. Na raspravi je prikazana videosnimka ispitivanja,

U *Paiću* oštećenica je ispitana zamolbenim putem, ali obrana nije bila upoznata s tim kada će ispitivanje biti održano niti je na isto pozvana, nije ni razmatrana mogućnost videoveze. Osim toga obrana nije bila pozvana da pisano postavi pitanja svjedokinji. Na raspravi nije prikazana snimka ispitivanja oštećenice. Okrivljenik se protivio čitanju njezina iskaza na raspravi i predlagao je njezino neposredno ispitivanje. U tim okolnostima ESLJP je ocijenio da se okrivljenik nije odrekao prava da ispita svjedoka.⁶⁶

4. KONFRONTACIJSKA MJERILA U HRVATSKOJ PRAKSI

Polazište je za razmatranje mjerila odredba iz članka 431. stavka 2. ZK-P/08.⁶⁷ Tom odredbom naš je zakon prigrlio tzv. *sole or decisive rule* ESLJP-a.

Kao što smo naveli, ako se osuda temelji isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu svjedoka kojeg okrivljenik nije imao mogućnost ispitati u bilo kojoj

pročitani je prijepis drugog razgovora, ispitana je dječakova majka i učitelj te je okrivljenik proglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od osam mjeseci. Okrivljenik je podnio žalbu, a na njegov zahtjev zamijenjen je branitelj te je pred žalbenim sudom okrivljenika zastupao drugi branitelj, koji također nije tražio ispitivanje dječaka. Uz iste dokaza na žalbenom sudu puštena je i zvučna snimka drugog razgovora s dječakom. Drugostupanjski sud preinačio je prvostupanjsku presudu i smanjio kaznu okrivljenika osudivši ga na kaznu zatvora u trajanju od tri mjeseca. ESLJP je prihvatio okrivljenikovo stajalište da na temelju prakse švedskih sudova prijedlog za neposredno ispitivanje dječaka ne bi bio prihvaćen. Međutim drugi razgovor s dječakom bio je na prijedlog branitelja, koji se suglasio da ne bude prisutan ispitivanju unatoč nepovoljnoj okolnosti koja iz toga proističe za obranu, a nije tražio ni odgodu ispitivanja. Uz to branitelj je bio zadovoljan rezultatima ispitivanja. Okrivljenik je prigovarao da nije mogao ispitati dječaka na raspravi ni u žalbenom postupku. ESLJP je naveo da, kada se radi o seksualnim deliktima, odredba članka 6. stavak 3. (d) ne znači da okrivljenik ili njegov odvjetnik imaju pravo uvijek pitanja postavljati izravno unakrsnim ispitivanjem ili na drugi način. Poduzete mjere (videosnimka prvog i prijepis drugog ispitivanja na raspravi, a zvučna snimka u žalbenom postupku) dostatne su da omoguće okrivljeniku da ospori dječakov iskaz i njegovu vjerodostojnost tijekom kaznenog postupka. To osporavanje dijelom je i uspjelo jer je okrivljeniku kazna smanjena. Također je sud ocijenio i da je poštivana nužna briga u ocjeni dječakovih iskaza. Dakle već su u toj odluci ocjenjivani činitelji protuteže, samo ih ESLJP nije tada tako nazivao.

⁶⁶ Ta bi okolnost bila važna jer, ako se okrivljenik odrekne konfrontacijskog prava, onda po prirodi stvari i nema povrede konfrontacijske klauzule, a time ni prava na pravično suđenje.

⁶⁷ „Ako dokazna radnja ispitivanja svjedoka ili vještaka nije provedena na način propisan člankom 234. i 235. ovog Zakona, ti se zapisnici mogu pročitati, ali se samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda.“ Prema članku 234. ZKP/08, ako državni odvjetnik u istrazi prihvati prijedlog obrane za provođenje dokazne radnje, onda o provođenju te dokazne radnje obavještava okrivljenika i branitelja. Dužnost obavještavanja postoji i ako sudac istrage naloži provođenje predložene dokazne radnje državnom odvjetniku. O provođenju dokaznog ročišta sudac istrage također mora obavijestiti okrivljenika i branitelja (članak 237. stavak 1. točka 2. ZKP/08.).

fazi postupka, onda su prava obrane neopravdano ograničena. Kroz opisanu zabranu temeljenja osude isključivo ili u odlučujućoj mjeri na nekonfrontiranom iskazu naš je zakon opisanom pravilu dao veliku važnost. Nekonfrontirani iskaz kao jedini dokaz ne smije biti temelj osude.

4.1. Isključivo ili u odlučujućoj mjeri prema ZKP/08.

U praksi ne bi trebao biti veći problem ocjena temelji li se osuda „isključivo“ na jednom dokazu jer se radi o situacijama kada je jedan dokaz temelj za osuđujuću presudu.

Kod ocjene „odlučujuće mjere“ stvar je složenija. Ocjena o tome temelji li se osuda u odlučujućoj mjeri na nekonfrontiranom dokazu ovisi o konkretnim okolnostima svakog pojedinog predmeta. Ne postoji kristalno jasno pravilo koje bi bilo primjenjivo za sve situacije i prema kojem bismo uvijek mogli reći da je iskaz svjedoka u odlučujućoj mjeri temelj osude.

Po prirodi stvari, ako je riječ o „odlučujućoj mjeri“, onda postoje još neki dokazi, a ne samo jedan nekonfrontirani. Vidjeli smo da ESLJP to mjerilo shvaća usko pa treba biti posrijedi određujući dokaz takva značaja ili važnosti da je vjerojatno određujući za osudu. Nekonfrontirani iskaz vjerojatno određuje ishod postupka ako nije ili je nedostatan potkrijepljen drugim dokazima, a procjena je li odlučujući ovisi o jačini tih drugih dokaza. Što su potkrijepljujući dokazi snažniji i što ih je više, to je manje vjerojatno da će nekonfrontirani iskaz biti odlučujući.

Prema praksi ESLJP-a pravilo „isključivo ili u odlučujućoj mjeri“ ne treba primjenjivati kruto. Drugim riječima, kada se radi o svjedoku po čuvenju, tada to ne znači da se automatski radi o povredi načela pravičnosti, iako je riječ o iskazu na kojem se isključivo ili u odlučujućoj mjeri temelji osuda. To, naravno, pod uvjetom da je obrana imala mogućnosti tog svjedoka ispitati tijekom postupka i tada taj iskaz nije nekonfrontirani.

S druge strane, ako je riječ o čitanju nekonfrontiranog iskaza, dakle o čitanju iskaza na raspravi neprisutnog svjedoka, onda je nužna detaljna raščlamba cjelokupnog postupka. Tu je za prava obrane važna protuteža koju treba ocjenjivati i kroz postojanje snažnih procesnih jamstava, koja, pri ocjeni je li konfrontacijsko pravo prekršeno u mjeri da se radi o povredi načela pravičnosti, mogu prevagnuti nad opasnosti zbog izvođenja nekonfrontiranog dokaza. U svakom pojedinom predmetu potrebna je ocjena postoje li dovoljni činitelji protuteže, a koji u sebi uključuju i valjanu i detaljno obrazloženu ocjenu vjerodostojnosti i prihvatljivosti nekonfrontiranog dokaza. Osuda se naime može temeljiti samo na dokazu koji je dovoljno pouzdan, vodeći računa o njegovoj važnosti za predmet. Što je dokaz važniji, potreba za njegovom potkrijeptom te pouzdanošću (vjerodostojnošću) veća je.

Osim procjene pouzdanosti nekonfrontiranog dokaza činitelji protuteže mogu biti i procesna jamstva obrane na raspravi (v. 3.4.3.3.). Tu ulazi mogućnost stavljanja primjedaba na nekonfrontirani dokaz i predlaganje te prihvatanje dokaza kojima obrana pobija takav dokaz. Naravno, u takvoj situaciji poželjno je prihvatiti takve dokaze i okrivljeniku pružiti mogućnost osporavanja pročitano nekonefrontiranog iskaza svjedoka ili vještaka jer tada ti dokazi predstavljaju ostvarenje procesne protuteže koja je narušena čitanjem iskaza svjedoka ili vještaka koji nije prisutan na raspravi.⁶⁸

4.2. Čitanje nekonfrontiranog dokaza

Osim pravila „isključivo ili u odlučujućoj mjeri“, pri čitanju nekonfrontiranog iskaza potrebno je voditi računa i o tome jesu li ispunjeni uvjeti za takav način izvođenja dokaza (za njegovo čitanje). Naša procesna pravila određuju situacije kada je takvo čitanje moguće.⁶⁹ No treba voditi računa i o praksi ESLJP-a. Idealno bi, dakako, bilo da je svjedok ili vještak prisutan na raspravi jer je konfrontacijsko pravo moguće najbolje ostvariti na raspravi. Testiranje vjerodostojnosti iskaza svjedoka ili vještaka najbolje je kroz usmeno ispitivanje na raspravi ili pri ranijem ispitivanju tijekom postupka. Čitanje bi trebala biti iznimka (zadnja mjera), i to samo ako sud nije uspio osigurati prisutnost svjedoka ili vještaka na raspravi, unatoč svim poduzetim razumnim mjerama. Tu će opet biti potrebno vaganje, odnosno valjana raščlamba o tome je li sud u dovoljnoj mjeri poduzeo raspoloživa sredstva za osiguranje prisutnosti svjedoka na raspravi. Tu nije riječ samo o pozivanju ili dovođenju svjedoka. Raspon ostalih mjera ulaskom u EU i razvojem tehnologije sada je veći i širi nego prije pet ili deset godina. Pribavljanje dokaza iz inozemstva sada je pravno i stvarno lakše, a postoji i mogućnost ispitivanja putem videoveze, a to ispitivanje okrivljeniku može omogućiti usmeno i neposredno ispitivanje svjedoka. Takav način svakako je bolji od čitanja iskaza jer tada okrivljenik nema stvarnu mogućnost usmeno ispitati svjedoka.

Prema tome za ocjenu o tome je li čitanjem ranijeg iskaza svjedoka ili vještaka kojeg okrivljenik nije imao mogućnost (usmeno) ispitati prekršena konfrontacijska klauzula osnovno je pitanje je li riječ o iskazu na temelju kojeg se isključivo ili u odlučujućoj mjeri temelji osuda. Iako bi logičnije bilo stvar postaviti tako da se najprije ocijeni jesu li ispunjeni zakonski uvjeti za čitanje iskaza, namjerno kao osnovno pitanje navodimo ocjenu o (ne)postojanju pravila „isključivo ili u odlučujućom mjeri“. Naime, ako je riječ o ranijem

⁶⁸ Za načelnu neprihvatljivost odbijanja baš svih dokaznih prijedloga obrane i time narušeno načelo jednakosti oružja vidi presude *Topić protiv Hrvatske* i *Horvatić protiv Hrvatske*.

⁶⁹ Članak 431. stavak 1. ZKP/08.

iskazu koji nije bitan u smislu da predstavlja isključivi ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu, onda je pitanje treba li uopće čitati taj iskaz i prolaziti kroz sve nužne stadije osiguranja neposrednog ispitivanja svjedoka. Treba ponoviti da konfrontacijska klauzula sadrži konfrontacijsko pravo obrane, a ne optužbe. Drugim riječima, ako se oslobađajuća ili odbijajuća presuda temelji na nekonfrontiranom iskazu, onda nema povrede konfrontacijskog prava. Moglo bi se raditi o nekoj drugoj, vjerojatno relativno bitnoj povredi. No povreda konfrontacijskog prava postoji samo ako se osuda isključivo ili u odlučujućoj mjeri temelji na iskazu svjedoka ili vještaka kojeg okrivljenik tijekom cijelog postupka nije imao mogućnost nijednom usmeno ispitati.⁷⁰

Osim toga konfrontacijsko pravo sastavnica je stožernog načela kaznenog postupka, načela pravičnosti, a povreda je tog načela apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka na koju drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti.⁷¹ S druge strane čitanje iskaza svjedoka, iako nisu ispunjeni zakonski uvjeti za takvo čitanje, najčešće predstavlja relativno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka koja traži ocjenu je li nepravilna primjena zakonske odredbe o čitanju utjecala ili mogla utjecati na presudu.⁷²

Tek ako sud smatra da nekonfrontirani raniji iskaz ne bi bio isključivi ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu, onda treba poduzeti sve raspoložive razumne mjere za osiguranje prisutnosti svjedoka na raspravi, a time i omogućavanja okrivljeniku da ga usmeno ispita. Ako te mjere ne daju rezultata, sud treba iskaz pročitati.

Tu se sada postavlja pitanje zašto čitati nekonfrontirani iskaz ako se na njemu ne smije temeljiti osuda. Samo čitanje, ako su ispunjeni zakonski uvjeti, nije nezakonito.⁷³ Čemu onda služi na raspravi čitanje nekonfrontiranog iskaza?

⁷⁰ VSRH, I Kž Us 5/11. od 15. 3. 2011.

⁷¹ Članak 468. stavak 2. ZKP/08.

⁷² To, dakako, ne vrijedi ako se radi o čitanju iskaza privilegiranog svjedoka koji se odredbom povlastice nesvjedočenja i iskazivao na dokaznom ročištu ili ranijoj raspravi, a potom na raspravi prihvatio blagodat. Taj iskaz ne smije biti pročitani ako svjedok na ranijem ispitivanju nije upozoren da se njegov iskaz poslije može koristiti kao dokaz čak i ako poslije prihvati blagodat ili ako njegov odgovor na to upozorenje nije ubilježen u zapisniku. Zapisnik u kojem nema upozorenja o kasnijem mogućem korištenju kao dokaza ili u kojem nema odgovora na to upozorenje uopće ne smije biti upotrijebljen kao dokaz (nezakoniti dokaz *ex lege*). Temeljenje presude na takvu nezakonitom dokazu apsolutno je, a ne relativno bitna povreda odredaba kaznenog postupka.

⁷³ U praksi katkad nalazimo prigovor čitanju zapisnika i ispitivanju svjedoka pred državnim odvjetnikom jer žalitelj smatra da je takav iskaz nezakonit. No to je pogrešno (VSRH I Kž 414/15. od 10. 10. 2016.). U toj je odluci navedeno:

„Članak 431. stavak 2. ZKP/08 je jasan. Čitanje nekonfrontiranog iskaza je dopušteno, ali temeljenje osude isključivo ili u odlučujućoj mjeri na tako pročitani nekonfrontiranom iskazu je zabranjeno.“

„Takvo čitanje služi, dakle, za predočavanje na raspravi tog ranijeg iskaza sukladno članku 426. ZKP/08. Po logici stvari, predočiti neki dokaz je moguće samo ako se raspravno vijeće prije toga upozna sa sadržajem dokaza koji se predočava. Daljnje korištenje nekonfrontiranog iskaza ovisi o rezultatima predočavanja odnosno o raspravnom iskazu svjedoka nakon što mu je predočen raniji nekonfrontirani iskaz. Načelno, ako svjedok na raspravi ponovi sadržaj nekonfrontiranog iskaza kojim tereti okrivljenika, onda taj iskaz na raspravi tada sadrži terećenje okrivljenika te se smije koristiti za osudu jer se raspravno ispitivanje provodi uz poštivanja konfrontacijskog prava okrivljenika. Ako na raspravi svjedok „povuče“ svoj nekonfrontirani iskaz, odnosno ako na raspravi ne tereti okrivljenika, onda se raniji nekonfrontirani iskaz ne smije koristiti za osudu (članak 431. stavak 2. ZKP/08.), a prvostupanjski sud se mora osloniti na raspravni iskaz tog svjedoka.“⁷⁴

4.3. Raščlamba korištenja nekonfrontiranog dokaza

Osim za predočavanje, pročitani nekonfrontirani dokaz smije biti korišten, ali ne smije biti isključivi ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu. Korištenje nekonfrontiranog dokaza ograničeno je. On može biti potkrjepljujući, ali ne u mjeri da postane odlučujući za osudu. Osim toga on bi mogao biti korišten kao jedna od okolnosti kod ocjene vjerodostojnosti drugih dokaza. U obje situacije riječ je o nekonfrontiranom dokazu koji na raspravi nije postao konfrontirani. Dakle to je dokaz koji je pročitani i nije dostupan na raspravi.⁷⁵ To može biti ako je svjedok umro, ako zbog zdravstvenih razloga ne može doći na raspravu, ako je stvarno ili pravno nedostupan, ako ni nakon svih razumno poduzetih napora njegova prisutnost na raspravi nije moguća i tsl.

Korištenje nekonfrontiranog dokaza u opisane svrhe treba biti valjano obrazloženo. Obrazloženje osude u kojoj se koristi nekonfrontirani iskaz trebalo bi sadržavati:

- detaljan prikaz uporabe svih razumno raspoloživih mjera za neposredno ispitivanje svjedoka koje nisu dale rezultata, pa je zato čitanje ranijeg iskaza bilo opravdano

⁷⁴ VSRH I Kž 414/15. od 10. 10. 2016. Dakle ako se osuda temelji na nekonfrontiranom iskazu koji je svjedok dao državnom odvjetniku, a na raspravi svjedok više ne tereti okrivljenika, onda je „povrijeđeno ustavno i konvencijsko pravo optuženika na pravično suđenje, što je u skladu i s praksom Europskog suda za ljudska prava, a time je ostvarena i bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavak 2. ZKP/08.“ (VSRH I Kž 217/14. od 10. 3. 2015.).

⁷⁵ Ako je nekonfrontirani dokaz dostupan na raspravi, onda vrijedi ono što je rečeno u prethodnoj bilješci (73) i tekstu koji se odnosi na tu bilješku.

- podrobnu analizu činitelja procesne protuteže koja uključuje i:
- valjanu ocjenu pouzdanosti nekonfrontiranog iskaza i potkrjepljujućih dokaza
- prikaz korištenja procesnih mogućnosti osporavanja nekonfrontiranog iskaza, uključujući i:
- stavljanje primjedaba na pročitani iskaz
- predlaganje i izvođenje dokaza kojima se osporava pročitani iskaz
- ocjenu o tome da pročitani iskaz nije isključivi dokaz za osudu, odnosno da zbog kvalitete i snage potkrjepljujućih dokaza pročitani iskaz nije dokaz na kojem se u odlučujućoj mjeri temelji osuda
- ocjenu o tome da zbog mogućeg i stvarnog korištenja elemenata procesne protuteže nije prekršeno okrivljenikovo konfrontacijsko pravo, a time ni pravo na pravično suđenje.

Ovo sve, dakako, ako nekonfrontirani dokaz nije isključivi ili u odlučujućoj mjeri dokaz za osudu. To treba ponoviti jer nekonfrontirani iskaz nikad ne smije biti isključivi ili u odlučujućoj mjeri dokaz za osudu (članak 431. stavak 2. ZKP/08). Iz toga jasno slijedi da ZKP/08 ima strože mjerilo konfrontacijskog prava okrivljenika od konvencijskog tumačenja ESLJP-a. Naš je standard dakle viši nego onaj koji primjenjuje ESLJP jer smo vidjeli da, prema praksi strasbourškog suda, postoje situacije u kojima bi se osuda smjela temeljiti na nekonfrontiranom dokazu, ali bi morali biti ispunjeni brojni uvjeti (v. 3.3.). Nacionalno pravo može imati viši pravni standard, ali ne smije imati niži od onoga koji prema tumačenju EKLJP-a određuje ESLJP.

4.4. Odricanje od konfrontacijskog prava

Ovdje treba upozoriti na još jednu mogućnost kada je moguće koristiti nekonfrontirani dokaz. Vidjeli smo da se konfrontacijska klauzula odnosi na pravo okrivljenika. Riječ je o njegovu pravu, ali ne i dužnosti. Drugim riječima, to pravo nije apsolutno pa ga se okrivljenik može odreći i tada sud smije koristiti nekonfrontirani kao dokaz za osudu. No tada je potrebno voditi računa o činiteljima protuteže i raščlambi odlučnih okolnosti ovisno o svakoj situaciji (v. poslije pod. 4.6.).

Za razumijevanje te problematike može poslužiti primjer iz sudske prakse. ⁷⁶ Okrivljenik je u žalbi tvrdio da „sud nije neposredno ispitao oštećenicu, pa stoga ... smatra kako su na njegovu štetu povrijeđene odredbe kaznenog postupka, budući da je iskaz oštećenice jedini dokaz koji izravno tereti optuženika“. Drugostupanjski sud nije našao povredu:

⁷⁶ VSRH, I Kž 599/15. od 18. 1. 2016.

„Optuženik i njegov branitelj su predložili da iskaz oštećenice bude pročitana na raspravi. Prvostupanjski sud je potom optuženiku omogućio stavljanje primjedbi na iskaz svjedokinje, optuženik je tu mogućnost koristio te je prigovorio dijelu njena iskaza, a potom nije bilo prijedloga za dopunu postupka, osobito ne da oštećenica bude neposredno ispitana. Prema tome, time što je optuženik predložio ili se suglasio s čitanjem iskaza svjedokinje i nije predložio njeno neposredno ispitivanje, on se odrekao svojeg konfrontacijskog prava u odnosu na neposredno ispitivanje svjedokinje. Istovremeno, bila mu je omogućena kontradiktornost u mjeri u kojoj je on to tražio jer je bio prisutan izvođenju dokaza (čitanju iskaza na njegov prijedlog), očitovao se na tako izvedeni dokaz i bio je ispitan prije donošenja odluke. Stoga je prvostupanjski sud poštivao načelo kontradiktornosti, a optuženik se odrekao konfrontacijskog prava.“

4.5. Konfrontacijsko pravo u odnosu na suokrivljenika

Važno je pitanje i primjenjuje li se konfrontacijsko pravo ako je riječ o iskazu suokrivljenika. Praksa je ESLJP-a jasna i slijedi iz autonomnog tumačenja pojma svjedok pa je i suokrivljenik koji tereti okrivljenika „dokaz optužbe“. Kod nas odredba članka 431. stavka 2. ZKP/08 navodi samo svjedoka i vještaka, ne i okrivljenika i ne druge dokaze. No VSRH u više je odluka prihvatio praksu ESLJP-a pa se konfrontacijska klauzula EKLJP-a i Ustava i kod nas odnosi na suokrivljenika koji tereti okrivljenika jer je iskaz takva suokrivljenika dokaz optužbe.⁷⁷ Tako bi trebalo tumačiti i u odnosu na druge dokaze optužbe, koji nisu izrijeком navedeni u članku 431. stavku 2. ZKP/08. Ako je prihvaćeno smisljeno tumačenje konfrontacijskog prava i u odnosu na suokrivljenike, nema razloga da se takvo tumačenje ne odnosi na sve dokaze optužbe (primjerice isprave).

4.6. Ocjena o pravičnosti postupka u cjelini

Vidjeli smo da ESLJP uvijek ocjenjuje je li postupak u cjelini bio (ne)pravičan. Dva trodijelna testa ESLJP pritom primjenjuje u cijelosti, bez obzira na to je li nekonfrontirani dokaz isključivi ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu.

⁷⁷ VSRH u više je odluka iznio takav stav; I Kž 407/13. od 9. 10. 2013., I Kž 455/13. od 13. 2. 2014., I Kž 505/14. od 31. 3. 2015.

Osudu je moguće temeljiti samo na iskazu suokrivljenika ako je njegov iskaz konfrontiran, odnosno ako je okrivljenik tijekom postupka imao barem jednu mogućnost stvarno ispitati suokrivljenika koji ga tereti (VSRH I Kž 530/13. od 15. 9. 2015.).

No kod nas to nije nužno ako sud smatra da je nekonfrontirani dokaz isključivi ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu. U toj situaciji ne smije doći do osude zbog jasne odredbe članka 431. stavka 2. ZKP/08. Čim sud ocijeni da bi nekonfrontirani dokaz bio isključivi ili u odlučujućoj mjeri dokaz za osudu, on ne treba raditi detaljnu analizu iz poglavlja 4.3., nego treba donijeti oslobođajuću presudu jer (konfrontiranim dokazima) nije dokazano da je okrivljenik počinio djelo koje mu je stavljeno na teret.

No kada sud koristi nekonfrontirani dokaz (ako nije isključivi ili u odlučujućoj mjeri temelj za osudu ili za predočavanje), tada je za ocjenu o (ne) pravičnosti postupka u cjelini potrebno detaljno raščlaniti odlučne okolnosti.

Postoje i druge situacije kada je potrebno raditi takvu analizu. Jedna je od češćih kod odbijanja dokaznih prijedloga obrane. Odbijanje baš svih dokaznih prijedloga obrane može predstavljati povredu prava na pravičnost postupka.⁷⁸ Analiza u sebi uključuje ocjenu o poštivanju tzv. minimalnih prava obrane koja su sadržana u Ustavu, EKLJP i ZKP/08. VSRH je u više odluka prihvatio praksu ESLJP-a pa navedena raščlamba cjelokupnog postupka u sebi uključuje:⁷⁹

- je li optuženiku omogućeno da se brani (i uz branitelja ako je to nužno)
- je li optuženik imao mogućnost osporiti vjerodostojnost dokaza optužbe i protiviti se njihovom izvođenju te jesu li dokazi na kojima se temelji osuda kvalitetni, uključujući i ocjenu baca li način izuzimanja ili izvođenja dokaza sumnju na njihovu vjerodostojnost⁸⁰
- jesu li dokazi izvedeni na način koji osigurava pravično suđenje, a osobito jesu li pri odbijanju dokaznih prijedloga obrane dani razlozi za to odbijanje, posebno u odnosu na značaj tih dokaza i posebno ako se radi o odbijanju svjedoka alibija.⁸¹

Treba napomenuti da je ovdje riječ o analizama koje je radio VSRH u povodu žalbenih prigovora, a i po službenoj dužnosti. Nema nikakve zapreke da raščlambu radi prvostupanjski sud. Dapače, on bi to trebao jer je riječ o analizi poštivanja ustavnih, konvencijskih i zakonskih načela, prava i odredaba koje prethode donošenju prvostupanjske presude.

⁷⁸ Usp. odluke ESLJP-a: *Topić protiv Hrvatske, Horvatić protiv Hrvatske, Borisova protiv Bugarske*. Tako i VSRH u I Kž 858/11. od 20. 1. 2015.

⁷⁹ VSRH: I Kž 174/14. od 8. 4. 2014., I Kž 323/11. od 23. 9. 2014., I Kž 1005/11. od 23. 12. 2014., I Kž 858/11. od 20. 1. 2015., I Kž 379/15. od 1. 9. 2015., Kzz 55/15. od 18. 1. 2016., I Kž-Us 83/13. od 18. travnja 2016.

⁸⁰ Presude ESLJP-a u predmetima: *Asch protiv Austrije, Sevinc protiv Turske, Bykov protiv Rusije, Lisica protiv Hrvatske*.

⁸¹ ESLJP: *Barim protiv Turske, Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva, PG i JK protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Vidal protiv Belgije*.

4.7. Istraživanje

Za potrebe ovog rada provedeno je manje istraživanje radi utvrđivanja koliko se problem kontradiktornosti, konfrontacije i jednakosti oružja pojavljuje u praksi općinskih sudova.⁸² Odabran je Općinski sud u Splitu, koji s obzirom na broj predmeta može poslužiti kao odgovarajuća baza podataka. Osim toga predmeti općinske nadležnosti u povodu žalbe odlaze na razne drugostupanjske sudove u Republici Hrvatske pa je bilo potrebno vidjeti postoji li ujednačeni pristup drugostupanjskih sudova.

Promatrano je razdoblje od tri godine i osam mjeseci (2013. – kolovoz 2016.). Pregledane su drugostupanjske odluke koje su se vratile na splitski općinski sud, njih 938. Od tog broja bilo je 640 osuda u kojima su bile žalbe okrivljenika.⁸³ U svega 31 odluci, a u povodu žalbenih prigovora, razmatrana je povreda kontradiktornosti, konfrontacijskog prava i jednakosti oružja.

Konfrontacijsko pravo izrijekom se spominje u dvije odluke.⁸⁴ Ni u jednoj nije nađena povreda jer su svjedoci koje je ispitao državni odvjetnik bez prisutnosti obrane (nekonfrontirano) ispitani na raspravi.

U jednoj odluci spominje se kontradiktornost.⁸⁵ U žalbi je prigovoreno da je prvostupanjski sud dva puta ispitao oštećenika bez prisutnosti optuženika pa da „mu nije omogućeno kontradiktorno ispitivanje svjedoka“. Drugostupanjski je sud otklonio žalbeni prigovor jer je oba puta optuženik bio pozvan na raspravu, ali nije pristupio, pa je rasprava održana u njegovoj odsutnosti prema članku 404. stavku 5. ZKP/08.⁸⁶ Osim toga drugostupanjski je sud ocijenio da se isključivo na iskazu svjedoka ne temelji osuda jer je optuženik djelo priznao, a priznanje je potkrijepljeno i drugim dokazima (financijska dokumentacija), od kojih je iskaz svjedoka samo jedan.

Jednakost oružja spomenuta je u jednoj odluci.⁸⁷ Optuženik je prigovarao da nije bio prisutan na raspravi kada je ispitana svjedokinja koja ga je teretila.

⁸² Većina do sada navedenih odluka odnosi se na nadležnost županijskih sudova i odluka VSRH u povodu pravnih lijekova. S druge strane nadležnost općinskih sudova odnosi se na više od 90 % kaznenih postupaka pa je zato važno i zanimljivo obratiti pozornost i na taj veliki dio prakse. Doduše, ovdje je uzet u obzir samo jedan općinski sud, ali drugi po veličini kod nas, a pregledanih 938 drugostupanjskih odluka ipak može dati određene pokazatelje.

⁸³ Nisu uzete u obzir odluke kod odbijajućih i oslobađajućih odluka te druge drugostupanjske odluke (primjerice protiv rješenja) jer te odluke nisu važne s obzirom na predmet istraživanja.

⁸⁴ ŽS u Splitu, Kž 204/15. od 11. 6. 2015. i Kž 173/15. od 28. 4. 2015. U ovoj drugoj riječ je o „načelu konfrontacije“, ali konfrontacijska klauzula ne sadrži načelo, nego pravo, koje je sastavnica stožernog načela.

⁸⁵ ŽS u Splitu, Kž 615/15 od 13. 1. 2016.

⁸⁶ Drugostupanjski je sud i ocijenio da su bili ispunjeni svi uvjeti iz te odredbe. O toj odredbi više poslije.

⁸⁷ ŽS u Splitu, Kž 603/13 od 3. 12. 2013.

No drugostupanjski je sud ocijenio da je optuženik bio pravilno upozoren da rasprava može biti održana u njegovoj odsutnosti, a da će na toj raspravi biti ispitana svjedokinja. Iako to nije jasno navedeno u drugostupanjskog odluci, ovdje je riječ o odricanju od konfrontacijskog prava jer je optuženik bio upozoren da će na idućoj raspravi biti ispitana svjedokinja i da rasprava može biti održana bez njega. Budući da optuženik bez opravdanja nije došao na raspravu, to se odrekao konfrontacijskog prava, pa je ocjena drugostupanjskog suda pravilna.⁸⁸ Osim toga drugostupanjska odluka ocjenjuje i da je svjedokinja „u odnosu na meritum postupka ... bila periferni svjedok“, pa je očito da taj dokaz nije bio isključivi, a ni u odlučujućoj mjeri temelj za osudu.

U još šest odluka bilo je razmatrano konfrontacijsko pravo. Iako ne izričkom, nego ocjenjujući razne žalbene osnove; od apsolutno i relativno bitne povrede odredaba kaznenog postupka do pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Bez ulaženja u dublju raščlambu, treba ponoviti da je povreda konfrontacijskog prava povreda načela pravičnosti jer je konfrontacijsko pravo sastavnica tog stožernog načela kaznenog postupka. Ta povreda može biti ostvarena povredom različitih odredaba ZKP/08., ali u svojoj biti načelno je riječ o povredi načela pravičnosti, a time o bitnoj povredi odredaba kaznenog postupka iz članka 468. stavka 2. ZKP/08., na koju drugostupanjski sud uvijek pazi po službenoj dužnosti.⁸⁹ U dvije odluke nađena je povreda.

U prvoj odluci⁹⁰ prvostupanjski je sud osudu temeljio na pročitanim iskazima dva nedostupna svjedoka koji su državljani SAD-a i ondje su nastanjeni. Iz odluke se ne vidi je li prvostupanjski sud poduzeo neke druge mjere za ispitivanje tih svjedoka (primjerice videoveza). Drugostupanjski je sud ocijenio da je „trebalo provjeriti navode obrane okrivljenika i saslušanjem predloženih [drugih] svjedoka ... koji su, prema dokaznom prijedlogu, očevici događaja, jer time što oni nisu saslušani činjenično stanje ostalo je nepotpuno utvrđeno“. Pozivanje na činjenično stanje izgleda nepotrebno jer žalbeni navodi očito upiru na nepravičnost postupka u cjelini (odbijanjem ispitivanja očevidaca koji bi, kako izgleda, očito popravili položaj optuženika).

U drugoj odluci u kojoj je nađena povreda drugostupanjski se sud pozvao na članak 6. EKLJP-a, Ustav i članak 64. stavak 1. točka 10. ZKP/08.⁹¹ Osuda se temeljila isključivo na iskazu svjedoka čijem ispitivanju nijednom u postup-

⁸⁸ Slična situacija bila je i u predmetu ŽS u Rijeci, broj Kž-209/15. od 21. 4. 2015. Optuženik je prigovarao čitanju iskaza troje svjedoka te je u žalbi predložio ukidanje presude. Drugostupanjski je sud ocijenio da nije povrijeđeno načelo pravičnosti jer se optuženik suglasio s čitanjem iskaza jednog svjedoka, a dvoje svjedoka obrana nije ni predlagala. Osim toga optuženik je priznao počinjenje djela, a priznanje je potkrijepljeno i drugim dokazima.

⁸⁹ U povodu žalbe postoji li navedena povreda „sud mora uvijek ispitati“ (članak 476. stavak 1. ZKP/08.).

⁹⁰ ŽS u Rijeci, Kž 365/13. od 28. 8. 2013.

⁹¹ ŽS u Zagrebu, Kž 589/16. od 30. kolovoza 2016.

ku optuženik nije mogao biti prisutan; u istrazi ga je ispitao istražni sudac, a da obranu nije pozvao na ispitivanje, a rasprava je održana bez prisutnosti optuženika, uz pogrešnu primjenu članka 404. stavka 5. ZKP/08.

Kada je riječ o održavanju rasprave bez optuženika u predmetima općinske nadležnosti primjenom navedene odredbe, tada treba upozoriti na postupanje koje smo uočili.

4.7.1. Rasprava bez optuženika

U čak 16 odluka (od 31 u kojima je razmatrana kontradiktornost i konfrontacija) drugostupanjski su sudovi ocjenjivali ispravnost održavanja rasprave na Općinskom sudu u Splitu, a prema članku 404. stavku 5. ZKP/08.⁹² Dvije su situacije koje zaslužuju pozornost. Prva se odnosi na ispunjenje uvjeta „prisutnost nije nužna i da je prije toga bio ispitan ili se očitovao o optužbi“, a druga na tumačenje ranijeg ispitivanja; odnosi li se ono i na ispitivanje pred državnim odvjetnikom ili je potrebno da ranije ispitivanje ili očitovanje o optužbi bude pred sudom? Ovdje ćemo se ograničiti samo na dio uvjeta koji se odnosi na to da prisutnost nije nužna i na pravni doseg ranijeg ispitivanja. Uvjeti u odnosu na pozivanje jesu važni, ali tu nisu uočeni problemi u ocjeni ispunjenja tih uvjeta.

4.7.1.1. Prisutnost „nije nužna“

Održavanje rasprave bez optuženika vrlo je osjetljivo. Optuženik tada nema mogućnost ispitivanja svjedoka, očitovanja na izvedene dokaze, predlaganje dokaza itd. Zato iznimka iz članka 404. stavka 5. ZKP/08. treba biti primjenjivana ograničeno, uz potanko ispitivanje ispunjenja zakonskih uvjeta. Problem postoji i jer se uvjet da prisutnost optuženika nije nužna obrazlaže time što je prije bio ispitan, a obrazloženja su često štura.⁹³ Takvo je postupanje pogrešno:

„... prvostupanjska presuda ne sadrži valjano obrazloženje zašto prisustvo optuženice na raspravi nije nužno. Jednako tako, obrazloženje odluke drugostupanjskog suda postojanje jednog zakonskog uvjeta za održavanje rasprave bez prisustva optuženice obrazlaže postojanjem drugog zakonskog

⁹² „Ako se postupak vodi za kazneno djelo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, rasprava se može održati bez prisutnosti optuženika koji je bio uredno pozvan, ali nije pristupio ili mu se poziv nije mogao uručiti jer je promijenio adresu, a o tome nije obavijestio sud ili je očito da izbjegava poziv, uz uvjet da njegova prisutnost nije nužna i da je prije toga bio ispitan ili se očitovao o optužbi.“

⁹³ ŽS u Splitu, Kž 681/13. od 29. 10. 2013., Kž-107/15. od 18. 3. 2015., slično i Kž 615/15. od 13. 1. 2016.

uvjeta. To je pogrešno jer navedena odredba te uvjete propisuje skupno odnosno oni moraju biti ispunjeni istovremeno pa ne može jedan uvjet opravdavati drugi. Jedan je uvjet da prisustvo na raspravi nije nužno, a drugi da je optuženik prije toga bio ispitan ili se očitovao o optužbi. Pogrešno je uvjet da je optuženik prije bio ispitan ili se očitovao o optužbi koristiti kao razlog da njegova prisutnost nije nužna, a upravo tako su postupili prvostupanjski i drugostupanjski sud.⁹⁴

Ako je optuženik prije bio ispitan, ali mu na tom ispitivanju nisu predloženi dokazi optužbe ili su se tijekom postupka pojavili dokazi o čijem izvođenju optuženik nije imao saznanja ili optuženik nije imao pravu mogućnost predložiti dokaze njemu u korist, onda je vrlo teško prihvatiti ocjenu da njegova prisutnost „nije nužna“. Ovo i kad su ispunjeni ostali uvjeti (pravilno pozivanje i ranije ispitivanje ili očitovanje o optužbi). Zato kod ocjene je li optuženikova prisutnost na raspravi nužna treba voditi računa o sastavnicama načela pravičnosti, odnosno o minimalnim pravima obrane sadržanima u članku 6. stavku 3. EKLJP-a, članku 29. stavku 2. Ustava i odredbama ZKP/08. koje provode i koje se odnose na minimalna prava obrane i načelo pravičnosti.⁹⁵

4.7.1.2. „Prije toga bio ispitan“

U praksi se pojavila dvojba je li taj uvjet ispunjen ako je okrivljenika ispitao državni odvjetnik ili je potrebno njegovo ispitivanje ili očitovanje o optužbi pred sudom. U drugostupanjskim odlukama naišli smo na oba stava. Ne treba posebno napominjati da ta situacija zbunjuje prvostupanjske sudove.⁹⁶

⁹⁴ VSRH, Kzz 55/15. od 18. 1. 2016.

⁹⁵ U tom smislu pravilno uočava ŽS u Rijeci da „s aspekta pravičnosti postupka okrivljenikovo je pravo i obveza prisustvovati raspravi, zbog čega je sud bio u obvezi ocijeniti s pažnjom je li se okrivljenik imao mogućnost izjasniti o činjenicama slučaja te posebno o dokazima iz postupka, a osim toga ova odluka mora biti jasno navedena na zapisniku, kao i obrazložena“ (Kžzd 7/15. od 1. 7. 2015.).

⁹⁶ Različiti pravni stavovi drugostupanjskih sudova u jednakim ili sličnim pravnim situacijama nisu dobrodošli iz više razloga. Prvo, to dovodi do različitog postupanja prvostupanjskih sudova, tzv. dvostruki standardi u jednakim ili sličnim pravnim situacijama. Drugo, vrlo je izgledno da različiti pravni stavovi drugostupanjskih sudova neće biti popravljani jer ovise o pokretanju izvanrednih pravnih lijekova. Treće, takvi dvostruki standardi neizbježno dovode do pravne nesigurnosti jer građani ne mogu očekivati jednake odluke u jednakim pravnim situacijama. Četvrto, to dovodi do jačanja nepovjerenja u sudbenu vlasti i ruši ionako osjetljivu vjerodostojnost sudova (o razlozima za nepovjerenje i razlikama između dojma i stvarnog stanja v. Izvještaj o ispunjenju preporuka GRECO-a, u kojem je sažetak istraživanja o razlozima takva nepovjerenja javnosti, § 18.-21., v. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/ReportsRound4_en.asp).

Tako ŽS u Varaždinu zaključuje da je ispunjen uvjet za provođenje rasprave bez optuženika primjenom članka 404. stavka 5. ZKP/08. jer je „okrivljenik bio ispitan u prethodnom postupku od strane Općinskog državnog odvjetnika“.⁹⁷

Suprotno tome ŽS u Velikoj Gorici smatra da rasprava prema navedenoj odredbi nije smjela biti održana jer „nisu bile ispunjene pretpostavke ... jer je okrivljenik dao iskaz pred Državnim odvjetnikom, dakle nije se očitovao o optužbi, jer se takvo očitovanje daje pred sudom koji vodi kazneni postupak a ne pred Državnim odvjetnikom“.⁹⁸

Potonji stav treba odobriti. Naime, po logici stvari, za održavanje rasprave bez optuženika prema članku 404. stavku 5. ZKP/08. optuženik mora prethodno biti upozoren na tu mogućnost. S obzirom na sve navedeno, to upozorenje treba sadržavati i dio koji se odnosi na izvođenje dokaza optužbe o kojima se on ima pravo očitovati i prisustvovati njihovu izvođenju radi ostvarenja konfrontacijskog prava, uključujući i pravo predlaganja dokaza njemu u korist.

Ovo je samo jedan primjer razlike u pravnim stavovima drugostupanskih sudova kada je riječ o kaznenim predmetima iz općinske nadležnosti. Velika većina problema izazvanih takvom situacijom može biti riješena dosljednom primjenom zakonske odredbe. Naime članak 19.e ZKP/08. predviđa Visoki kazneni sud koji je nadležan odlučivati o žalbama protiv presuda općinskih i županijskih sudova. Jedan drugostupanski sud za područje Republike Hrvatske koji bio odlučivao o žalbama protiv svih prvostupanskih kaznenih presuda sigurno bi riješio nedoumice prvostupanskih sudova, ujednačio praksu svih prvostupanskih sudova, doveo do pravne sigurnosti u tom području i pojačao povjerenje građana u sudbenu vlast, a time i povećao vjerodostojnost sudbene vlasti u cjelini. Plan je bio da taj sud počne s radom 1. siječnja 2015. (v. Vladin Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku s konačnim prijedlogom Zakona, str. 2 i 16, v. <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//133%20-%205.pdf>).

No Visoki kazneni sud ni do kraja 2016. nije počeo s radom. Razlozi koje imamo prilike čuti (nije sazrijelo vrijeme, druge su stvari važnije, nedostatak sredstava za osnivanje novog suda i sl.) zapravo su izgovori. Jedini je razlog koji zaslužuje osvrt onaj prema kojem se smatra da bi VSRH „ostao bez posla“. No taj razlog zapravo pokazuje nerazumijevanje kaznenopravnog sustava jer bi svi drugostupanski predmeti Visokog kaznenog suda bili podložni izvanrednom pravnom lijeku (izvanredno preispitivanje pravomoćne presude). Ovaj pravni lijek sada nije moguće podnijeti za predmete županijske nadležnosti jer je u tim predmetima drugostupansku odluku donio VSRH, protiv čije odluke nije dopušteno podnijeti navedeni zahtjev (članak 515. stavak 3. ZKP/08.). Razlog nedostatka novca jest i nevjerodostojan izgovor jer je u navedenom Vladinu prijedlogu navedeno: „Za provođenje ovoga Zakona nije potrebno osigurati dodatna sredstva u državnom proračunu Republike Hrvatske“ (str. 3).

Prema tome jedini je razlog zašto Visoki kazneni sud nije počeo s radom izostanak političke volje, kao da nekome odgovara *status quo*, odnosno da četiri posljedice neujednačenosti sudske prakse i dalje postoje.

⁹⁷ Kž-70/16. od 8. 3. 2016.

⁹⁸ Kž-66/16. od 5. 4. 2016. Slično i ŽS u Zagrebu, koji zaključuje da ispitivanje okrivljenika u prethodnom postupku pred Državnim odvjetnikom nije očitovanje o optužbi i ne može se smatrati da je okrivljenik prije bio ispitan (Kž-403/16. od 17. svibnja 2016.).

Nedolazak na raspravu nakon takva upozorenja odricanje je od konfrontacijskog prava.

Navedeno upozorenje državni odvjetnik u prethodnom postupku ne daje (nije sadržaj upozorenja iz članka 272. stavka 1. i 2. ZKP/08. niti pouke o pravima iz članka 239. stavka 1. ZKP/08.). Izostanak takva upozorenja istovremeno je i neispunjenje uvjeta iz članka 404. stavka 5. ZKP/08. Osim toga, zbog vjerodostojnosti kaznenopravnog sustava uopće, nije prihvatljivo da se osuda temelji na izjavi jedne stranke koju je dala drugoj stranci, a da pritom sud okrivljenika praktično nije ni vidio. Jednako kao što nije prihvatljivo da se osuda temelji na izjavi nekonfrontiranom iskazu svjedoka ili vještaka prema izričitoj zakonskoj odredbi (članak 431. stavak 2. ZKP/08.). To narušava i jednakost oružja koja u prethodnom postupku ionako ne postoji pa zato na njoj treba ustrajati u raspravi.

Zato se zalažemo da održavanje rasprave bez optuženika u smislu članka 404. stavka 5. ZKP/08. bude samo u onim situacijama kada se optuženik pred sudom izjasnio o optužbi ili je pred sudom ispitan. U toj situaciji sud mu može dati potrebna upozorenja radi mogućeg održavanja rasprave bez optuženika. Prema tome uvjet „prije toga ispitan ili se očitovao o optužbi“ iz članka 404. stavka 5. ZKP/08. treba imati dvije sastavnice:

1. Ispitivanje ili očitovanje o optužbi treba biti pred sudom, od strane sudbene vlasti, a ne pred drugom strankom u kaznenom postupku.
2. Pritom sud mora upozoriti optuženika ako će na raspravi biti izvođeni dokazi optužbe radi ostvarenja njegova konfrontacijskog prava.

Naravno, upozorenje okrivljeniku treba sadržavati i ostale uvjete vezane uz pozivanje. Takav pristup osigurava ispunjenje minimalnih prava obrane, a i doprinosi vjerodostojnosti kaznenopravnog sustava i sudbene vlasti uopće.

5. ZAKLJUČAK

Načelo kontradiktornosti, jednakosti oružja i konfrontacijsko pravo sastavnice su stožernog načela pravičnosti kaznenog postupka predviđenog u članku 6. EKLJP-a i članku 29. Ustava. Njihove sastavnice u mnogočemu se podudaraju, a ESLJP ih često razmatra istovremeno.

Vidjeli smo da su kontradiktornost i jednakost oružja načela, a konfrontacija je pravo, i to pravo okrivljenika, ne i državnog odvjetnika. Kontradiktornost se pak odnosi na obje stranke u kaznenom postupku. Slično je i s jednakošću oružja. Jednakost oružja ima širi opseg od kontradiktornosti, ali uži sadržaj, a konfrontacija je sadržana u kontradiktornosti.

Konfrontacijska mjerila ESLJP-a možemo promatrati prije odluke *Schatschaschwili* i nakon nje. Odluka je naizgled neznatno, ali bitno promijenila

praksu ESLJP-a. Sada se, osim što se pravičnost postupka i dalje promatra u cjelini, uvijek provode dva trodijelna testa. O ishodu tih testova ovisi ocjena o (ne)pravičnosti postupka u cjelini. No posebno je važno da postupak ne mora nužno biti ocijenjen kao nepravičan čak i ako se osuda temelji na nekonfrontiranom dokazu, ako su zadovoljeni činitelji protuteže koje ESLJP strogo promatra. Tu leži najvažnija razlika prema mjerilu određenom u članku 431. stavku 2. ZKP/08. Prema toj odredbi osuda se u nas nikada ne smije temeljiti na nekonfrontiranom dokazu. Drugim riječima, naš zakon i praksa imaju viši konfrontacijski standard nego što ga, tumačeći EKLJP, primjenjuje ESLJP. To je dopušteno jer nacionalni sustavi mogu imati viši, ali ne smiju imati niži standard od onoga koji je razvio ESLJP.

Bez obzira na to naša praksa treba slijediti praksu ESLJP-a u mnogim dijelovima ocjenjivanja konfrontacijskog prava i načela pravičnosti. U mnogome to VSRH i čini jer je prihvatio praksu ESLJP-a, osobito kod ocjene činitelja protuteže i procjene (ne)pravičnosti postupka promatranog u cjelini. To se poglavito odnosi i na situacije odbijanja dokaznih prijedloga obrane. No i dalje postoji prostor za napredovanje jer bi ocjena (ne)pravičnosti trebala biti „spuštena“ i češće razmatrana u prvostupanjskom postupku. Naime tada je moguće osigurati pravičnost, među ostalim i jer je rasprava najbolje mjesto za ostvarenje konfrontacijskog prava okrivljenika, kontradiktornosti i jednakosti oružja. Na tome i dalje trebaju raditi svi koji primjenjuju kazneno pravo.

Postojanje prostora za poboljšanje pokazuje i provedeno istraživanje. Osim toga, ono je dokazalo postojanje različite prakse drugostupanjskih sudova u odnosu na održavanje rasprave bez otpuženika prema članku 404. stavku 5. ZKP/08. Dvije su situaciju na koje treba upozoriti.

Prvo, kod procjene ispunjenosti uvjeta koje navedena odredba traži postojanje jednog uvjeta (prisutnost nije nužna) ne smije biti obrazlagana drugim uvjetom (ranije ispitan). Oba uvjeta moraju biti ispunjena skupno, ali raščlanjena zasebno. Pritom kod ocjene „nužnosti“ treba imati na umu sastavnice načela pravičnosti.

Drugo, optuženikovo ranije ispitivanje ili očitovanje o optužbi treba biti pred sudom, a nije dovoljno da ga je ispitao državni odvjetnik. U stranačkom ispitivanju upozorenja i pouka o pravima nemaju nužne sastavnice i upozorenja koja optuženiku moraju biti dana da bi rasprava mogla biti održana prema članku 404. stavku 5. ZKP/08. Sud pak treba u ispitivanju optuženiku dati upozorenja koja će mu omogućiti ostvarenje konfrontacijskog prava.

Konačno, uočena razlika u postupanju drugostupanjskih sudova opet upućuje na najmanje četiri posljedice (dvostruki standardi zbunjuju prvostupanjske sudove, teško mogu biti popravljivi, dovode do pravne nesigurnosti građana i do jačanja nepovjerenja u sudbenu vlast). Takva situacija uvelike je uvjetovana upornim nedostatkom političke volje za osnivanjem Visokog kaznenog suda.

Kao da nekome odgovara da četiri posljedice neujednačene sudske prakse i dalje postoje. Nadamo se da je došlo vrijeme da se to promijeni, a važna promjena može biti osnivanje Visokog kaznenog suda kako je to već predviđeno u ZKP/08. Naravno, ako politički činitelji izvršne i zakonodavne vlasti žele izbjeći dvostruke pravne standarde, popraviti pravnu nesigurnost građana i pridonijeti vjerodostojnosti državne vlasti, kojoj u trodiobi i sami pripadaju.

Summary

CONFRONTATIONAL STANDARDS

The paper has five sections. After the introduction in the first section, the second one deals with the differences and similarities regarding three elements of the main criminal procedure principle, the right to a fair trial. In the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR), these three elements, the adversarial principle, the principle of equality of arms, and the right of confrontation are often considered together. The third section focuses on ECtHR confrontation standards, especially after its landmark decision in *Schatschaschwili v. Germany*. The fourth section deals with confrontation standards according to the Croatian criminal procedure and the courts' case law. The authors draw attention to the difference between the national and the ECtHR confrontation standards. They also discuss two important conditions for a trial before municipal courts in the absence of the defendant, point to the proper application of legal provisions, and offer a solution to harmonise the different practices of appellate courts. It is concluded that there is room for improvement in the implementation of the right to a fair trial, particularly regarding the confrontation clause in the decisions and reasoning of first-instance courts.

Keywords: confrontation clause, sole or decisive, counterbalancing factors