

Šime Matak*

DOKAZI IZ INOZEMSTVA IZ POZICIJE OBRANE - MOGUĆNOST PRIBAVLJANJA, KONTROLA ZAKONITOSTI I POUZDANOSTI

Jedno od obilježja društava 21. stoljeća jest sve veća sloboda kretanja ljudi, roba i usluga. To ima posljedice i na području dokaznog prava na način da se sve veći broj dokaza nalazi u državi koja je različita od one u kojoj se vodi postupak. Suradnja država na području prikupljanja i razmjene dokaza razvijala se postupno, i to od modela međunarodne pravne pomoći do uzajamnog priznanja, koje je danas široko primijenjeno na području Europske unije. Ovaj rad daje prikaz najvažnijih pravnih instrumenata na području prikupljanja i razmjene dokaza između država, osobito u kontekstu položaja obrane.

Ključne riječi: dokazi iz inozemstva, međunarodna pravna pomoć, uzajamno priznanje, europski istražni nalog, položaj obrane

1. UVOD

Iako je kazneno pravo, kao odraz prava državne vlasti na kažnjavanje (*ius puniendi*), tradicionalno bilo zatvoreno unutar granica pojedine države, razvoj društva i sve veće migracije ljudi, ali i novi oblici počinjenja kaznenih djela dovode do toga da i kazneno pravo (osobito kazneno procesno) dobiva sve više „internacionalnih“ obilježja. U današnjem modernom svijetu više nije rijetkost da kazneno djelo bude počinjeno istovremeno na teritoriju dviju ili više država ili da počinitelj nakon počinjenja kaznenog djela u jednoj državi pobjegne u drugu. To znatno otežava postupanja tijela progona jer primjerice kazneno djelo može biti počinjeno u jednoj državi, većina dokaza može se nalaziti u drugoj, a počinitelj u trećoj. Stoga je bilo nužno da države uspostave međusobnu suradnju na području prikupljanja i razmjene dokaza, pri čemu taj proces traje i razvija se i danas.

Međutim opravdane težnje država za progonom počinitelja najtežih kaznenih djela, koje se na području dokaznog prava ostvaruju sve tješnjom surad-

* Šime Matak, odvjetnik u Zagrebu

njom i sve manjim diskrecijskim ovlastima pojedine države da odbije zahtjev druge države, dovode istovremeno u opasnost procesna, odnosno temeljna ljudska prava okrivljenika. Položaj okrivljenika u kaznenom postupku jest a priori (strukturno) neravnopravan u odnosu na tijela progona (s obzirom na sve resurse koji tijelima progona stoje na raspolaganju), a ta se neravnopravnost osobito očituje u postupcima s prekograničnim obilježjima.

U ovom će radu najprije biti prikazano kako je razvoj suradnje između država na području dokaznog prava tekao od međunarodne pravne pomoći do modela uzajamnog priznanja, s naglaskom na najznačajnijim karakteristikama i otvorenim pitanjima oba modela. Zatim će biti iznesen prikaz položaja obrane u pribavljanju te ocjeni zakonitosti i pouzdanosti takvih dokaza te na kraju prikaz problema s kojima se primarno suočava obrana u postupcima s transnacionalnim obilježjima.

2. TRANSNACIONALNO PRIKUPLJANJE DOKAZA

2.1. Povijesni razvoj

Začetak suradnje europskih država na području pružanja pravne pomoći u kaznenim stvarima seže u 1959. godinu, kada je u okviru Vijeća Europe izglasana Europska konvencija o uzajamnoj sudskoj pomoći u kaznenim stvarima (dalje u tekstu: Konvencija iz 1959.),¹ dopunjena protokolima iz 1978.² i 2001.³ Sustav pravne pomoći uređen tim ugovorima utemeljen je na strogom poštovanju suvereniteta stranaka ugovornica i na shvaćanju da se pravna pomoć za potrebe kaznenog postupka druge države može pružiti samo onda i u mjeri u kojoj njezino pružanje nije protivno suverenitetu, sigurnosti, javnom poretku i drugim važnim interesima zamoljene države.⁴ Može se reći da se radilo o jednom vrlo krutom sustavu u kojem je suradnja imala više politička nego pravna obilježja, a zamoljena država imala je vrlo široke diskrecijske ovlasti za odbijanje udovoljavanja zahtjevu. Takvo je uređenje bilo nužno da bi bilo

¹ Europska konvencija o uzajamnoj sudskoj pomoći u kaznenim stvarima, Narodne novine, Međunarodni ugovori 4/99.

² Dodatni protokol Europske konvencije o uzajamnoj sudskoj pomoći u kaznenim stvarima od 17. 3. 1978., Narodne novine, Međunarodni ugovori 4/99.

³ Dodatni protokol Europske konvencije o uzajamnoj sudskoj pomoći u kaznenim stvarima, Narodne novine, Međunarodni ugovori 1/07.

⁴ Zoran Burić, Danka Hržina: Pribavljanje i osiguranje dokaza te osiguranje i oduzimanje imovine i predmeta prema Zakonu o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 21, broj 2/2014, str. 357.

prihvatljivo državama ugovornicama, koje imaju različitu pravnu tradiciju i sisteme.⁵

U desetljećima nakon donošenja Konvencije u Europi, u okviru Europske unije, dolazi do snažne ekonomske i političke integracije, koju usporedno prati i stvaranje svojevrsnog supranacionalnog pravnog poretka. Prvi oblik suradnje na području prikupljanja i razmjene dokaza unutar Europske unije bila je Konvencija za provedbu Schengenskog sporazuma iz 1985. godine te Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima između država članica EU-a iz 2000. godine (Konvencija iz 2000.). Iako su predmetne konvencije donijele određena poboljšanja (primjerice mogućnost suradnje pravosudnih tijela neposredno ili da država moliteljica može zatražiti da država izvršiteljica poduzima određene radnje sukladno pravu države moliteljice i sl.), u suštini se radi o istom (tradicionalnom) modelu međunarodne pravne pomoći na kojem se zasniva i Konvencija iz 1959.

Usporedno s procesom unaprjeđenja postojećeg, tradicionalnog modela međunarodne kaznenopravne pomoći Europska je unija započela s procesom razvoja vlastitog modela pravne pomoći u kaznenim stvarima.⁶ Radi se o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima koja se ne temelji na tradicionalnim načelima strogog poštivanja nacionalnog suvereniteta i drugih važnih interesa stranaka ugovornica, već na međusobnom priznanju odluka donesenih u kaznenim stvarima.⁷ U zaključcima Europskog vijeća iz Tamperea 1999. navedeno je kako bi načelo uzajamnog priznanja trebalo postati kamen temeljac pravosudne suradnje u građanskim i kaznenim stvarima unutar Europske unije.⁸

Model uzajamnog priznanja inauguriran je Okvirnom odlukom o europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica, donesenom 13. lipnja 2002., kojom je tradicionalni sustav izručenja zamijenjen sustavom predaje traženih osoba. S obzirom na to da je taj model polučio uspjeh u području predaje traženih osoba, nastojalo ga se „preslikati“ na područje prikupljanja i razmjene dokaza između država članica Europske unije.

Tako je 22. srpnja 2003. donesena Okvirna odluka o nalogima za osiguranje imovine i dokaza (dalje u tekstu: OONOID), međutim ona je model uzajamnog priznanja prihvatila samo djelomično, i to u pogledu osiguranja imovine i dokaza, ali ne i za prijenos u državu izdavanja naloga. Dakle najprije je trebalo poslati poseban zahtjev za osiguranje dokaza, koji se rješavao sukladno pravilima o uzajamnom priznanju, a zatim zahtjev za prijenos dokaza, na koji

⁵ David McClean: *International Cooperation in Civil and Criminal Matters*, Oxford University Press, 2012, str. 171.

⁶ Op. cit. 4, str. 357.

⁷ Ibid., str. 357.

⁸ Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, paragraph 33.

se primjenjuju pravila međunarodne pravne pomoći. Iako su tu Okvirnu odluku implementirale gotovo sve države članice, nalozi za osiguranje imovine iznimno su se rijetko koristili u praksi.⁹

U prosincu 2008. godine donesena je Okvirna odluka o europskom nalogu za pribavljanje dokaza (dalje u tekstu: OOENPD), međutim ona nikada nije implementirana u zakonodavstva država članica. Jedan od razloga svakako je i to što je u travnju 2010. sedam država članica¹⁰ predložilo usvajanje novog instrumenta, koji bi načelo uzajamnog priznanja proširio i na područje prekograničnog prikupljanja i prijenosa dokaza.

Direktiva 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima (dalje u tekstu: EIN) predstavlja daljnji korak u implementaciji modela uzajamnog priznanja u području dokaznog prava. Predmetna Direktiva zamjenjuje Konvenciju iz 1959., kao i njezina dva dodatna protokola, bilateralne sporazume sklopljene na temelju članka 26. te Konvencije, Konvenciju o provedbi Schengenskog sporazuma te Konvenciju iz 2000. Okvirna odluka 2008/978/PUP zamjenjuje se tom Direktivom u odnosu na države članice koje obvezuje ta Direktiva, a odredbe Okvirne odluke 2003/577/PUP, kad je riječ o osiguranju dokaza, zamjenjuju se tom Direktivom u odnosu na države članice koje obvezuje ta Direktiva.

Navedena Direktiva implementirana je u naš pravni sustav Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije iz listopada 2017.

2.2. Međunarodna pravna pomoć i uzajamno priznanje

Uvodno je već rečeno da je suradnja na području prikupljanja i prijenosa dokaza iz jedne države u drugu započela na temelju bilateralnih i multilateralnih ugovora, koji su se temeljili na modelu međunarodne pravne pomoći. S druge strane Europska je unija u okviru svog pravnog sustava razvila model međusobnog (uzajamnog) priznanja, koji se bitno razlikuje u odnosu na tradicionalni model pravne pomoći u kaznenim stvarima.

Teorijski gledano, možemo reći da se međunarodna pravna pomoć temelji na „zahtjevu“ države moliteljice, dok se model uzajamnog priznanja temelji na „nalogu“ države izdavateljice. Ta razlika nije samo semantička, već ima vrlo praktične konzekvence u odnosu na brzinu i učinkovitost pribavljanja dokaza iz inozemstva, a pogotovo u odnosu na mogućnost države izvršiteljice da odbije takav zahtjev, odnosno nalog.

⁹ Op. cit. 4, str. 360.

¹⁰ Belgija, Bugarska, Estonija, Španjolska, Austrija, Slovenija i Švedska.

U okviru modela međunarodne pravne pomoći država (putem ministra pravosuđa) mora podnijeti zahtjev za pružanje pomoći drugoj državi, koja ima vrlo široko diskrecijsko pravo odbiti udovoljiti zahtjevu i nije vezana nikakvim rokovima, što kao posljedicu ima znatno odugovlačenje izvršavanja zahtjeva.¹¹ Osim toga model međunarodne pravne pomoći zasniva se na principu *locus regit actum*, što stvara dodatne probleme (pogotovo iz perspektive obrane) u pogledu uporabljivosti takva dokaza u državi moliteljici.

Treba međutim reći da su neke od slabih točaka tog modela, primjerice utjecaj političke vlasti, kašnjenje u izvršavanju zahtjeva ili primjena principa *locus regit actum*, unaprijeđene protekom vremena.¹² Tako je Konvencija za provedbu Schengenskog sporazuma smanjila broj osnova na temelju kojih se zahtjev mogao odbiti, a također je uvela mogućnost direktne suradnje između pravosudnih tijela. Jednako tako, Konvencija iz 2000. kao novinu je uvela mogućnost da država moliteljica zahtijeva da država izvršiteljica prihvati određene formalnosti u postupku prikupljanja dokaza, kao i da se cijeli postupak mora provesti „što je prije moguće“.

S druge strane model uzajamnog priznanja temelji se na tome da pravosudno tijelo jedne države članice „nalaže“ odgovarajućem pravosudnom tijelu druge države članice da prizna i izvrši određenu odluku, primjerice odluku o provođenju određene dokazne radnje. Filozofija uzajamnog priznanja sastoji se u tome da država članica prihvaća odluku stranog pravosudnog tijela „kao da je njezina“, bez prethodne provjere zakonitosti.¹³ Stoga može se reći kako je kamen temeljac modela uzajamnog priznanja povjerenje između država članica.

Model uzajamnog priznanja nesumnjivo ubrzava i pojednostavljuje postupak, što ima pozitivan učinak na njegovu učinkovitost. No istovremeno se postavlja pitanje u kojoj se mjeri time otežava pozicija obrane. Moglo bi se reći da je obrana i u postupcima predaje i u postupcima prikupljanja dokaza iz inozemstva stavljena u poziciju nijemog promatrača.

Osnovna zamjerka modelu uzajamnog priznanja sastoji se u tome da je on rezultat transponiranja liberalnih tržišnih principa (sloboda kretanja robe, dobara i usluga) na područje pravosudne suradnje. Međutim ovdje taj liberalni princip proizvodi autoritarne učinke i dovodi do toga da će najstroži kaznenopravni sustav jedne države članice biti izvršen u svim ostalima, uz potencijalno najniže standarde zaštite prava okrivljenika.¹⁴

¹¹ Annalisa Mangiaracina: A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order, *Utrecht Law Review*, vol. 10, issue 1 (January), 2014, str. 115.

¹² *Ibid.*, str. 115.

¹³ *Ibid.*, str. 116.

¹⁴ Bernd Schunemann: The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction, Stefano Ruggeri (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland 2014, str. 31.

Koliko god kaznenopravni sustavi država članica Europske unije bili slični s obzirom na sličnu tradiciju i povijesni razvoj, oni se ipak u mnogočemu razlikuju. Kazneni postupak svake države članice predstavlja sveobuhvatni i koherentni skup pravila koja nastoje balansirati između učinkovitosti kaznenog progona s jedne strane i zaštite prava okrivljenika s druge.¹⁵ Međutim upravo iz razloga što se radi o koherentnom sustavu, vrlo je teško kombinirati njegove dijelove s dijelovima pravnih sustava drugih država članica, a da u konačnici taj isti postupak bude pravičan. U tom smislu može se reći da je model uzajamnog priznanja manjkav jer stvara hibridno procesno pravo, kojim se povećavaju ovlasti tijela progona, a da istovremeno obrani jamči dovoljno prava da kompenzira i ponovno uspostavi procesnu ravnotežu.¹⁶

Kako je već ranije naglašeno, model uzajamnog priznanja zasniva se na povjerenju između država članica, zbog čega se država koja izvršava nalog gotovo uopće ne upušta u ocjenu zakonitosti izdavanja naloga. Podrazumijeva se da je nalog izdan zakonito, kao i da će postupak koji se vodi u toj državi biti pravičan, uz poštivanje svih standarda zaštite prava okrivljenika koji vrijede i u samoj državi izvršiteljici naloga.

Međutim standardi zaštite procesnih prava okrivljenika u državama članicama Europske unije nisu ni približno jednaki, odnosno barem nisu jednaki u toj mjeri koja bi opravdavala model uzajamnog priznanja, što je, moglo bi se reći, priznala i sama Europska unija. Naime Sud Europske unije u presudi Aranyosi i Caldaranu¹⁷ odlučivao je o zahtjevu za prethodnu odluku, koji se odnosio na tumačenje članka 1. stavaka 3. i 5. i članka 6. točke 1. Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu. Sud je zaključno utvrdio da navedene odredbe treba tumačiti na način da u slučaju postojanja objektivnih, vjerodostojnih, preciznih i odgovarajuće aktualiziranih elemenata o postojanju sustavnih i općenitih nedostataka ili nedostataka koji dotiču određene skupine osoba ili pak određene centre za oduzimanje slobode u državi članici izdavateljici pravosudno tijelo izvršenja mora na konkretan i precizan način ispitati postoje li u slučaju predaje navedenoj državi članici ozbiljni i utvrđeni razlozi za vjerovanje da će osoba na koju se odnosi europski uhidbeni nalog u svrhe izvršenja kaznenog progona ili izvršenja kazne oduzimanja slobode zbog uvjeta oduzimanja njezine slobode biti izložena stvarnoj opasnosti od podvrgavanja neljudskom i ponižavajućem postupanju u smislu članka 4. Povelje Europske unije o temeljnim pravima. U konkretnom slučaju radilo se o europskom uhidbenom nalogu koji je izdala Mađarska.

¹⁵ Ibid., str. 31.

¹⁶ Ibid., str. 31.

¹⁷ Presuda Suda Europske unije u spojenim predmetima Aranyosi i Caldaranu broj C-404/15 i C-659/15.

Dakle iz te se odluke može zaključiti kako i sama Europska unija prihvaća kao realnu mogućnost da bi u nekoj državi članici osoba mogla biti izložena „stvarnoj opasnosti od podvrgavanja neljudskom i ponižavajućem postupanju“, stoga se postavlja pitanje u kojoj je mjeri uopće moguće primijeniti model uzajamnog priznanja unutar Europske unije s obzirom na to da on podrazumijeva da je razina zaštite ljudskih prava u svakoj državi članici *a priori* zadovoljavajuća, a očigledno je da tome nije tako.

2.3. *Locus regit actum* i *forum regit actum*

Jedno od najvažnijih pitanja prekogranične razmjene dokaza jest pitanje po čijem će pravu postupati država koja pruža pravnu pomoć. Ako je to po pravu države koja poduzima određenu radnju, onda govorimo o primjeni načela *locus regit actum*, a ako je to po pravu države koja vodi postupak i koja je zatražila inozemnu pravnu pomoć, onda se radi o načelu *forum regit actum*.

Konvencija iz 1959. zasnivala se na načelu *locus regit actum*, što znači da je odlučni element u ocjeni koje će se pravo primijeniti lokacija na kojoj se poduzima određena radnja. Međutim primjena tog načela povlači za sobom opasnost da dokaz pribavljen takvom radnjom neće biti upotrebljiv u državi koja je zatražila pravnu pomoć jer primjerice nije zadovoljena određena procesna forma propisana pravom te države. Činjenica da nisu zadovoljene određene formalnosti, odnosno procesni zahtjevi odlučni za ocjenu prihvatljivosti dokaza pribavljenog u inozemstvu, dovela je do značajnih smetnji učinkovitosti prikupljanja dokaza u inozemstvu.¹⁸

Upravo iz tog razloga Konvencija iz 2000. prihvatila je načelo *forum regit actum*, sadržano u čl. 4. predmetne Konvencije. Sukladno tom načelu prilikom pružanja uzajamne pravne pomoći država koja prima zahtjev udovoljava formalnostima i postupcima koje je država koja je uputila zahtjev izričito navela pod uvjetom da takve formalnosti i postupci nisu u suprotnosti s temeljnim pravnim načelima države članice koja prima zahtjev. Izraz „formalnosti i postupci“ trebalo bi tumačiti široko te se on može odnositi primjerice na situacije u kojima država podnositeljica zahtjeva zahtijeva da predstavnici sudbene vlasti te države ili obrana budu prisutni prilikom poduzimanja radnje.¹⁹

Načelo *forum regit actum* prihvaćeno je i u svim instrumentima koji su doneseni u okviru Europske unije, a koji se temelje na modelu uzajamnog pri-

¹⁸ Gert Vermeulen: Free Gathering and Movement of Evidence in Criminal Matters in the EU, Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence, str. 42.

¹⁹ Martyna Kusak: Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost in reality, ERA Forum (2019), <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0537-0>, str. 392.

znanja. Međutim upitno je je li navedeno načelo u potpunosti suglasno s modelom uzajamnog priznanja.²⁰ U stručnoj se literaturi kao osnovni konceptijski nedostatak načela *forum regit actum* navodi kako ono samo po sebi ne sadrži obvezu prihvaćanja dokaza prikupljenog u skladu s tim načelom, što znači da poduzimanje određenih formalnosti ili postupaka ne osigurava automatski da će takav napor biti nagrađen prihvatljivošću tog dokaza, zatim da ima vrlo ograničen učinak iz razloga što se primjenjuje samo u bilateralnim odnosima između dviju država te nema potencijal da osigura prihvatljivost u cijeloj Europskoj uniji, kao i da mu nedostaju transparentna pravila u pogledu zakonitosti načina prikupljanja dokaza.²¹

Stoga je vrlo upitno može li se model uzajamnog priznanja u potpunosti ostvariti ako se u prikupljanju dokaza oslanja na načelo *forum regit actum*.

Potencijalno je rješenje da se primjenom čl. 82. st. 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije utvrde minimalna pravila koja bi se, između ostaloga, odnosila i na međusobno prikupljanje i razmjenu dokaza. Navedena odredba propisuje kako Europski parlament i Vijeće mogu direktivama donesenima u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom utvrditi minimalna pravila potrebna za olakšavanje uzajamnog priznavanja presuda i sudskih odluka te policijske i pravosudne suradnje u kaznenim stvarima s prekograničnim elementima, između ostaloga i u odnosu na uzajamno prihvaćanje dokaza među državama članicama.

Prihvaćenje navedenih minimalnih pravila u kontekstu suradnje u kaznenim stvarima između država članica značilo bi da bi dokazi pribavljeni u skladu sa zajedničkim minimalnim pravilima bili komplementarni *per se* s mogućnošću njihove uporabe.²²

Međutim i tom bi se slučaju postavilo pitanje zaštite procesnih prava okrivljenika jer je jasno da bi pojedine države članice imale veću razinu zaštite nego što je ona propisana minimalnim pravilima, a što se u konačnici opet prelama preko leđa okrivljenika.

2.4. Europski istražni nalog

Direktiva o europskom istražnom nalogu implementirana je u pravni sustav Republike Hrvatske 2017. izmjenama i dopunama Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije.

²⁰ Wendy De Bondt, Gert Vermeulen: Free movement of scientific expert evidence in criminal matters, (2011) EU criminal justice, financial & economic crime: new perspectives interest-based dispute resolution. In Governance of Security Research Paper Series 5, str. 71-72.

²¹ Op. cit. 18, str. 43.

²² Op. cit. 18, str. 46.

Europski istražni nalog trebao je imati dvije karakteristike, koje bi ga znatno razlikovale od ranije implementiranih instrumenata uzajamnog priznanja u području prikupljanja dokaza.²³ Prvo, on bi trebao imati opće polje primjene, što znači da bi trebao pokrivati, koliko je to moguće, sve dokazne radnje (radnje usmjerene na prikupljanje dokaza).²⁴ Drugo, budući da se odnosi na sve radnje prikupljanja dokaza, europski istražni nalog zamijenit će sve postojeće instrumente u tom području; jednako one koji se baziraju na međunarodnoj pravnoj pomoći kao i one kojima je temelj uzajamno priznanje.²⁵

Odredbom čl. 1. st. 1. Direktive europski istražni nalog (EIN) definiran je kao sudska odluka koju izdaje ili potvrđuje pravosuđe države članice (država izdavateljica) radi izvršavanja jedne ili nekoliko posebnih istražnih mjera u drugoj državi članici (država izvršiteljica) u svrhu pribavljanja dokaza u skladu s odredbama te Direktive. U čl. 2. Direktive dana je definicija pojmove, pa je tako navedeno da tijelo izdavatelj znači: (a) sudac, sud, istražni sudac ili javni tužitelj nadležan u dotičnom predmetu ili (b) bilo koje drugo nadležno tijelo, kako je određeno u državi izdavateljici, koje u dotičnom slučaju djeluje kao istražno tijelo u kaznenom postupku s nadležnošću za prikupljanje dokaza u skladu s nacionalnim pravom.

S obzirom na to da u različitim državama različita tijela djeluju kao „istražna tijela s nadležnošću za prikupljanje dokaza“, takva je definicija vrlo široka, što primjećuju i neki autori.²⁶ Povrh toga nije isključeno da bi se pod tako široku definiciju „nadležnog pravosudnog tijela“ moglo podvesti i policiju.²⁷ No Sud Europske unije u nizu svojih odluka²⁸ zauzeo je stav da se izraz „pravosuđe tijelo“ ne može tumačiti na način da se njime obuhvaća policija ili izvršno tijelo države članice (primjerice ministarstvo) te da se akti koje ta tijela donose ne mogu smatrati „sudskim odlukama“.

Međutim nadležno pravosuđe nedvojbeno obuhvaća sud i državni odvjetnik, što također može nepovoljno djelovati na procesna prava okrivljenika. Naime provođenje pojedinih dokaznih radnji u jednoj državi članici može nalagati državni odvjetnik samostalno, dok se u drugoj za te iste radnje

²³ Zoran Burić: *Transnational criminal proceedings and the position of the defence*, European Criminal Procedural Law in Service of Protection of European Union Financial Interests: State of Play and Challenges / Đurđević, Zlata; Ivičević Karas, Elizabeta (ur.), str. 72.

²⁴ Initiative for a Directive of the European Parliament and the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters - Detailed Statement, Brussels, 23 June 2010, 9288/10 ADD 2, str. 20.

²⁵ Ibid., str. 24-25.

²⁶ Op. cit. 17, str. 123-124.

²⁷ Libor Klimek: *Free movement of evidence in criminal matters in the EU*, *The Lawyer Quarterly* 4/2012, str. 281.

²⁸ Primjerice C-452/16 i C-477/16.

traži sudska kontrola, odnosno odobrenje suda, što je značajno viši stupanj zaštite procesnih prava okrivljenika.

U Preambuli predmetne Direktive sadržana su određena načela na kojima se ona temelji, između ostaloga i načelo proporcionalnosti. U točki 11. Preambule tako je propisano kako bi EIN trebalo izabrati ako se provođenje istražne mjere čini proporcionalnim, primjerenim i primjenjivim na konkretan slučaj. Tijelo izdavatelj trebalo bi stoga utvrditi jesu li traženi dokazi nužni i proporcionalni svrsi postupka, je li izabrana istražna mjera nužna i proporcionalna za pribavljanje dotičnih dokaza i bi li u pribavljanje tih dokaza trebalo izdava-njem EIN-a uključiti drugu državu članicu.

Za vrijeme trajanja pregovora u vezi s donošenjem Direktive neke države članice, kao što su Njemačka i Ujedinjeno Kraljevstvo, tražile su da test proporcionalnosti uđe u sam normativni sadržaj Direktive kao nova, *ad hoc* osnova za odbijanje njegova izvršenja.²⁹ Međutim taj je prijedlog naišao na otpor iz razloga zabrinutosti pojedinih država članica da bi to moglo potkopati model uzajamnog priznanja i međusobno povjerenje.³⁰

Ipak, iako provođenje testa proporcionalnosti nije izričito navedeno kao jedan od razloga za odbijanje izvršenja, na neki način ono je ipak sadržano u čl. 10. Direktive pod naslovom „Primjena neke druge vrste istražne mjere“. Tako je propisano da, kad god je to moguće, tijelo izvršitelj primjenjuje istražnu mjeru različitu od mjere predviđene u EIN-u kada (a) istražna mjera navedena u EIN-u ne postoji prema pravu države izvršiteljice ili (b) istražna mjera navedena u EIN-u ne bi bila dostupna u sličnom domaćem slučaju (s tim da se ta odredba ne primjenjuje na taksativno navedene istražne mjere koje uvijek moraju biti dostupne prema pravu države izvršiteljice³¹). Odredba koja je ključna za pitanje proporcionalnosti sadržana je u stavku 3. predmetnog članka, kojim je propisano kako tijelo izvršitelj također može primijeniti istražnu mjeru različitu od mjere navedene u EIN-u kada bi se istražnom mjerom koju je odabralo tijelo izvršitelj postigao isti rezultat kao istražnom mjerom koja je navedena u EIN-u, ali sredstvima koja su manje nametljiva.

²⁹ Op. cit. 11, str. 127.

³⁰ Ibid., str. 127.

³¹ a) pribavljanje informacija ili dokaza koji su već u posjedu tijela izvršitelja, a te informacije ili dokazi mogli su se pribaviti, u skladu s pravom države izvršiteljice, u okviru kaznenog postupka ili za potrebe EIN-a;

(b) pribavljanje informacija sadržanih u bazama podataka koje ima policija ili pravosudna tijela i izravno su dostupne tijelu izvršitelju u okviru kaznenog postupka;

(c) saslušanje svjedoka, stručnjaka, žrtve, osumnjičenika ili okrivljenika ili treće strane na državnom području države izvršiteljice;

(d) bilo koja nezadiruća istražna mjera kako je definirana pravom države izvršiteljice;

(e) identifikacija osoba koje imaju pretplatu na određeni telefonski broj ili IP adresu.

No takva je odredba u pogledu zaštite procesnih prava okrivljenika nedostatna iz najmanje dva razloga. Prvo, tijelo izvršitelj „može“ primijeniti jednako učinkovitu blažu mjeru, ali i ne mora. Za razliku od takva uređenja hrvatski Zakon o kaznenom postupku na nekoliko mjesta³² sadrži jasne i nedvojbene odredbe koje propisuju kako sud i druga državna tijela pri odlučivanju o radnjama i mjerama ograničenja slobode ili prava po službenoj dužnosti paze da se ne primjenjuje teža mjera ako se ista svrha može postići blažom mjerom, dakle nameće obvezu primjene blaže mjere. I drugo, predmetna odredba čl. 10. st. 3. Direktive nedostatna je i iz razloga što se ona odnosi samo na tijelo izvršitelja, a ne i na tijelo izdavanja, što također slabi položaj obrane u postupku. No ukoliko će se načelo proporcionalnosti pravilno upotrebljavati, iskustvo primjene europskog uhidbenog naloga za trivijalna kaznena djela, s negativnim posljedicama za prava pojedinaca i međusobno povjerenje između država članica, ne bi trebalo biti ponovljeno.³³

Razlozi za nepriznavanje ili neizvršenje EIN-a sadržani su u čl. 11. Direktive, koji propisuje situacije kada država izvršiteljica može odbiti izvršenje EIN-a.³⁴ Ti su razlozi vrlo ograničeni i državi izvršiteljici ne daju previše diskrecijskog prostora u odlučivanju hoće li ili neće izvršiti zahtjev. Posebno treba istaknuti odredbu čl. 11. st. 1. toč. g) Direktive, prema kojoj se, slično kao

³² Primjerice čl. 4. st. 2., čl. 95., čl. 98. st. 1.

³³ Op. cit. 11.

³⁴ Ne dovodeći u pitanje članak 1. stavak 4., priznavanje ili izvršavanje EIN-a može se odbiti u državi izvršiteljici u sljedećim slučajevima:

(a) prema pravu države izvršiteljice postoji imunitet ili povlastica koja onemogućuje izvršenje EIN-a ili postoje pravila o utvrđivanju i ograničenju kaznene odgovornosti u odnosu na slobodu tiska i slobodu izražavanja u drugim medijima, a koja onemogućuju izvršenje EIN-a;

(b) u određenom bi slučaju izvršenje EIN-a štetilo bitnim interesima nacionalne sigurnosti, dovelo u opasnost izvor informacija ili značilo korištenje povjerljivih informacija koje se odnose na određene obavještajne aktivnosti;

(c) EIN je izdan u postupku iz članka 4. točaka (b) i (c), a istražna mjera ne bi bila odobrena u sličnom domaćem slučaju prema pravu države izvršiteljice;

(d) izvršenje EIN-a bilo bi u suprotnosti s načelom *ne bis in idem*;

(e) EIN se odnosi na kazneno djelo za koje se tvrdi da je počinjeno izvan državnog teritorija države izdavalateljice te djelomično ili u cijelosti na državnom području države izvršiteljice, a postupanje u vezi s kojim se izdaje EIN nije kazneno djelo u državi izvršiteljici;

(f) postoje opravdani razlozi za sumnju da bi izvršenje istražne mjere navedene u EIN-u bilo nepodudarno s obvezama države izvršiteljice u skladu s člankom 6. UEU-a i Poveljom;

(g) postupanje zbog kojeg je izdan EIN ne predstavlja kazneno djelo prema pravu države izvršiteljice, osim ako se odnosi na kazneno djelo obuhvaćeno kategorijama kaznenih djela navedenih u Prilogu D, kako tijelo izdavalatelj navodi u EIN-u, ako je u državi izdavalateljici kažnjivo kaznom zatvora ili mjerom oduzimanja slobode u najduljem trajanju od najmanje tri godine; ili

(h) korištenje istražne mjere navedene u EIN-u ograničeno je na temelju prava države izvršiteljice na popis ili kategoriju kaznenih djela ili kaznena djela za koja je zapriječena određena najniža sankcija, koji ne uključuju kazneno djelo koje obuhvaća EIN.

i kod europskog uhidbenog naloga, za određena kataloška kaznena djela (ili bolje rečeno za određene kategorije kaznenih djela) ne traži provjera dvostruke kažnjivosti.

Međutim pojedini autori smatraju da su ti razlozi preširoko postavljeni te da su u suprotnosti s načelom uzajamnog priznavanja, štoviše, da se EIN zbog toga nema pravo zvati instrumentom uzajamnog priznavanja.³⁵ Drugi autori smatraju da su razlozi za odbijanje i izvršenje EIN-a ograničeni, čak i u slučajevima kada dokazna radnja ne postoji prema domaćem pravu države izvršiteljice, međutim istovremeno se uočava kako postoje razlozi za odbijanje koji nisu obuhvaćeni čl. 11. Direktive, primjerice ako je EIN u suprotnosti s temeljnim načelima nacionalnog prava.³⁶ Također, i neki hrvatski autori smatraju da bi trebala postojati određena ograničenja pri izvršenju pojedine dokazne radnje, ali da bi ti razlozi trebali biti svedeni na minimum, upravo s obzirom na načelo uzajamnog priznavanja i povjerenja.³⁷

Trebalo bi se složiti s ocjenom da tako postavljeni uvjeti za odbijanje izvršenja naloga predstavljaju odstupanje od načela međusobnog povjerenja i uzajamnog priznanja, no oni istovremeno jačaju položaj okrivljenika, ali i ulogu nacionalnih država, što također nije loše. Bez obzira na veliko povjerenje između država članica, razlike između njihovih pravnih sustava i dalje su značajne, tako da ne smatram opravdanim svesti ulogu države na administratora koji će samo staviti potpis i pečat na nešto što je došlo iz neke druge države, s potencijalno znatno nižom razinom zaštite procesnih prava okrivljenika.

Zaključno, u odnosu na EIN treba istaknuti odredbu čl. 1. st. 3. Direktive, koja propisuje kako izdavanje EIN-a može zatražiti osumnjičenik ili okrivljenik ili odvjetnik u njegovo ime u okviru važećih prava obrane u skladu s nacionalnim kaznenim postupkom. Ta je odredba načelno dobra, ali u suštini obrani ne znači previše. Naime jednako kao i u domaćem pravu okrivljenik i njegov branitelj mogu predlagati državnom odvjetniku prikupljanje određenog dokaza. No u domaćem okviru, ukoliko bi takav prijedlog bio odbijen, obrana može i sama poduzeti aktivnosti za prikupljanje takva dokaza, što je u slučaju kada se dokaz nalazi u inozemstvu gotovo nemoguće.

³⁵ Rositsa Zaharieva: The European Investigation Order and the Joint Investigation Team – which road to take, ERA Forum, 18 (3) 397-408, str. 402-403.

³⁶ Debbie Sayers: The European Investigation Order Travelling without a 'roadmap', CEPS Liberty and Security in Europe, str. 10.

³⁷ Damir Primorac, Maja Buhovac, Marko Pilić: Europski istražni nalog kao novi instrument pravosudne suradnje država članica u kaznenim predmetima s posebnim osvrtom na hrvatsko pravo, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. X, 1/2019, str. 369.

3. PRAVNI POLOŽAJ OBRANE KOD PRIKUPLJANJA I OCJENE DOKAZA IZ INOZEMSTVA

3.1. Strukturalni nedostaci

U čl. 1. st. 1. Zakona o kaznenom postupku³⁸ propisano je kako taj Zakon utvrđuje pravila kojima se osigurava da nitko nedužan ne bude osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela izrekne kazna ili druga mjera uz uvjete koje predviđa zakon i na temelju zakonito provedenog postupka pred nadležnim sudom.

Možemo vidjeti da se i kroz to temeljno načelo prožimaju dva interesa kaznenog postupka, a onda i društva u cjelini, a to je s jedne strane interes za učinkovitim postupkom, koji će rezultirati kažnjavanjem počinitelja kaznenog djela, i s druge strane interes za zaštitom procesnih i temeljnih ljudskih prava okrivljenika. Da bi se taj balans mogao ostvariti u punoj mjeri, okrivljeniku je nužno omogućiti pravo na stručnu pomoć branitelja, koji će kao njegov procesni pomoćnik predstavljati protutežu državnom represivnom aparatu. Jedna od osnovnih karakteristika pravičnog postupka (sadržano u načelu jednakosti oružja) jest da se objema stranama da razumna mogućnost da „prezentiraju svoj slučaj“, odnosno da se okrivljenika ne stavi u (bitno) nepovoljniji položaj u odnosu na tijelo progona.

No okrivljenik i njegov branitelj, odnosno obrana u cjelini, nikada do kraja neće biti ravnopravni tijelima progona jer nikada neće imati ni normativne mogućnosti ni ljudske i novčane kapacitete da se adekvatno suprotstave represivnom aparatu. To dolazi do izražaja osobito na polju prikupljanja dokaza, a pogotovo kada se radi o dokazima koji se nalaze u inozemstvu.

Kada se radi o predmetu s međunarodnim elementom, obrana ne samo što se suočava s tijelima progona i sudovima različitih država već se i suočava s različitim pravnim sustavima, koji mogu biti bitno drugačiji u odnosu na pravni sustav matične države. Obrana u tim slučajevima nema pristup informacijama, nije uključena u razmjenu informacija niti uživa potporu supranacionalnih institucija³⁹ Taj nedostatak poticanja branitelja da rade zajedno, da razmjenjuju informacije i da im se pomaže u prekograničnom radu uspostavljanjem centralne europske braniteljske koordinativne institucije natjerao je kaznene odvjetnike da rade samostalno i da se povezuju na neformalnoj razini uspostavljanjem privatnih institucija koje će im pomoći u njihovu radu.⁴⁰

³⁸ Narodne novine broj 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19.

³⁹ Heiko Ahlbrecht: Strukturelle Defizite Europäischer Verteidigung – Gründe und Möglichkeiten ihrer Überwindung, StV 8 (2012), str. 494.

⁴⁰ Ibid., str. 494.

Možda i najveći strukturalni nedostatak obrane u slučajevima s inozemnim obilježjem jest nepoznavanje jezika i prava države koja poduzima određenu radnju. Činjenica da je dokaz pribavljen u državi drugačijoj od one u kojoj se vodi postupak značajno otežava obrani kontrolu zakonitosti i pouzdanosti takva dokaza, a pogotovo ako se radi o jurisdikciji s bitno drugačijim procesnim pravilima.⁴¹

Osim toga značajan problem predstavlja i mogućnost pristupa različitim bazama podataka (primjerice Europolu, Interpolu, Eurojustu), kojima tijela progona mogu pristupiti gotovo u cijelosti i u najkraćem vremenu, dok obrana te mogućnosti nema, što dovodi u pitanje ostvarenje načela jednakosti oružja.

Navedeni problemi, kada interes kaznenog progona kolidira s procesnim jamstvima države u kojoj se vodi postupak, uobičajeno se rješavaju na način da sudovi snižavaju ta jamstva, i to na način da se tako pribavljeni dokazi prihvaćaju kao zakoniti, iako ne korespondiraju s procesnim jamstvima države u kojoj se odvija suđenje.⁴²

Moglo bi se reći da su ti strukturalni nedostaci pozicije obrane u postupcima s transnacionalnim obilježjima tako veliki da se dovodi u pitanje ostvarenje prava na pravičan postupak.

3.2. Pravni položaj obrane prilikom prikupljanja dokaza u inozemstvu

Kako ističe Burić,⁴³ dva ključna pitanja u vezi sa sudjelovanjem obrane u procesu prikupljanja dokaza u inozemstvu jesu mogućnost obrane inicirati postupak prikupljanja dokaza te mogućnost sudjelovanja u tom procesu bez obzira na to tko ga je inicirao.

Prije svega treba napomenuti da se u okviru hrvatskog nacionalnog prava radi o jednom od minimalnih prava obrane. Tako se u čl. 64. st. 1. toč. 9. Zakona o kaznenom postupku navodi kako okrivljenik, između ostaloga, ima pravo predlagati dokaze i sudjelovati u dokaznim i drugim postupovnim radnjama, dok je točkom 10. istoga stavka propisano kako ima i pravo ispitati suokrivljenike, svjedoke i vještake. Radi se zapravo o minimalnim pravima obrane proklamiranim čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Odredbom čl. 67. st. 3. Zakona o kaznenom postupku propisano je kako u svrhu pripremanja obrane branitelj može tražiti obavijesti od građana, osim od žrtve i oštećenika kaznenog djela. Radi se o tzv. braniteljskoj istrazi, koja

⁴¹ Op. cit. 23, str. 72.

⁴² Sabine Gless: Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle, *Utrecht Law Review* 4 (2013), str. 99-100.

⁴³ Op. cit. 23, str. 74.

je inaugurirana u naš pravni sustav Zakonom o kaznenom postupku iz 2008. godine. Međutim takvo prikupljanje obavijesti nema snagu dokazne radnje, a prikupljene obavijesti nemaju nikakvu dokaznu snagu. Stoga taj institut „briniteljske istrage“ gotovo uopće nije zaživio u praksi, a obrana svoja prava u pogledu prikupljanja dokaza ostvaruje isključivo putem državnog odvjetnika, odnosno suda.

Radi se zapravo o klasičnoj inkvizitornoj istrazi, što je karakteristika kontinentalnih pravnih sustava, kojemu pripada i Hrvatska. S druge strane u sustavima *common law*, primjerice u Sjedinjenim Američkim Državama ili Ujedinjenom Kraljevstvu, obrana je ravnopravna u prikupljanju dokaza s optužbom te sama može uzimati izjave svjedoka i kasnije ih koristiti na sudu kao dokaz.⁴⁴

Što se tiče prikupljanja dokaza u postupcima s transnacionalnim obilježjima, najprije treba istaknuti kako instrumenti tradicionalne suradnje u kaznenim stvarima nisu sadržavali odredbu prema kojoj bi se obrani jamčilo pravo da inicira postupak prikupljanja dokaza u inozemstvu, a isto vrijedi i za prve instrumente bazirane na modelu uzajamnog priznanja.⁴⁵

Stanovitu promjenu donosi tek Direktiva o europskom istražnom nalogu, koja u čl. 1. st. 3. propisuje kako izdavanje EIN-a može zatražiti osumnjičenik, ili okrivljenik, ili odvjetnik u njegovo ime u okviru važećih prava obrane u skladu s nacionalnim kaznenim postupkom.

Međutim iz citirane je odredbe vidljivo da okrivljenik nema pravo obratiti se direktno stranom pravosuđnom tijelu, već svoje pravo može teoretski ostvariti samo u okviru važećih prava obrane u skladu s nacionalnim kaznenim postupkom. Radi se o značajnom ograničenju, s potencijalno ozbiljnim posljedicama za ishod kaznenog postupka. Primjerice okrivljenik može pouzdano znati da se neki ekskulpirajući dokaz nalazi na teritoriju druge države, ali se ne može direktno obratiti stranom pravosuđnom tijelu, već prijedlog, uz mogućnost da bude odbijen, može postaviti samo domaćem pravosuđnom tijelu u okviru nacionalnog kaznenog postupka. Osim toga dodatno ograničenje predstavlja činjenica da različiti nacionalni pravni sustavi imaju različita pravila o tome u kojoj se fazi postupka takav prijedlog može staviti, tko o njemu odlučuje i stoji li okrivljeniku na raspolaganju odgovarajuće pravno sredstvo u slučaju da bude odbijen.

Stoga razvidno je da ta odredba ne predstavlja nikakav korak naprijed u odnosu na ranije uređenje, štoviše, moglo bi se reći da je ona potpuno izlišna budući da bi i bez takve izričite odredbe sadržane u Direktivi okrivljenik imao pravo predlagati dokaze u skladu sa svojim nacionalnim pravom. Radi se zapravo o odredbi koja na deklaratornoj razini potvrđuje nešto što se već ionako odvija na nacionalnoj razini.

⁴⁴ Tzv. *deposition*, odnosno uzimanje izjave pod prisegom.

⁴⁵ Op. cit. 23, str. 75.

Što se tiče mogućnosti sudjelovanja obrane u samom procesu prikupljanja dokaza (bez obzira na to tko ga je inicirao), ni instrumenti međunarodne pravne pomoći ni oni koji se baziraju na modelu uzajamnog priznanja ne sadrže izričitu odredbu koja bi obrani jamčila to pravo.

Međutim primjenom odredbe čl. 9. st. 2. Direktive o europskom istražnom nalogu teoretski bi se mogla postići svrha sudjelovanja obrane u procesu prikupljanja dokaza. Predmetna odredba propisuje kako se tijelo izvršitelj pridržava formalnosti i postupaka koje je tijelo izdavatelj izričito navelo pod uvjetom da te formalnosti i postupci nisu u suprotnosti s temeljnim načelima prava države izvršiteljice.

Stoga ako pravosudno tijelo države izdavanja naloga zatraži da se okrivljeniku i njegovu branitelju omogući sudjelovanje u provođenju dokazne radnje, primjerice ispitivanja svjedoka, obrana će dobiti mogućnost sudjelovanja u procesu prikupljanja dokaza. No jasno je da to ovisi samo i isključivo o volji pravosudnog tijela koje nalaže provođenje radnje, stoga će se najčešće događati da će se prikupljanje dokaza provesti bez bilo kakva sudjelovanja obrane.

Iz svega prethodno navedenoga razvidno je kako obrani nijednim međunarodnim instrumentom nije zajamčeno pravo inicirati postupak pribavljanja dokaza od države na čijem se teritoriju dokaz nalazi niti sudjelovati u postupku prikupljanja dokaza iz inozemstva. Time se istovremeno potkopava načelo jednakosti oružja između obrane i tužiteljstva, kao i ostvarenje cilja pružanja učinkovite pravne pomoći te pravo na učinkovito pravno sredstvo.⁴⁶

3.3. Pravni položaj obrane prilikom kontrole zakonitosti i pouzdanosti dokaza pribavljenih u inozemstvu

U hrvatskom pravu nema posebne odredbe koja bi pravila distinkciju između ocjene dokaza pribavljenih u inozemstvu i onih pribavljenih unutar granica Republike Hrvatske. Prema tome i u odnosu na dokaze pribavljene u inozemstvu vrijedi načelo slobodne ocjene dokaza. Također vrijede i tzv. dokazne zabrane, manifestirane prije svega u čl. 10. Zakona o kaznenom postupku, koji propisuje što su sve nezakoniti dokazi.

Međutim kada se radi o ocjeni zakonitosti (dopuštenosti) dokaza pribavljenih u inozemstvu, obrana se suočava s kudikamo većim problemima, a koji primarno proizlaze iz nepoznavanja stranog prava, kao i iz različitosti pravnih sustava pojedinih država. Već ranije je naglašeno kako značajne razlike iz-

⁴⁶ Rossna Belfiore: *Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence*, Stefano Ruggeri (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, str. 101-102.

među pravnih sustava postoje i između država članica Europske unije, iako u pravilu imaju isti temelj i povijesni razvitak.

Prvo pitanje koje se postavlja pri ocjeni dokaza pribavljenih u inozemstvu jest smije li sud države u kojoj se vodi postupak ocjenjivati dopuštenost takva dokaza.⁴⁷ Ukoliko je odgovor negativan, sud ne bi smio ocjenjivati dopuštenost takva dokaza niti se pitati je li pribavljen zakonito, već bi se to podrazumijevalo, a ukoliko je odgovor na to pitanje pozitivan, postavlja se dodatno pitanje opsega sudske kontrole i kriterija po kojima sud takav dokaz ocjenjuje.⁴⁸

Sudu u tom slučaju prvenstveno na raspolaganju stoji izbor između primjene načela *locus regit actum*, prema kojemu će se zakonitost takva dokaza ocjenjivati prema pravu države u kojoj je pribavljen, i primjene načela *forum regit actum*, prema kojemu će se zakonitost i dopuštenost ocjenjivati prema pravu države koja vodi postupak. S tim u vezi Mrčela⁴⁹ ističe dva osnovna načina ocjene valjanosti dokaza pribavljenih u inozemstvu, a to su „test neutralnosti“ i „test dvostruke prihvatljivosti“. Prema „testu neutralnosti“ inozemni se dokaz ocjenjuje kao da nije pribavljen u inozemstvu, već se ocjenjuje isključivo prema propisima domaćeg prava. S druge strane „test dvostruke prihvatljivosti“ znači da se dokaz ocjenjuje i po pravu države u kojoj je pribavljen i po pravu države u kojoj se izvodi, što znači da, da bi bio valjan, mora biti zakonit i prema pravu države u kojoj je pribavljen i prema pravu države u kojoj će biti upotrijebljen.

Naša je sudska praksa gotovo beziznimno prihvatila načelo *locus regit actum*, što znači da se dokaz ocjenjuje valjanim ukoliko je pribavljen u skladu s pravom države u kojoj se taj dokaz nalazio. Tako je primjerice Vrhovni sud Republike Hrvatske rješenjem broj Kž-849/02 od 29. listopada 2002. preinačio prvostupanjsko rješenje i odbio prijedlog branitelja za izdvajanjem iz spisa zapisnika o ispitivanju okrivljenika pred stranim sudom (konkretno Zemaljski sud u Grazu). Naime okrivljenik je pred stranim sudom ispitan bez branitelja iako je, prema tada važećim hrvatskim propisima, za to kazneno djelo obrana bila obvezna. Može se međutim zaključiti da prema austrijskom pravu obrana za to kazneno djelo nije bila obvezna. Vrhovni je sud zaključio kako je u konkretnom slučaju zamoljena država postupila sukladno odredbama međunarodnog ugovora te provela istražnu radnju prema vlastitim postupovnim odredbama, time da nije udovoljila posebnom traženju države moliteljice, kao fakultativnoj mogućnosti koju joj daje međunarodno pravo, da u svoje postupanje inkludira neki od instituta važećih u istovrsnim postupcima države moliteljice

⁴⁷ Katja Šugman Stubbs: Ocjena dokaza pribavljenih u inozemstvu: teorijski problemi i slovenska sudska praksa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 21, broj 1/2014, str. 114.

⁴⁸ Ibid., str. 114.

⁴⁹ Marin Mrčela: Pravna valjanost dokaza pribavljenih u inozemstvu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 7, broj 1/2000, str. 100-104.

ocjenjujući da bi to bilo protivno načelu zamoljene države o ekonomičnosti postupanja. Na kraju zaključuje kako je sporni zapisnik o ispitivanju okrivljenika pribavljen u cijelosti sukladno odredbama međunarodnog ugovora o uzajamnoj pravnoj pomoći s Republikom Austrijom pa je, s obzirom na subordinaciju međunarodnog prava pred domicilnim zakonodavstvom, podoban da se ocijeni kao dokaz prema odredbama Zakona o kaznenom postupku.

Isto takvo utvrđenje Vrhovni sud daje i u odluci broj I KŽ-Us-104/12 od 5. prosinca 2012. U konkretnom predmetu ispitivanje okrivljenika provedeno je u Kraljevini Španjolskoj, a obrana je prigovarala da je ono provedeno na nezakonit način jer nije provedeno audio-vizualno snimanje, kao i da okrivljenik nije upozoren na snimanje i na dokaznu snagu snimljenih izjava. Vrhovni je sud takve prigovore odbio uz obrazloženje da je ispitivanje okrivljenika provedeno sukladno odredbama postupovnih propisa Kraljevine Španjolske, uz sva prava i upozorenja koja se okrivljeniku navode prije i poslije ispitivanja.

Međutim ono što nije jasno iz tih odluka jest kako su naši sudovi uopće utvrdili da su dokazi pribavljeni u skladu sa stranim pravom. Notorno je da hrvatski sud ne može poznavati austrijsko ili španjolsko pravo, stoga ostaje nepoznanica kako je Vrhovni sud došao do utvrđenja da je sve provedeno zakonito i u skladu s pravima tih država budući da nije prikazan proces kako se do toga došlo. Pritom treba napomenuti kako primjerice englesko pravo pitanje o stranom pravu doživljava kao činjenično pitanje, što znači da se treba dokazivati jednako kao i sve ostale činjenice, dok se u Njemačkoj doživljava kao pravno pitanje, koje utvrđuje sud. Međutim u pravilu ga u obje države dokazuju i utvrđuju stručnjaci.⁵⁰

Gledano komparativno, praksa stranih zemalja u pogledu ocjene dokaza iz inozemstva različita je. U Španjolskoj je gotovo beziznimno dopuštena upotreba svakog dokaza iz inozemstva ako je pribavljen zakonito u zamoljenoj državi, dok je u Nizozemskoj praksa raznolika jer ne postoje ni jedinstvena pravila ni ujednačena sudska praksa, iako je u nekim slučajevima sud odbacio dokaze pribavljene u Belgiji kršenjem Europske konvencije o ljudskim pravima jer su pribavljeni na štetu nizozemskog državljanina.⁵¹

U svakom slučaju, zakonitost dokaza pribavljenih u inozemstvu, jednako kao i onih pribavljenih u tuzemstvu, obrana može osporavati u svakom stadiju postupka i tražiti njihovo izdvajanje. Međutim faktično je pozicija obrane znatno otežana budući da zbog nedostatka resursa neće biti u mogućnosti na isti način kontrolirati dokaz koji je pribavljen u inozemstvu kao što bi to učinila u odnosu na „domaći“ dokaz.

⁵⁰ Op. cit. 53, str. 114.

⁵¹ Ibid., str. 114.

4. ZAKLJUČAK

Tendencije na polju međunarodne suradnje (osobito na području Europske unije) u prikupljanju i razmjeni dokaza jasne su – suradnja između država sve je tješnja, a razlozi za odbijanje zahtjeva sve su uži. To svakako dovodi do povećanja učinkovitosti postupka, ali neminovno i do smanjenja procesnih jamstava i prava obrane.

Iako se i međunarodna pravna pomoć, kao tradicionalni oblik suradnje između država članica, primjenjuje i danas u odnosu na sve države koje nisu članice Europske unije, unutar same Europske unije na pijedestal je dignut model uzajamnog priznanja, široko primjenjiv u odnosu na čitav niz pravnih područja, pa tako i na području dokaznog prava. Model uzajamnog priznanja, koristeći tržišne principe slobode kretanja ljudi, roba i usluga, proširio je svoj djelokrug i na dokaze te je sveo nacionalne države i njezine institucije, moglo bi se reći, na puke administratore, koji bez ikakve suštinske provjere provode ono što im je naloženo od strane druge države. To bi možda bilo opravdano da je razina zaštite ljudskih prava jednaka na području čitave Europske unije, no jasno je da tome nije tako. Stoga se postavlja pitanje je li takvo uređenje inherentno nepravično.

S druge strane položaj okrivljenika, koji je ionako strukturalno neravnopravan u odnosu na tijela progona, u postupcima s međunarodnim elementom još je i dodatno otežan. U svakom postupku u kojem se dokazi pribavljaju iz inozemstva okrivljenik je suočen ne samo s tijelima progona države u kojoj se postupak vodi već i s tijelima progona države u kojoj se neki dokaz pribavlja. S obzirom na to da u pravilu ne poznaje ni jezik ni pravo države koja provodi pojedinu dokaznu radnju, okrivljeniku je bitno otežan pristup informacijama, a posljedično i mogućnost učinkovite obrane.

Da bi se osigurala jednakost oružja u postupcima s međunarodnim elementom, okrivljeniku i njegovu branitelju potrebno je dati više mogućnosti sudjelovanja u iniciranju i prikupljanju dokaza iz inozemstva. Okrivljenik trenutno ni po jednom međunarodnom instrumentu nema mogućnost obratiti se direktno stranom pravosudnom tijelu i zahtijevati provođenje određene dokazne radnje, odnosno prikupljanje određenog dokaza. Direktiva o europskom istražnom nalogu dala je okrivljeniku mogućnost da od domaćeg pravosudnog tijela zatraži prikupljanje dokaza u inozemstvu, međutim ta mogućnost ne predstavlja ništa novo budući da je okrivljenik oduvijek mogao stavljati prijedloge domaćem pravosudnom tijelu, bez obzira na to traži li prikupljanje dokaza u zemlji ili inozemstvu.

Osim toga obranu je potrebno više uključiti u sam proces prikupljanja dokaza, odnosno provođenja pojedine dokazne radnje. Domaće pravosudno tijelo može zatražiti provođenje određenih formalnosti od stranog pravosudnog tijela, ali hoće li to učiniti, opet ovisi o dobroj volji domaćeg pravosudnog tijela. S

druge strane naša sudska praksa zauzela je jasan stav da će se raditi o zakonitom dokazu i u slučaju kada je takva formalnost zatražena, a nije joj udovoljeno, ukoliko te formalnosti nisu propisane pravom države koja provodi radnju.

Takva je praksa vrlo sporna, i to iz dva razloga. Prvo, neki se dokaz prihvaća kao zakonit iako po domaćem pravu to ne bi bio, čime se dovodi u pitanje pravičnost postupka. Najbolji je primjer ispitivanje okrivljenika bez branitelja kada je obrana obvezna po domaćem, ali ne i po stranom pravu. I drugo, nejasno je kako sudovi utvrđuju je li neka radnja uopće provedena u skladu s odredbama stranog prava. Da bi se to moglo utvrditi, nužno je da sud poznaje strano pravo, što nije slučaj. Štoviše, čak i da sud ima prevedeno čitavo procesno i materijalno zakonodavstvo strane države, bez dobrog poznavanja sudske prakse odnosno države nije moguće donijeti odluku o tome je li taj dokaz zakonit ili ne.

Stoga zaključno se može reći da bi daljnje tendencije trebale ići u smjeru veće uključenosti obrane u sam proces prikupljanja i razmjene dokaza iz inozemstva na način da se obrani omogući iniciranje prikupljanja dokaza direktno od stranog pravosudnog tijela, kao i da se omogući sudjelovanje u samom procesu prikupljanja dokaza, uz primjenu prava one države koja ima viši standard zaštite.

LITERATURA

1. Heiko Ahlbrecht: Strukturelle Defizite Europäischer Verteidigung – Gründe und Möglichkeiten ihrer Überwindung, StV 8 (2012).
2. Rossna Belfiore: Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence, Stefano Ruggeri (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014.
3. Zoran Burić, Danka Hržina: Pribavljanje i osiguranje dokaza te osiguranje i oduzimanje imovine i predmeta prema Zakonu o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 21, broj 2/2014.
4. Zoran Burić: Transnational criminal proceedings and the position of the defence, *European Criminal Procedural Law in Service of Protection of European Union Financial Interests: State of Play and Challenges* / Đurđević, Zlata; Ivičević Karas, Elizabeta (ur.).
5. Wendy De Bondt, Gert Vermeulen: Free movement of scientific expert evidence in criminal matters, (2011) *EU criminal justice, financial & economic crime: new perspectives interest-based dispute resolution*. In: *Governance of Security Research Paper Series* 5.
6. Sabine Gless: Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle, *Utrecht Law Review* 4 (2013).
7. Libor Klimek: Free movement of evidence in criminal matters in the EU, *The Lawyer Quarterly* 4/2012.
8. Martyna Kusak: Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost in reality, *ERA Forum* (2019), <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0537-0>.

9. Annalisa Mangiaracina: A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order, *Utrecht Law Review*, vol. 10, issue 1 (January) 2014.
10. David McClean: *International Cooperation in Civil and Criminal Matters*, Oxford University Press, 2012.
11. Marin Mrčela: Pravna valjanost dokaza pribavljenih u inozemstvu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 7, broj 1/2000.
12. Damir Primorac, Maja Buhovac, Marko Pilić: Europski istražni nalog kao novi instrument pravosudne suradnje država članica u kaznenim predmetima s posebnim osvrtnom na hrvatsko pravo, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. X, 1/2019.
13. Debbie Sayers: The European Investigation Order Travelling without a 'roadmap', *CEPS Liberty and Security in Europe*.
14. Bernd Schunemann: *The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction*, Stefano Ruggeri (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014.
15. Katja Šugman Stubbs: Ocjena dokaza pribavljenih u inozemstvu: teorijski problemi i slovenska sudska praksa, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 21, broj 1/2014.
16. Gert Vermeulen: Free Gathering and Movement of Evidence in Criminal Matters in the EU, *Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*.
17. Rositsa Zaharieva: The European Investigation Order and the Joint Investigation Team— which road to take, *ERA Forum*, 18 (3).

Summary

EVIDENCE FROM ABROAD FROM THE POSITION OF THE DEFENCE: POSSIBILITY OF OBTAINING AND CONTROLLING THE LEGALITY AND RELIABILITY OF EVIDENCE

One of the characteristics of societies of the 21st century is the increasing freedom of movement of people, goods and services. This has consequences in the field of evidentiary law, in that an increasing amount of evidence is located in a state that is different from the one in which the proceedings are conducted. Cooperation between states in the field of gathering and exchanging evidence has developed gradually, from the model of international legal assistance, to mutual recognition, which is now widely applied in the European Union. This paper provides an overview of the most important legal instruments in the field of gathering and exchanging evidence between states, especially in the context of the position of the defence.

Keywords: evidence from abroad, international legal assistance, mutual recognition, European investigation order, position of the defence